

HACIA LA FUNDAMENTACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

Sergio PEÑA NEIRA*

SUMARIO: ABSTRACT. I. *Introducción*. II. *El aporte de tres juristas al movimiento de los derechos humanos: los derechos humanos, una forma de aplicación del Estado de derecho internacional*. III. *Las fuentes del derecho internacional y el Estado de derecho*. IV. *Un caso especial, la equidad en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Organización Mundial del Comercio*. V. *Un caso particular, la Convención sobre Diversidad Biológica*. VI. *Otro caso particular, la crisis financiera y si es posible la penalización por mala gestión financiera de activos empresariales (concesión de créditos a sujetos carentes de bienes)*. VII. *Las áreas del conocimiento participes del Estado de derecho internacional (laboral, comercial, ambiental, derechos humanos)*. VIII. *Los casos ilícitos internacionales y su clasificación en un Estado de derecho internacional*. IX. *La división de poderes en el Estado de derecho internacional y sus implicancias*. X. *Conclusiones provisionales*.

ABSTRACT

El modelo jurídico internacional actual se basa en Estados republicanos, en comunidad, democráticos, sociales y diversos; planteadas dichas características, en el periodo denominado “entreguerras”, proponemos que el or-

* Profesor de Derecho internacional, Universidad de Valparaíso y del Mar; profesor invitado en la Universidad de Chile; licenciado-MA International and EU relations and Management, ASIR, University of Amsterdam; licenciado en Ciencias jurídicas; diploma de estudios avanzados en ciencia jurídica (UH-UNIA); diploma de estudios predoctorales

denamiento jurídico internacional, hoy día, se estructura en un Estado de derecho autónomo y diferente del Estado de derecho nacional, lo que trae la necesidad de determinar las características del primero, el Estado de derecho internacional. En otras palabras, se hace necesario saber sus características y alcanzar a comprender su concepto. Su evolución recién se ha iniciado en la segunda mitad del siglo XX con el trabajo de juristas de diverso cuño, y se ha ido haciendo patente su existencia y validez en las supuestas “crisis” del derecho internacional, en su faz pública. Iniciamos nuestro estudio con el trabajo de Raz sobre el asunto, donde analiza al Estado de derecho en una perspectiva iusfilosófica y política, y agregamos las ideas de Andrew Marmor. Luego, el análisis se concentra en la evolución del Estado y sus características en Heller, en autores chilenos, a fin de entender la actividad del Estado hoy en día en defensa de los derechos económicos, políticos, sociales y ambientales, y relacionados con los derechos humanos aplicando la soberanía como fundamento, reafirmando la existencia del Estado internacional de los derechos humanos, posteriormente en el derecho laboral y en el derecho internacional económico o comercial. Finalmente, miramos a los ámbitos en que Raz hace referencia a la ausencia de regulación, de seguridad jurídica sin dejar a la justicia de lado. Ciertamente, son los derechos sociales, culturales, económicos y ambientales los que dan una configuración que fundamente esta concepción liberal, corrigiendo la libertad que puede transformarse en libertinaje, pero impidiendo encontrarnos en un autoritarismo absoluto o relativo. Las normas argüidas aquí son *lege data*, no *lege ferenda*. Los argumentos se basan en evidencia obtenida de hechos públicos y, en muchos casos, notorios. No podemos pensar el Estado de derecho internacional sin dichos aportes, y su omisión, como se plantea por muchos autores, genera, por cierto, la posibilidad del conflicto, dejando de lado la seguridad que entrega el derecho y la posibilidad de alcanzar resultados justos, lo que no es menor, a fin de terminar con las inequidades en muchos ámbitos de la realidad internacional. Finalizamos con una propuesta interpretativa, que nos permitirá entender de la mejor manera esta materia.

(IAS-UNU); candidato a doctor (UNIA-UH). Algunas de estas ideas nacen de mi conversación con el profesor A. Paulus en México en 2007 y en la visita académica en 2009 a la U. de Gottinga (Goettingen) en Alemania. El autor agradece a los profesores Manuel Becerra y a su grupo de investigación, así como Miguel González Marcos. Correo de contacto: sergio.pena@udelmar.cl. Este texto es parte de la investigación financiada por la Universidad Nacional Autónoma de México sobre “Estado de Derecho Internacional”, que tiene su origen en la ponencia sobre “Crisis del derecho internacional” en la misma universidad, en 2007.

I. INTRODUCCIÓN

El Estado de derecho internacional ha sido conceptualizado hace algún tiempo, por la Organización de Naciones Unidas¹. Es más, de acuerdo con el informe anual del secretario general de la Organización, la noción de Estado de derecho internacional ha sido adoptada como oficial dentro del trabajo de la organización intergubernamental.² Además, el 6 de octubre de 2004 el Consejo de Seguridad dedicó una sesión especialmente al asunto.³

A diferencia de las Naciones Unidas, en este texto nos detenemos sólo en las normas de derechos humanos a nivel internacional, por constituir, según lo expondremos más adelante, una suerte de concepto constitucional básico.⁴ La resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas 60/1 de 2005 así lo ha indicado.

Existe, por consiguiente, razón suficiente para tratar este concepto, que se ha llenado con una serie de elementos, pero cuya reflexión no es suficiente, y por lo anterior esta contribución.

Es necesario entonces, y es lo que constituye nuestro objetivo, dado como lo propusimos en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, abogar y conceptualizar a favor de la mantención de un Estado de derecho internacional, y aquí vemos algunos de sus conceptos, la formación de los mismos, y sus elementos, para no sólo detenernos en la paz y seguridad de los Estados y de los individuos, sino avanzar, como lo han marcado grandes juristas del continente americano, en

¹ Este concepto ha sido expresado por el secretario general de dicha organización en el documento “Informe del secretario general sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido de conflictos”, al menos expresando las condiciones o necesidades de un Estado de derecho en el nivel nacional que debería repetirse en los Estados nacionales. Cfr. <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>> (5.03.2011).

² Afirma que “[e]n la Cumbre Mundial de 2005, los Estados Miembros refirieron su adhesión a un orden internacional basado en el estado de derecho y la legislación internacional, declarando que era fundamental para la coexistencia pacífica y la cooperación entre los Estados”. Cfr. Organización de Naciones Unidas (Asamblea General y Consejo de Seguridad), *El Estado de derecho en los planos nacional e internacional*, Nueva York, 16 de diciembre de 2006, (A/61/636-S/2006/980), p.1.

³ Organización de Naciones Unidas, *ibidem*, p. 3.

⁴ Organización de Naciones Unidas, *ibidem*, p. 4. Se incluye al derecho internacional humanitario, al derecho penal internacional, y al derecho internacional de los refugiados, que en nuestra opinión son base para la Constitución de un Estado de derecho internacional, pero no son parte del mismo en cuanto son anteriores, lógicamente, preconstitucionales y extraordinarios.

pos de la “calidad de vida” a través de derechos sociales que así lo reconozcan; es decir, sea que requieran una interpretación, los ya reconocidos, sea que requieran reconocimiento, los nuevos. Debo indicar que el concepto ha nacido, al menos en mi caso, de mis nociones de teoría política en mis estudios de pregrado más que de lo expuesto con relación a lo expresado por la Organización de Naciones Unidas.

1. *Los elementos que caracterizan al modelo de Estado de derecho actual: un Estado social de derecho*

A fin de poder determinar lo que es el Estado de derecho internacional, partimos de la realidad de cada Estado; es decir, de lo que es el Estado hoy día o que en otros casos debería ser el Estado hoy día, para luego poder incorporar estos conceptos en un Estado de derecho internacional.⁵ El Estado de derecho internacional se configura, por cierto, por una comunidad internacional de Estados que se encuentran situados en comunidad donde orden y libertad actúan en balance y que poseen una serie de otras características.⁶ Aquí estudiaremos cómo se forma el orden para también, luego, entender cómo se defiende la libertad, y ver los casos en que falta orden o libertad a fin de analizar otros aspectos que confluyen o configuran el Estado de derecho internacional.

Es imprescindible recordar que el tema que nos ocupa está fundado en algunos elementos puestos de relieve por Joseph Raz en un texto traducido por el profesor Rolando Tamayo y Salmorán. Raz basa su teoría del Estado de derecho en la opinión de Austin sobre comando y control.⁷ Sin embargo,

⁵ El profesor Joseph Raz, connotado iusfilósofo y cientista político, sitúa la noción de soberanía como una de las más relevantes en materia de Estado de derecho. Así, Raz se propone trabajar iniciando su periplo intelectual con el profesor John Austin al analizar su obra donde el planteamiento de la soberanía tiene un rol central. La noción de soberanía no es nueva ni para la historia de las ideas políticas ni para la filosofía del derecho ni para el derecho internacional. La soberanía se basa en las ideas que plantea Nicolás Maquiavelo en su obra *El príncipe*, donde expresa de manera moderna el concepto de soberanía en la diferencia de un Estado a otro debido al poder interno, así como el poder externo al mismo. El profesor Raz acude a Austin, gran jurista inglés que en sus lecciones y planteamientos viene, precisamente, a fijar lo que son las coordinadas del concepto de soberanía desde un punto de vista jurídico como base del actuar del soberano interna y externamente.

⁶ Respecto de la libertad, véase Kramer, Matthew, *Freedom and the Rule of Law*, sin fecha ni lugar.

⁷ Crítica planteada por Herbert Hart a dicha noción, al menos en la versión de Kelsen. *cfr.* Hart, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de derecho*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009 (traducción de Genaro Carrió), pp. 63-91.

me voy a permitir situar el sentido del Estado de derecho para luego ver la definición de derecho, las características del mismo y, por cierto, otros elementos propios que deduce Raz de algunos textos de Von Hayeck.

Sin embargo, debo indicar que la noción de Estado de derecho internacional es polémica. Así me indicó mi colega y buen amigo, el doctor Andreas Paulus. No puede creerse en la misma dada las situaciones de tremenda injusticia a las que enfrentamos hoy día. Es decir, según me indicó en febrero de 2009, enfrentaríamos conflictos internacionales diversos, desde la ausencia de alimentación hasta las guerras internas, los conflictos entre Estados de manera no declarada, como guerras, la hambruna, la enfermedad y, por consiguiente, a ojos vista está que no hay un Estado de derecho internacional. En nuestro diálogo tuve que indicarle al profesor Paulus que las críticas son ciertas, pero no se le puede atribuir a la inexistencia o existencia de un Estado de derecho internacional las verdades que me indica. ¿No podremos hablar más bien de problemas en “voluntad internacional” (voluntad de Estados y organismos internacionales) para dar solución a estos conflictos tan bien reseñados en dicha oportunidad por el doctor Paulus?⁸ Éste podría ser uno de los temas a discutir en un tiempo más, porque la configuración de un Estado de derecho internacional no tan desarrollado como muchos Estados de derecho nacionales en una perspectiva comparada nos lleva a repensar las críticas como fuentes o prueba de la ausencia del Estado de derecho. Supongamos por un momento que ello fuera así. Entonces deberíamos mirar lo que ocurre en otra área del derecho: la jurídico-penal. Para ahorrarnos tiempo miremos lo que señala Claus Roxin (por nombrar a un penalista famoso, aunque en Latinoamérica basta con leer a Zaffaroni y su *En busca de las penas perdidas*, o a Sergio García Ramírez) en cuanto a que la realidad de hoy en día muestra la existencia de crímenes e inclusive algunos han aumentado o hay nuevas formas de criminalidad. ¿Es ello entonces razón para declarar inexistente el Estado de derecho en España, Alemania o Argentina, o más bien podemos afirmar que los niveles de alcance de esta noción “Estado de derecho” son diferentes, y que es un camino que se recorre, pero que no se alcanza en plenitud, como lo prueban estos aser-

⁸ Connacionales del profesor Andreas Paulus han desarrollado una serie de aspectos de interés, donde la idea de “governabilidad global” aparece como concepto central, que es una idea basada en la concepción de que al Estado de derecho se le pueden establecer fórmulas de administración que le permitan alcanzar no sólo fines políticos o de paz social bajo la defensa de los derechos humanos, sino el desarrollo o crecimiento. Para una versión de análisis de esta materia, Von Bogdandy, Armin, Dann Phillip, Goldmann, Matthias, “Völkerrecht als öffentliches Recht. Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance”, *Der Staat*, 49 Band, Heft 1, Duncker und Humboldt, Berlin, 2010, pp. 23-50.

tos? Entonces, si a nivel nacional, donde los ámbitos del control son más exigentes, no se logra sino alcanzar algunas de las características del Estado de derecho con mucha dificultad ¿qué podemos pedir a nivel internacional? Bueno, hasta aquí estas reflexiones, aunque hay que señalar que hoy día es posible hablar de un mayor Estado de derecho que hace cincuenta años.

Los estudios de Raz sobre el tema se terminan con la siguiente reflexión. Dice Raz:

Después de todo, el Estado de derecho está hecho para permitir al derecho promover el bien social, y no debe ser usado ligeramente para mostrar que no debe ser así. Sacrificar muchos fines sociales en aras del derecho puede hacer al derecho estéril y vacío.⁹

Interesante reflexión para quien se formara con el positivista y filósofo del derecho más influyente de la segunda mitad del siglo XX, Herbert Lionel Adolphus Hart. El derecho como promotor del bien social a través del “Estado de derecho” resulta al menos en una reflexión y profundidad suficiente como para entender que Estado de derecho no sólo existe como un ente ordenador, sino que al parecer lo propone el profesor Raz, y no sólo el profesor Raz tiene otro sentido, uno menos jurídico, proveer no sólo a la ordenación, sino al “bien”, y éste debe ser “social”, reflexión que había hecho Sócrates en la Grecia antigua.

Pero continuemos con Raz. Resulta interesante que reconozcamos un torso del conocimiento de lo que es derecho cuando indica que “[E]l derecho no es únicamente un hecho de la vida. Es una forma de organización social que debe ser propiamente usada y para los fines apropiados”. Se indica que el derecho es un hecho y una argumentación. Hecho, en cuanto se acerca a una realidad fáctica como cuando se coloca alguien en la cárcel porque se le condena o cuando se lleva a un Estado a la Corte Internacional de Justicia a fin de que se solucione un problema de intervención en la vida interna del Estado, como en el caso ‘Nicaragua’. Recuerda la definición que al parecer el derecho mira a la organización de la sociedad como organización en sí misma y, a la vez, para ser usada de acuerdo con ciertos fines. En el derecho internacional público debemos encontrarnos con tales fines.

Las características propias del Estado de derecho, según lo que expone Raz, son que todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras, de carácter irretroactivo, así también las disposiciones jurídi-

⁹ Raz, Joseph, “El Estado de derecho y su virtud”, en Raz, Joseph, *Autoridad del derecho*, traducción de Rolando Tamayo Salmorán, México, UNAM, p. 285.

cas deben ser relativamente estables, las disposiciones jurídicas particulares son guiadas en su establecimiento por disposiciones jurídicas abiertas, estables y generales; la independencia del Poder Judicial tiene que haberse garantizado; los principios de “justicia natural” se deben respetar; la revisión de los principios incluida en los poderes de los Estados debe estar garantizada; los tribunales deben tener acceso de manera simple, los órganos criminales que pueden estar dotados de discrecionalidad no se les permite pervertir el derecho.¹⁰ Finalmente, en un Estado de derecho los súbditos del derecho se conforman a sus normas.¹¹ Estas reflexiones jurídico-filosóficas nos permiten acercarnos al derecho internacional y a la noción de Estado de derecho internacional, porque algunas de las características y conceptos expuestos o que serán expuestos pueden llegar a ser aplicables.

Por otra parte, Andrew Marmor expone algunos de los requisitos que considera básicos en materia de Estado de derecho. Así, enumera: 1. El gobierno debe gobernar por medio de la ley. 2. La ley debe ser tal que debe actualmente guiar la conducta humana; por tanto, debe ser general, promulgada, irretroactiva, clara, no contradictoria, física y materialmente posible, estable, de aplicación consistente.¹² En cierto sentido estos requisitos se encuentran en los sistemas jurídicos nacionales en Iberoamérica, pero no necesariamente en todos los sistemas u ordenamientos jurídicos a nivel nacional. Es relevante la existencia de estos requisitos, establecidos desde la filosofía jurídica, porque de ellos pueden ser aplicados al derecho internacional como un todo; es decir, en su calidad de ordenamiento jurídico. Finalmente, Jeremy Waldron apunta a la necesidad de que el Estado de derecho recurra a sus modos o maneras de meditación en la elaboración de normas jurídicas; es decir, que estas sean desarrolladas de un modo cuidadoso y que representen las normas que deben ser finalmente aplicadas un cuidado desarrollo e identificación de las consecuencias de su aplicación.¹³ El Estado de derecho hoy en día no sólo se relaciona formalmente con los ordenados, sino que se relaciona sustantivamente; es decir, toma partido acerca de los elementos que deben componerlo. Una de estas opciones es la “social”, y, por consiguiente, tenemos un Estado social de derecho.

¹⁰ Raz, Joseph, *op. cit.*, pp. 268-273.

¹¹ *Ibidem*, p. 267.

¹² Marmor, Andrew, “The rule of law and the rule of the many”, en Marmor, Andrew, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford University Press, 2007, pp. 6-10.

¹³ Waldron, Jeremy, *Thoughtfulness and the Rule of Law*, British Academy Law Lecturer, 2011, pp. 1-3, donde además incluye una serie de características de lo que debe ser el Estado de derecho.

2. *Hermann Heller y El Estado social de derecho*

Hermann Heller, teórico político de entreguerras, efectuó un fino análisis de las características que se originaron, en la Europa de esos años, de un Estado social de derecho. Si bien el Estado social que el autor pensó no se ejecutó jamás, ni siquiera en la República de Weimar, sus ideas perduraron y permearon el ideario de los encargados de la configuración de los Estados y su organización republicana junto a las posibilidades de democracia que en la misma se hizo efectivo. Posteriormente, muchas de esas ideas se plasmaron en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, hoy Ley Fundamental Alemana, y hasta hoy, han influido fuertemente en las realidades económicas y jurídicas de un Estado de derecho, lo que nos auxiliará como modelo de lo que un Estado de derecho internacional debería ser.

Obviamente, tales ideas no fueron un listado al estilo “receta de cocina”, donde todos los elementos incorporados dieran como resultado una república democrática social y desarrollista.

Lo anterior tampoco resulta posible para Estados en otras partes del mundo, debido, principalmente a que las realidades educacionales, socioeconómicas y culturales son diferentes, y que las tragedias humanas e históricas van ocurriendo en tiempos diferentes, Europa en los treinta y los cuarenta, América Latina en los setenta y ochenta. Sin embargo, permiten integrar y aplicar los conceptos elaborados por Heller y poder entender lo que un Estado configurado como república, de carácter democrático y con contenido social, representa hoy en día.¹⁴

3. *Las ideas de Heller y su aplicación*

Siguiendo a Herman Heller, analizaremos a Alemania haciendo alusiones a Chile.

Heller propone una “manifestación institucional” de sus ideas, a saber: el que el Estado debe ser democrático y social, el que el rol del Parlamento debe ser caracterizado como “centralidad del parlamento”, debe existir una “jerarquía normativa” y, finalmente una “intervención en la economía”.

¹⁴ En Chile, si se nos permite, la idea de un mínimo social se hizo presente muy fuertemente desde la década de 1920, y en 1938 un político chileno logró la presidencia de la República utilizando tres conceptos como bandera, que demuestran la relación entre una república democrática y un Estado de derecho con el elemento social, a saber: “pan, techo y abrigo”.

La República Federal de Alemania (RFA), hoy Alemania, es un Estado democrático y social, y los calificativos expresados están indicados en la Ley Fundamental Alemana (LFA).¹⁵

Asimismo, Alemania tiene un Parlamento, que es central en la vida política y jurídica alemana con una Cámara baja de carácter absolutamente democrática en su elección, el *Bundestag*, y una Cámara Federal, democrática en su elección, pero representativa de los Estados federados, el *Bundesrat*. Tienen formas de conformación diferentes con clara indicación de la jerarquía normativa,¹⁶ fundamentando la misma en el derecho de resistencia y el resguardo a los derechos de las personas como *ultima ratio* del derecho constitucional del actuar político del ciudadano.¹⁷

Esta jerarquía ha sido defendida por el Tribunal Constitucional Alemán. El Estado (que es democrático y social, pero no neutralmente valorativo) interviene *en la economía y a la economía*; *en la economía* permitiendo, por cierto, el libre juego de los agentes económicos, como lo indicara la cancillera A. Merckel, y el profesor Martin Faust, profesor de economía bancaria, de la Frankfurt School of Finance:

Hay que tener en cuenta que justamente el sistema bancario alemán está caracterizado por una gran cantidad de institutos bancarios estatales, como las cajas de ahorros o el Banco para la Reconstrucción (KfW), y por ello el Estado mantiene una fuerte influencia que puede aumentar, pero que veo limitado sólo a un tiempo prudente.¹⁸

Y *a la economía*, como lo prueban las últimas medidas tomadas en 2008 y enero y febrero de 2009 respecto de la “crisis financiera”, que de manera poderosa y sin ser la causante de la misma afectó a Europa en general, y Alemania, Holanda, Bélgica, Francia y España, en particular.

Todavía resuenan en los oídos las palabras de una persona lejana a cualquier idea socialista como el señor Valéry Giscard d’Estaing, quien señaló, a propósito de los bancos y su rol en la crisis, que “los bancos salieron a jugar en el casino, y perdieron” para graficar los problemas a los cuales tuvo que enfrentarse cada uno de los Estados nombrados, y particularmente Alemania.

¹⁵ Art. 20 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 23.05.49 enmendada 26.11.01 <<http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html> > (15.02.09).

¹⁶ *Ibidem*, artículo 20, núm. 3.

¹⁷ *Ibidem*, artículos 1o. al 19.

¹⁸ Deutsche, Welle, *Primera nacionalización de un banco alemán en la posguerra*, 09.01.2009, <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,3933144,00.html>.

En un principio no hubo una intervención directa, sino que el ministro federal de Economía alemán conversó con los banqueros alemanes para indicarles que era necesario estar alerta para comprar los bancos que pudieran caer en la insolvencia al no poder efectuar pagos. Luego, derechamente intervinieron una serie de bancos a fin de evitar el desplome de los bancos alemanes y de la economía germana. Así es posible observar cómo se mantiene la estabilidad política y económica a fin de lograr que la misma permita al cuerpo social actuar sin sobresaltos.

4. *El derecho y El Estado*

El derecho y el Estado se encuentran unidos debido a la disposición de la Constitución, como ocurre de manera perfectamente observable en la Ley Fundamental Alemana.

Es posible encontrar esta referencia en el preámbulo de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, que se sigue de "...el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente Ley Fundamental". A su vez, es posible encontrar la reafirmación de lo dicho en el mismo preámbulo cuando señala que "...La presente Ley Fundamental rige, pues, para todo el pueblo alemán".

La ley democráticamente sancionada establece una coordinación social; es decir, coordina socialmente a los miembros de la sociedad como aparece en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y en la misma sociedad alemana.

Así, se indica que:

Artículo 15 [Socialización]

Con fines de socialización, el suelo, los recursos naturales y los medios de producción pueden ser situados bajo un régimen de propiedad colectiva o de otras formas de gestión colectiva por una ley que fije el modo y el monto de la indemnización.

Y si bien la misma Ley Fundamental distribuye competencias, tendrán que coordinarse en determinar la forma de dictar normas jurídicas, actuar coordinadamente, ya que de no ser así podrían existir sanciones. Lo relativo a la distribución de las competencias se encuentra en el artículo 70, que dice:

Artículo 70 [Distribución de las competencias legislativas entre la Federación y los Länder]

Los *Länder* poseen el derecho de legislar en tanto la presente Ley Fundamental no lo confiera a la Federación.

La delimitación de competencias entre la Federación y los *Länder* se rige por las disposiciones de la presente Ley Fundamental sobre la legislación exclusiva y concurrente.

Constitución y realidad constitucional, ley democrática como potestad y coordinación social, soberanía constitucional en el estado de excepción.

Alemania posee Constitución jurídica y política y una realidad constitucional expresada en la Ley Fundamental de Alemania y en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional alemán. La ley en Alemania se dicta por el Poder Legislativo, conforme a las normas constitucionales, buscando que las necesidades de la población en materia social sean protegidas, *e. g.*, frente a la pérdida de trabajo e imposibilidad de encontrar uno nuevo existe un seguro de cesantía establecido por el Estado y darle a la persona la oportunidad de sobrevivir económicamente. Se han establecido estados de excepción constitucional restringiendo los derechos fundamentales, como la libertad de circulación y residencia y la inviolabilidad de domicilio,¹⁹ y en los estados de excepción constitucional que sigue rigiendo la Ley Fundamental Alemana y las leyes mismas.²⁰

5. *Proscripción de inmanencia, historicismo y decisión, participación política, redistribución de la riqueza*

El Estado alemán no tiene un “sentido” u “objeto” en la historia del mundo como lo intentó expresar el nazismo, sino que existe proscripción de la inmanencia gracias a los límites en la Ley Fundamental alemana²¹ sobre “igualdad ante la ley”,²² libertades “de acción”, “de las personas”,²³ la “dignidad humana” como fundamento de la normativa constitucional, del poder público y del Estado, como lo ha dicho el Tribunal Federal Constitucional alemán,²⁴ reconociendo a los derechos humanos inviolables, así la vinculación entre los derechos humanos contenidos en la Ley Fundamental alemana y los poderes del Estado. Historicismo y decisión se manifiestan en

¹⁹ *Ibidem*, artículo 17 a.

²⁰ *Ibidem*, artículo 19, letra b; art. 79, número 3; arts. 115 k y 115 l.

²¹ Se manifiesta en los artículos 1o., 2o. y 3o.

²² *Ibidem*, artículo 3o.

²³ *Ibidem*, artículo 2o.

²⁴ Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, Universidad de Huelva, 2009, p. 38.

el preámbulo de la Ley Fundamental alemana y el interés de Alemania por la paz (luego de haber generado dos guerras mundiales) y en la decisión de contar con un Estado basado en principios que no incluyeran la guerra, así como la prohibición de preparar una guerra de agresión.²⁵ En la Ley Fundamental alemana las libertades de opinión, reunión y asociación se protegen plenamente sin obligar a participar reconociendo ampliamente la posibilidad de participación política.²⁶ La redistribución de la riqueza, en el caso alemán, se inicia al reconocer el Estado alemán ser de “derecho y social”, y aunque hoy pueda considerarse como injusta la distribución de la riqueza,²⁷ ésta resulta más justa que en muchos países del mundo; por ejemplo, los costos de estudiar en las universidades alemanas son mínimos comparados proporcionalmente con las universidades chilenas.

6. *Pluralismo antagónico, unidad política y representación democrática*

El pluralismo antagónico se presenta de manera constante entre socialdemocracia, socialcristianismo, liberalismo, ambientalismo, como corrientes de pensamiento y acción política adversarial; es decir, no pretenden hacer que el otro desaparezca demonizándolo, como Ch. Mouffe²⁸ hubiera quizá argüido en la interpretación de C. Schmitt, sino compitiendo el poder en un sistema democrático parlamentario. La unidad política alemana es interna como externa: internamente, la Ley Fundamental alemana exige a los partidos políticos que deseen participar del “juego democrático” (con todos los elementos descritos por Bordieu) deben adscribir a las reglas establecidas en la antedicha ley, y externa, en cuanto si no se adscribe a los principios y a las normas, garantías y valores (dignidad humana, derechos humanos, garantías constitucionales)²⁹ de la Ley Fundamental alemana, el partido sufre la exclusión y la sanción de ser declarado inconstitucional. La representación democrática está garantizada, ya que se indica que los diputados del *Bundestag* serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto: “Son representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia”.³⁰

²⁵ *Ibidem*, artículo 26.

²⁶ *Ibidem*, artículo 38.

²⁷ Deutsche, Welle, *Los alemanes perciben injusticias en la distribución de la riqueza*, (16.06.08) <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,2144,3415603,00.html>> (23.01.09)

²⁸ Mouffe, Chantal, “Alteridades y subjetividades en las ciudadanías contemporáneas”, *Diálogos*, sf-sn <www.dialogosfelafacs.net/75/articulos/pdf/75ChantalMouffe.pdf>

²⁹ Como aparece en el artículo 21 en relación con los artículos 1 al 19 de la misma Ley.

³⁰ *Ibidem*, artículo 38.

Cada uno de los representantes del *Bundestag* detentan representación formal de sus electores, los ciudadanos, como plantearía Bobbio, y de fondo, es decir, por su adscripción a su conciencia y a las normas incluidas en el texto de la Ley Fundamental alemana.

Como conclusión, hay una propuesta que caracterizaría al Estado contemporáneo europeo, a saber: una “retórica socialdemócrata” (protección a los más débiles, igualdad, integración), pero una praxis política y económica de “carácter neoliberal” (estabilizar, privatizar, liberalizar³¹ utilizado por ex alumnos chilenos del Departamento de Economía de la Universidad de Chicago).³² Chile fue un “laboratorio” en la década de 1980, donde se aplicaron teorías neoliberales sintetizadas en el “Washington Consensus”³³ aplicadas a partir de 1990 en el mundo.³⁴

Nos adherimos a la frase señalada con cierto matiz: hoy, al menos por un tiempo, retórica y práctica socialdemócrata son aplicadas en una de las crisis financieras conocidas por todos, controlando u ordenando, aplicando los elementos más relevantes de las ideas de este sector político, libre juego de las fuerzas políticas y económicas reguladas en sus aspectos más relevantes y generales por la ley.

Es en las crisis de la *Illusio*, según Bordieu, donde los “jugadores” del “juego”, según este autor, se dan cuenta de las superficialidades y faltas de coherencia del mismo.³⁵ Sin embargo, aunque sólo sea contar las cabezas (ello de por sí resulta mejor que cortarlas) con lo que el sentido del juego democrático y del procedimiento democrático se enfrenta a sí mismo como se planteara por Hesse en su “juego de abalorios”.

La praxis de la actividad estatal financiera ha cambiado al exigírseles participación estatal en la toma de decisiones a entes privados a cambio

³¹ Rodrick, Danny, *Goodbye Washington Consensus, Hello Washington Confusion?*, Harvard University, 2006, <http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/Lessons%20of%20the%201990s%20review%20_JEL_.pdf> (21.01.08).

³² “Relato socialdemócrata y praxis neoliberal”, la interpretación de lo que es socialdemócrata y liberal es nuestra, Ffrench-Davis, Ricardo, “Crecimiento con equidad: los desafíos actuales”, en Ffrench-Davis, Ricardo, *Entre el neoliberalismo y el crecimiento con equidad en Chile: tres décadas de reformas económicas*, 3a. ed., Santiago, J. C. Sáez, editor, 2003.

³³ Williamson, John, *A short history of the Washington Consensus*, <<http://www.iie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf>> y en contra Danny Rodrik, *ibidem*.

³⁴ La praxis neoliberal es en lo económico y posiblemente en lo político; en Estados Unidos esta aseveración se ve modificada. Allí la praxis ha sido neoliberal (en política y economía) y conservadora (en moral) durante el gobierno del ex presidente G. Bush (h).

³⁵ Martín, Sebastián, *P. Bordieu. Conceptos para un sicoanálisis*, La Rábida, enero de 2009, p. 12.

de préstamo de dinero frente a la ausencia de liquidez producto de la crisis misma. Más aún, países de la Unión Europea han nacionalizado bancos como sanción y ordenación del sistema financiero privado y se ha llevado a cabo una ordenación económica del sistema manteniendo libertad sin libertinajes en el sistema financiero.³⁶

De hecho, tanto en el Chile de 1982 y 1999, así como en la Alemania de 2008, la “marea neoliberal” creció, pero al menos han debido rectificar y aplicar conceptos dejados en desuso, como “nacionalización”, caso de dos bancos alemanes (así como holandeses y belgas), donde ministros socialdemócratas han debido asumir el costo de dicha determinación.

¿Cabe preguntarse si el neoliberalismo requiere del Estado para subsistir?

Quizá sí, pero sólo para obtener protección frente al desacierto de sus agentes, como ha ocurrido en el caso de Chile en 1982. Lo descrito podría ser “retórica socialdemócrata y ayuda neoliberal”, pero plantea interrogantes acerca de las fisuras, de la discusión pública acerca del Estado de bienestar en el futuro cercano debido a la situación actual de la realidad económica alemana.

¿Cómo se proyecta esta idea del Estado en un Estado de derecho internacional?

Un punto relevante que nos debe llamar a reflexión es cómo Alemania, pese a dos guerras mundiales, el desacierto de muchos de sus dirigentes, la muerte de millones de personas, ha logrado configurar un Estado de derecho que es un modelo a seguir en muchas partes del mundo.

Un primer acierto lo constituyen los artículos que defienden los derechos fundamentales en la Ley Fundamental alemana; un segundo acierto lo constituye la existencia de un Tribunal Constitucional alemán, donde puede discutirse la constitucionalidad de las normas jurídicas alemanas; en tercer lugar, como acierto, es posible nombrar a un Estado social de derecho, cuestión que va más allá de los infaustados impacientes, que sólo buscarían una modificación total del sistema; en cuarto lugar, es posible hablar de los aspectos más interesantes de lo que es Alemania, donde la protección al medio ambiente tiene efectos tremendamente importantes, así como la explotación de los beneficios de la protección y la obtención de fuentes de financiamiento de dicha protección.

Éstos son algunos de los planteamientos necesarios de considerar en nuestro aporte al proyecto. La Ley Fundamental alemana, sin embargo, ad-

³⁶ Valery Giscard, quien lejos de la socialdemocracia caracterizó la crisis diciendo “que los bancos salieron a jugar en el casino, y perdieron”.

quiere especiales características necesarias de considerar en la discusión, a saber: que las normas de esta ley fueron elaboradas en un tiempo similar al de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y por consiguiente puede considerárselas contemporáneas. Esta afirmación se ve influida por la presencia de la obra de Heller en la ley y, más aún, es posible plantear que algunas ideas de la Ley Fundamental permearon la Declaración, o viceversa.

Los derechos contemplados en la Declaración eran considerados en aquel tiempo como ideas “universales”, pertenecientes a todas las culturas y necesarias para la existencia de un Estado de derecho a nivel nacional e internacional. En el siguiente apartado veremos el aporte que una serie de juristas de un Estado hicieron a la generación de un Estado de derecho internacional.

II. EL APORTE DE TRES JURISTAS AL MOVIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: LOS DERECHOS HUMANOS, UNA FORMA DE APLICACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

Cuando en 1948 y en 1966 se aprobaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las convenciones denominadas Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente, no hubo mayor interés en el aporte chileno a estos convenios internacionales ni en Chile ni en el extranjero, no existieron libros que los estudiaran y análisis en diarios y revistas. Esto, sin embargo, constituye una dejación para los especialistas en derecho internacional del país nombrado, por cuanto el aporte a dichos textos no fue menor, y la idea de una comunidad internacional organizada por medio de normas jurídicas obligatorias basadas en los principios universales de respeto a los derechos de las personas, el primero de los textos nombrados lo atestigüa, son de importancia fundamental.

1. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁷ de 1948 tuvo a uno de sus principales redactores al embajador chileno, Hernán Santa-Cruz Barceló.³⁸ Su participación fue gravitante como el representante latinoame-

³⁷ Resolución 217 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948. Oriol Casanovas y La Rosa, *Casos y textos de derecho internacional público*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1988, pp. 158 y ss.

³⁸ Aylwin, Patricio en VV.AA., *Hernán Santa-Cruz Barceló: un homenaje en la Cepal (7 de mayo de 1989)*, Santiago de Chile, Fundación Felipe Herrera, Instituto de Estudios In-

ricano a la comisión que negoció y redactó el respectivo anteproyecto que fuera finalmente aprobado en París. Éste fue un trabajo que se basó principalmente en los principios universales existentes en 1948 para la defensa de los seres humanos, tanto políticos como culturales, económicos, sociales, sin los cuales no puede dignificarse la vida, y, por tanto, defenderse la misma.

Ciertamente, esta declaración no estableció derechos ni obligaciones a los Estados existentes en 1948, y con posterioridad ni sus obligaciones podrían ser impetradas ante tribunales nacionales. Es decir, las normas de la Declaración son “norma común de realización para todas las personas y todas las naciones”, pero no establecen obligaciones internacionales nacidas de un tratado.³⁹ Ésta fue producto del trabajo de la Comisión de Derechos Humanos dependiente del Consejo Económico y Social, y fue esta misma comisión la encargada de iniciar el proceso de negociación y redacción de un nuevo texto de derechos o garantías a la persona humana con el carácter internacional, que finalmente derivó en dos textos diversos que se conocen como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.⁴⁰

2. *El derecho a la alimentación*

En el segundo de los textos nombrados, el embajador Hernán Santa-Cruz B. redactó de su puño el texto del derecho a la alimentación contenido en el artículo 11 número 2 y que reza:⁴¹

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

ternacionales de la Universidad de Chile y Organización de Naciones Unidas, junio de 2000, 9,10,13. Inclusive se hace presente en el texto que el señor Santa-Cruz tomó parte tanto en el Comité de Redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que constaba de 8 miembros y presidida por la señora Eleanor Roosevelt, y en la discusión posterior indicando que con la declaración se alcanzaba el que “nadie podría (violiar estos derechos) sin convertirse en un paria de la Comunidad Internacional”.

³⁹ Oda, Shigeru, “El individuo en el derecho internacional”, en Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 480.

⁴⁰ Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 16 de diciembre de 1966; Oriols Casanova y La Rosa, pp. 371-395.

⁴¹ Ocampo, José Manuel, en VV.AA., *Hernán Santa-Cruz Barceló: un homenaje en la CEPAL (7 de mayo de 1999)*, 9.

- a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;
- b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.⁴²

Ésta es una norma que se ha materializado a través de diferentes instituciones y programas internacionales, como los llevados adelante por la Organización Mundial para la Agricultura y la Alimentación, de la cual el señor Santa-Cruz fue parte.

Pero ésta no fue la única contribución al derecho internacional de los derechos humanos efectuada por un chileno. El ex profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile y juez de la Corte Internacional de Justicia, doctor Alejandro Álvarez, emitió una opinión disidente en la opinión consultiva acerca de la situación jurídica del Sahara Sud Oeste en 1949, donde desarrolla el derecho de los pueblos al desarrollo.⁴³ Esta opinión disidente fue, según uno de sus biógrafos, una de varias a través de las cuales el doctor Álvarez expresó la necesidad de alcanzar la equidad en las relaciones internacionales entregando razones y fundamentos para un derecho al desarrollo. Esta noción o fundamento del derecho al desarrollo vino a ser la base, a su vez, de los diferentes argumentos para el cambio de la economía a través de un nuevo orden económico internacional, movimiento que tuvo al derecho internacional del desarrollo y del derecho internacional comercial como exponentes jurídicos de estas ideas. La noción antes explicada es la fundamentación jurídica de los conceptos vertidos por este distinguido jurista americano, y que poco conocemos habiendo nacido y estudiado en nuestro país.

La idea de un derecho al desarrollo, a su vez, ha sido desarrollada por grandes internacionalistas norteamericanos, como es el caso de Oscar Schachter o Luis Henkin, y cuya referencia hace inclusive el profesor D. Kennedy al efectuar un análisis del tema del desarrollo y los derechos relacionados con este último.⁴⁴

⁴² Oriol Casanovas y La Rosa, p. 374.

⁴³ Álvarez, Alejandro, *Dissenting Opinion on the West-Saharan case 1949* <www.icj-cji.org/docket/files/10/1899.pdf> (9.10.07).

⁴⁴ Kennedy, David, "Laws and Developments", in Amanda Perry-Kessart and John Hartchard, *Law and Development: Facing complexity in the XXIth Century*, Cavendish Publishing, 2003.

Sin embargo, quisiéramos efectuar un alcance respecto del doctor Alejandro Álvarez. Éste poseía y posee hasta hoy una estatura intelectual impresionante. Prueba de ello que fue citado por el presidente de la Comisión Redactora de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como el autor de la idea de una declaración de este tipo en la década de 1920, y con posterioridad cobró fuerza entre autores y juristas mexicanos y panameños. Es decir, esta idea posee una fuerza inmensa entre los juristas latinoamericanos. Más aún, es necesario apuntar a los juristas mexicanos y latinoamericanos participantes en dicha comisión en París, que con su aporte consignaron buena parte de los derechos que se aplican a nivel nacional, sean civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

Para concluir, es posible indicar una línea de continuidad en la participación de la protección de los derechos humanos y su aplicación internacional por parte de juristas latinoamericanos que han mirado las garantías a las personas no sólo en su faz civil y política, sino en las diversas manifestaciones de carácter social, cultural y económica. Ello por cierto no es menor o carente de importancia sino de una fuerza y vitalidad absolutamente imprescindible para la defensa de tales derechos.

Resulta fundamental entender que un Estado de derecho internacional posee normas jurídicas fundamentales, constitucionales, un mínimo legal que no puede ser violentado ni aun a razón de circunstancias extraordinarias. De hacerlo, caeríamos en la misma trampa, en la misma retórica que une a los enemigos del Estado de derecho, donde se pretende obtener que sólo el orden gobierne o que sólo la libertad impere, llegando a tiranías o a anarquías o a combinaciones de ambas, como puede verse en tantos caso de Estados con sus sistemas judiciales, políticos, económicos destruidos. Entonces, son los derechos humanos, derechos y obligaciones, como lo plantea Hohfeld, de base o fundamento de cualquier Estado y particularmente de un Estado que regule a todos los Estados, aunque no tenga las nociones de centralidad, orden por la vía judicial, como ocurre en el caso de los Estados nacionales.

III. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL ESTADO DE DERECHO

Las fuentes del derecho internacional público, breve ensayo de ellas a la luz de las normas jurídicas internacionales sobre los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho internacional y la equidad en la configuración de un Estado de derecho.

La tradición de las normas jurídicas internacionales ha dado fuente a la normativa sobre los tratados internacionales a través de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la aceptación unánime de la costumbre entre sujetos del derecho internacional como fuente formal de esta rama del derecho. Los principios generales a su vez entregan nueva formulación y ordenación de las normas jurídicas en esta materia, que permite sostener que las fuentes del derecho internacional público son la razón o causa eficiente de la existencia del derecho a nivel internacional.

Sin ingresar en los aspectos puntuales de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hay ciertos puntos innegables. Ésta sirve de base para la interpretación del derecho, siendo necesario indicar que tal interpretación se presenta de manera patente en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales de jurisdicción internacional. Además, contiene algunos de los principios más importantes en materia jurídica internacional, sin más *pacta sunt servanda*, lo que no deja dudas que cualquier interpretación relativa a estas normas es sin duda no menor.

1. *Los tratados internacionales*

Es necesario indicar los tratados internacionales como una de las fuentes más importantes en materia jurídica internacional, no sólo por estar definidos en la ya citada convención, sino porque ellos son sin duda una de las principales fuentes del conocimiento del derecho internacional y una de las fuentes formales de mayor aplicación. En caso alguno los tratados abarcan todos los aspectos relativos a la regulación jurídica internacional. Como se sabe y habré de desarrollar esta idea más adelante, los tratados internacionales tienen un alcance determinando a ámbitos de la realidad internacional específica. Los tratados sobre la paz y la guerra, sobre el comercio, sobre el tránsito de personas, son conocidos entre nosotros. Pero hoy se añaden a tratados en materia de integración entre países o regiones del mundo, tratados sobre aspectos puntuales del comercio entre países, como por ejemplo los tratados sobre propiedad intelectual e industrial. Más aún, debemos incluir tratados sobre materias ambientales y otras materias de no menos importancia.

¿Cuál es el elemento principal de un tratado?

En principio, lo que caracteriza a un tratado en su aspecto formal es aquello indicado como un acuerdo de voluntades entre sujetos del derecho internacional que genera derechos y obligaciones entre dichos Estados.

Formalmente, de acuerdo con la convención antes citada, debe constar por escrito, pero resulta inherente al mismo el que genere obligaciones entre los sujetos internacionales que se obligan.

Esta consecuencia resulta de importancia tremenda, a efectos de la actividad de las personas naturales y jurídicas, porque de ello se puede determinar si las obligan o no. No se debe dejar de considerar que los tratados internacionales no sólo obligan a los sujetos internacionales que las firman, sino que deben ser aplicadas al derecho interno que las rige. Hablo ahora de sujetos de derecho internacional, no sólo de Estados, porque es a ellos a quienes obliga cualquier tratado, debiendo los mismos aplicarlos en el territorio y a sus nacionales.

En el marco de la investigación sobre el Estado de derecho internacional, el tratado es la fuente de derecho por excelencia, siendo además una forma de modelar dicho Estado de derecho en dos sentidos:

a. Por una parte tiene su origen en el Estado de derecho; es decir, es el Estado de derecho internacional el que da razón de existir y fundamento de existencia a un tratado. El tratado internacional permite a los sujetos de derecho internacional, regular su vida jurídica bilateral o multilateralmente.

b. Es el origen de la existencia de un Estado de derecho internacional en una teoría contractualista, en que ve a los miembros de una comunidad cómo llegan a acuerdos, sancionan el actuar ilegal de otros y buscan encontrar a través de esos instrumentos jurídicos ciertas normas básicas que permitan a los integrantes de dicha comunidad relacionarse.

2. La costumbre internacional entre sujetos de derecho internacional

Sin embargo, los tratados internacionales no son, desde un punto de vista histórico, la única ni la más importante fuente formal del derecho internacional. Como se expresa en diversos textos citados al final de esta presentación, la costumbre internacional entre sujetos de derecho internacional no es una fuente menor. Al contrario, la práctica de usos y costumbres, así como la convicción de ser estas repeticiones propiamente jurídicas, nos lleva a la conclusión de que generan derechos y obligaciones.

Las prestaciones que se desarrollan a partir de la costumbre internacional tienen por objeto, y lo han tenido históricamente, obligar a los sujetos de derecho internacional, los Estados. Pero la costumbre internacional es confundida en materia comercial entre aquella que regula a los Estados con la que regula a los sujetos del derecho internacional privado, y resulta ciertamente necesario efectuar las distinciones necesarias. Sujetos son diferentes;

en el primer caso Estados; en el segundo, comerciantes. Objetos son diferentes; en el primer caso tienen un sentido de interés público o que tienen al orden público internacional como elemento central, pero en el segundo es el orden privado y el interés particular el objeto de las prestaciones. Finalmente, aunque no definitivamente, en el primer caso se regula por el derecho internacional público, y en el segundo es el derecho internacional privado el regulador.

Las normas, por cierto, y que serán analizadas en un momento, son diferentes.

La costumbre internacional corresponde a otro elemento relevante de un Estado de derecho internacional, a saber: la costumbre internacional entre Estados constituye derecho; es decir, es el Estado de derecho internacional embrionario (Kelsen), casi inexistente (Hart) siempre presente (Brownlie), que regula el que nos encontremos con un Estado de derecho internacional. Sin el mismo los Estados miembros de la comunidad internacional no podrían concebir la *opinio iuris*, y las normas de la costumbre serían sólo repeticiones de actos sin que se constituya una conducta obligatoria para las partes.

3. *Los principios generales del derecho*

Finalmente, esta exposición estudia el tema de los principios generales del derecho, que tienen diferentes objetos, uno de los cuales, la interpretación e integración concordante de normas dentro de un sistema jurídico, es el objeto principal. F. Clemente de Diego, en un interesante prólogo al texto del mismo nombre del filósofo italiano Giorgio del Vecchio, explica de manera magistral que estos principios son "...el aval de toda disquisición jurídica y tiene por objeto amparar los razonamientos jurídicos aunque éstos tomen para base un precepto de ley o de costumbre...".⁴⁵ No es menor la reflexión efectuada por el autor, siguiendo la línea de pensamiento de Del Vecchio. Si miramos a la redacción del convenio citado en estas líneas, aparece un elemento de carácter iusnaturalista, interpretable necesariamente, que es aquello denominado *ius cogens* o derecho emergente de carácter absoluto e inmanente al ser humano. Este concepto, que ha generado múltiples discusiones, se enfrentó en el caso de los juicios de Nüremberg como el caso *United States v. Alstoetter*. Es necesario indicar que es verdad que en materia jurídica el derecho natural ha sido abandonado, en principio, frente a este concepto. Como lo preconiza otro especialista en esta área, el

⁴⁵ Clemente de Diego, Fernando, Prólogo, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1932, p. 7.

profesor D'Amatto, el concepto de *ius cogens* se asemeja a un pájaro o a un avión a Supermán, donde nos encontramos que dicho concepto carecería en principio de una formulación acabada, pero como el mismo profesor indica, se requiere necesariamente efectuar un esfuerzo de carácter intelectual para poder aplicarlo y definirlo, esfuerzo que en el caso de la piratería ha sido desarrollado y puesto en práctica, así como en otros ejemplos. La inclusión de esta figura jurídica generó hasta hoy serias e interesantes discusiones en materia de aplicación de principios generales.

Es un hecho, al igual que en el caso de las fuentes mencionadas anteriormente, que estamos en presencia de un Estado de derecho internacional, que da lugar a los principios del derecho internacional. Embrionario, breve en el tiempo transcurrido desde los primeros tratados que han dado vida a la noción de un orden internacional unido a la libertad de convenir, disminuido por los obvios problemas de una convencionalidad limitada (lógicamente, en el caso de los tratados multilaterales los elementos negociales se ven disminuidos al mínimo, debido a la gran cantidad de intereses envueltos en el acuerdo), pero existente.

4. *La jurisprudencia*

En todo ámbito donde el derecho se aplica sin duda que existe un Estado de derecho internacional. Es este el caso de los diversos tribunales que han dictado sentencias a nivel internacional. El caso Nicaragua de la Corte Internacional de Justicia es paradigmático, no se aceptaba la jurisdicción de la Corte, y sin embargo se logró que ésta conociera del asunto; luego, no se aceptaba que existiera intervención de los Estados Unidos, y se logró en la sentencia que se reconociera dicha intervención. Es ahí donde un Estado de derecho internacional se manifiesta, sus tribunales dictan sentencia estableciendo los hechos y aplicando el derecho aun contra la voluntad del más fuerte.

5. *La aplicación práctica de estos conceptos*

Estos conceptos brevemente tratados tienen aplicación en el derecho internacional tanto público como privado. En el derecho internacional público es posible concluir la necesidad de contar con la aplicación de estos conceptos aquí presentados. Problemas acerca de la conclusión de tratados, de su cumplimiento e incumplimiento y de la responsabilidad por el cumplimiento del mismo son temas discutidos hasta hoy. La aplicación de la costumbre internacional entre sujetos de derecho internacional no es de me-

nor importancia, y hasta el día de hoy es discutida en casos internacionales ante la Corte Internacional de Justicia, así como los principios generales del derecho; por ejemplo, casos relacionados con el tema ambiental.

Pero quizá un caso de tanta importancia donde se enfrentan todos estos conceptos y las dificultades de la distinción entre derecho internacional público y privado la presenta la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980.

Ésta es una convención internacional que ha sido debidamente ratificada por nuestro país y una serie de otros países, y que se encuentra vigente a nivel internacional, cuyo objeto son prestaciones de dar. Sin embargo, a su vez, es, como convención internacional regida por el derecho internacional público. Ello adquiere un nuevo elemento al problema de determinar los ámbitos de ambas normativas, la pública y la privada, que tienen como objeto un tratado que recoge tanto costumbres internacionales de carácter privado como principios generales del derecho de carácter privado.

Es aquí donde se plantea un problema necesariamente no resuelto en el texto, y que atañe a los nacionales de los Estados que han firmado el mismo. El incumplimiento de la normativa de la Convención en cualquiera de sus partes por un sujeto de derecho internacional privado consecuentemente genera responsabilidad internacional de Estados que se encuentran obligados por la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías.

El incumplimiento de la obligación de la entrega de la mercadería generaría, en principio, un incumplimiento de carácter privado, pero el Estado de cuya nacionalidad es quien incumple la obligación de carácter privado podría verse llevado a la situación de tener que enfrentar el incumplimiento de obligaciones privadas por otro Estado que reclama dicho incumplimiento. Esto no se ha presentado hasta hoy, pero puede llegar a constituir una posibilidad.

Es necesario entonces ver cómo opera el Estado de derecho internacional y sus posibles errores, para llegar a sus elementos constitutivos esbozados muy sucintamente ya.

IV. UN CASO ESPECIAL, LA EQUIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

La Corte Internacional de Justicia y la Organización Internacional del Comercio. Algunos aspectos relevantes en torno al criterio “justicia y equidad

Este texto trata de determinar los criterios que la Corte Internacional de Justicia, así como los paneles de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio, han elaborado sobre el tema de la equidad en los términos “justo o equitativo” (*fair and equitable*).

Sirve de base lo anterior al concepto de *fair and equitable*, que se ha utilizado en el artículo 15, párrafo o inciso séptimo, acerca de la forma en que el resultado de la obligación internacional de una división de beneficios interestatales provenientes de la comercialización o utilización de recursos genéticos naturales sea que la transferencia se efectúe a título gratuito u oneroso. Esto posee inmensa importancia, porque de dicho concepto puede obtenerse un concepto general sobre la equidad y la justicia en las relaciones internacionales entre Estados cuando se deben dividir beneficios de cosas que pertenecen a uno de ellos, recursos naturales, pero otro país ejecuta actos sobre dichos bienes o recursos que no le pertenecen generalmente en el contexto de investigaciones para obtener compuestos activos a fin de desarrollar medicinas o alimentos.

1. *La Corte Internacional de Justicia*

La Corte Internacional de Justicia no ha aplicado de manera permanente la equidad, sino en determinadas sentencias y como aplicación de principios generales del derecho. El fundamento de dicha aplicación se encuentra en la inexistencia de ley, tratado internacional o de costumbre internacional que regule un tema determinado; es decir, la ausencia de norma jurídica que regule un tema.

Primero se revisarán las sentencias que tratan este tema y que se ven influidas por temas relacionados con recursos naturales y determinación de los recursos en relación con la soberanía territorial y con la de los recursos naturales del Estado en litigio.

A. *Funciones de la equidad*

La equidad en el derecho internacional, según Akehurst, puede cumplir tres grandes funciones:

1. Adaptación del derecho a los hechos de un caso individual.
2. Suplir lagunas jurídicas en el derecho (como ordenamiento jurídico).
3. Rechazo a la aplicación de normas jurídicas injustas.

Siguiendo al mismo autor, es posible afirmar que la equidad, en el primero de los casos nombrados (*infra legem*), puede ser utilizada en una serie de caos, desde aquellos en que la aplicación de la ley difiere de manera tenue en relación con la letra misma, hasta la búsqueda del espíritu para hacerlo prevalecer sobre la letra.⁴⁶ Los anteriores elementos nos permiten configurar una primera idea sobre equidad, que si bien es un término utilizado en el derecho internacional, no resulta claro su sentido y alcance.

Entonces ¿qué es la equidad para la Corte Internacional de Justicia o cómo la aplica y conforme a qué criterio de carácter inmutable es posible hablar de aplicación de la equidad? En buenas cuentas, con relación a qué es la aplicación de la equidad por este tribunal.

En este caso podemos afirmar que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su artículo 38, no establece la aplicación de manera directa de la equidad. En efecto, la expresión *et aequo et bono*, del número dos del citado artículo, no indica en caso alguno que se esté en situación de dictarse sentencia utilizando la equidad, sino que, como un procesalista indicaría, se le dan mayores facilidades para no contemplar directamente la ley en el fallo, pero el mismo no excluiría el razonamiento jurídico y, a su vez, legal, a fin de llegar a la conclusión y en la utilización del estándar de “hombre bueno y equitativo” que debe determinarse al caso concreto. Tal razonamiento no podría ser sino conforme a derecho, y debería nacer, por cierto, de la aplicación de las normas jurídicas contempladas primero en la letra “a” del artículo citado, por las siguientes razones:

- Porque siendo el derecho internacional público una normativa no disponible por las partes, se debe aplicar el artículo que indica las fuentes utilizadas para fallar.
- Porque el artículo 38 indica primero a las fuentes formales del derecho internacional público.
- Porque cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu conforme a lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Porque en los tratados internacionales debe existir una referencia a la “equidad”, y de no existir nos encontraríamos con que tal aplicación sólo cabría en ausencia de ley con un conflicto de por medio.
- Porque para la aplicación de la equidad en la solución de un conflicto debería existir ausencia de ley o considerarse la posibilidad de que dicha ley no debiera ser aplicable.

⁴⁶ Ackehurst, Maurice, “The equity in international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, p. 1.

- Para que no hubiera aplicación de ley podría ocurrir que o no hay ley o dicha ley es insuficiente, o habiendo ley suficiente sin embargo es manifiestamente injusta su aplicación, pero esta última opción no puede sino aceptarse sobre la base de ausencia de medios y en la imposibilidad de aplicación factual, porque un acuerdo no consideró alguna circunstancia para el futuro, y no aceptar la aplicación retroactiva a antes de la celebración del tratado.
- Para los casos de futuro, la aplicación de equidad frente a la existencia de la ley debe efectuarse a lo menos, estableciendo los criterios con los cuales se modifica la ley porque tal modificación debe actuar sobre la norma libremente aceptada y consentida de las partes base de la comunidad internacional.
- La norma libremente aceptada y consentida no dice relación con las desigualdades inherentes a la situación en que se encuentran los Estados en la comunidad internacional. Tal consideración es extrajurídica. Ella es relevante para saber si existen situaciones como la adhesión a un tratado o no, pero cuando son tratados bilaterales la consideración a la estrictez de la ley, entendida como norma jurídica, resulta fundamental.
- Como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, no hay que buscar la solución equitativa sólo sino una solución equitativa derivada de la ley aplicable (“derived from the applicable law”).⁴⁷
- En el caso *Fisheries*, la sentencia hace presente que el gobierno de Noruega establece que la división o delimitación debe efectuarse de “una manera razonable”, propia por demás de la equidad, y, como se argumenta, debe efectuarse, de acuerdo con este mismo caso, cuando no hay tratado anterior o este tratado no toca algún punto.⁴⁸

Esta razonabilidad en la determinación de la división puede ser un principio básico de la equidad, donde el criterio, al cual nos hemos referido en una de las primeras preguntas de esta parte, consiste precisamente en dar razón o razones del porqué de la delimitación, y dichas razones deben estar incorporadas en una lógica que permita entenderlas y convencer que se efectúan de acuerdo con algún criterio indicado al inicio de los razonamientos. Excluye por tanto la decisión arbitraria o contraria a la ley.

⁴⁷ *Frontier Dispute case (Burkina Faso vs. Mali)*, I.C.J. Report 1985, 6, International Court of Justice.

⁴⁸ *Fisheries Jurisdiction*, I.C.J. Reports 1974, p. 141.

- Ciertamente, el criterio de la razonabilidad puede ser entendido como el de la mayoría de las veces de manera razonable, pero en el fallo citado el gobierno británico señala que este criterio de la razonabilidad se aparta en muchos casos específicos de los que debería ser entendido por razonable; es decir, según el gobierno británico, conforme a un criterio preestablecido (en la especie, la línea de la costa).

Algunas expresiones del tema de la equidad⁴⁹

- Advisory opinion given in the case Judgement of the Administrative Tribunal of the I.L.O. upon Complaints Made against UNESCO.

Se señala en esta sentencia que:⁵⁰

En cualquier caso de razonamiento legal de una corte de justicia su decisión, por definición, deberá ser justa y en este sentido, equitativa. Sin embargo, cuando se menciona a la corte que determina justicia o declara el derecho lo que se quiere significar es que la decisión encuentra su justificación objetiva en consideraciones que se encuentran en la norma y no externas a la misma y en esta área esto es precisamente una regla norma de derecho que llama a la aplicación de los principios de equidad.

Por consiguiente, no hay pregunta de una decisión *et aequo et bono*, como podría ser considerada posible bajo las condiciones que establece el artículo 38, párrafo 2, del Estatuto de la Corte. Tampoco será esta la primera vez que la Corte ha adoptado dicha actitud, como puede ser expuesto en el pasaje que a continuación reproducimos.

En la visión de la Corte, es necesario examinar el argumento o alegato que la validez de las sentencias del tribunal está desviada por un exceso de jurisdicción bajo el fundamento de que se entregará una compensación *ex aequo et bono*. El Tribunal se confinará asimismo a establecer que en razón dada por el tribunal en fundamento de su decisión, en fundamento de los méritos el tribunal dijo:

La compensación será determinada *et aequo et bono* al garantizar a los demandantes la suma establecida anteriormente. No aparece de lo anterior del contexto de la sentencia que el tribunal intente partir, por tanto, de los principios del derecho. La intención aparente fue decir que en lo que se refiere a la

⁴⁹ Ziccardi Capaldo, Giuliana, *Repertory of Decisions of the international court of justice (1947-1992)*, vol. 1, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 72-80.

⁵⁰ I.C.J. Reports 1956, at p. 100.

determinación precisa del monto actual a ser entregado no puede ser determinado a través de ninguna regla específica de derecho (o legal), el Tribunal ha determinado lo que la Corte en otras circunstancias ha descrito como la verdadera medida de la compensación y la figura razonable de compensación.⁵¹

Equidad como concepto legal es la directa emanación de la idea de Justicia. La Corte cuya tarea principal por definición es administrar justicia está obligada a aplicarla. En el curso de la historia de los sistemas jurídicos el término “equidad” ha sido utilizado para definir varios conceptos legales diferentes. Ha sido comúnmente contrastado con las rígidas reglas del derecho positivo, sobre cuyas severidades debe ser mitigadas para hacer justicia. En general, ese contraste no tiene paralelo en el desarrollo del Derecho internacional; el concepto legal de equidad es un principio general directamente aplicable como derecho. Además, cuando se aplica Derecho internacional positivo una corte debe escoger de entre las varias interpretaciones posibles del Derecho (o de la ley) la que más parece bajo la luz de las circunstancias del caso, que se encuentra más cercana a los requerimientos de justicia. Aplicación de principios de equidad deben ser distinguidas de la decisión tomada *et aequo et bono*. La Corte sólo puede tomar dicha decisión bajo la condición que las partes la hayan acordado (Art. 38, para. 2, del Estatuto), y la Corte está por ello obligada a la estricta aplicación de las normas legales de las reglas de derecho a fin de alcanzar una solución apropiada.

La tarea de la Corte en el presente caso es diferente: Está obligada a aplicar principios de equidad como parte del Derecho internacional y a balancear las diversas consideraciones las que han sido consideradas relevantes en el orden para producir un resultado equitativo. Aunque es claro que no existen reglas rígidas para determinar el peso exacto agregado a cada elemento en el caso, es esto bastante lejano de ser un ejercicio de discreción (discrecional) o de conciliación; tampoco es una operación de justicia distributiva.⁵²

B. *Las formas de la equidad*

La equidad puede adoptar formas diversas de acuerdo con las necesidades y circunstancias en que se aplica; por tanto, trasladar los conceptos; por ejemplo, en derecho de la inversión internacional al derecho internacional ambiental o comercial o a otros ámbitos del derecho internacional público e inclusive privado, es peligroso.

⁵¹ *North Sea Continental Shelf Judgement*, I.C.J. Reports 1969, pp. 48 y 49, para. 88. *Corfu Channel case*, Judgement of December 15th, 1949, I.C.J. Reports 1949, p. 249.

⁵² *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamashiriya)*, Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya Judgement. I.C.J.

Bajo el artículo 38 del Estatuto de la Corte puede decidirse el caso *et aequo et bono* si las partes acuerdan lo siguiente: desde que las partes no han creído en ello con la tarea de llevar un ajuste de sus intereses respectivos, se debe excluir o disminuir cualquier posibilidad de recurrir a la equidad *contra legem*. Tampoco podrá la Cámara aplicar equidad *praeter legem*. Desde otra perspectiva, podría tener relación con la equidad *infra legem*, esto es, esta forma de equidad, que constituye una forma de interpretar la ley en vigor, y es uno de sus atributos. Como lo ha observado la Corte:

No es una materia de encontrar una simple y equitativa solución sino una solución equitativa derivada del Derecho aplicable (Fisheries Jurisdiction, I.C.J. Reports 1974, p. 33, para. 78; p. 202, para. 69). Cómo en la práctica de la Cámara se efectuará la aproximación a través de este tipo de equidad en el presente caso emergerá de la aplicación a través de toda la sentencia de los principios y reglas que se puedan considerar como aplicables.⁵³

Hay que indicar que en este caso se hace referencia al caso Fisheries dentro de la sentencia, cuestión a la cual la Corte Internacional de Justicia se encuentra habilitada.

El resultado de la aplicación de los principios de equidad debe ser equitativo. Esta terminología que es usada generalmente no es completamente satisfactoria porque utiliza el término equitativo para caracterizar tanto el resultado a obtener y el método o forma a aplicar a fin de alcanzar este resultado. Es sin embargo el resultado lo que predomina o es predominante; los principios están subordinados al fin. La calidad de equitativo (*equitableness*) de un principio debe ser evaluada a la luz de su utilidad para alcanzar un resultado equitativo. No es cada uno de tales principios en sí mismo equitativo; puede adquirir tal calificación al referirse o en la referencia a la equidad de la solución. Los principios a indicarse por la Corte deben ser seleccionados de acuerdo a si es apropiado para alcanzar un resultado equitativo. Esta es la visión de la Corte (como se ha expresado) en su sentencia de 1969 [on the Continental Shelf cases (I.C.J. Reports 1969, p. 50, para. 92)].⁵⁴

La justicia, de la cual la equidad es una emanación, no es una justicia abstracta sino justicia de acuerdo a la norma jurídica; que es posible decir que su aplicación debe producir consistencia y un grado de predicción; aun

⁵³ *Frontier dispute*, Judgemente I.C.J. Reports 1986, pp. 567-568, paras. 27 y 28 (28). *International Litigation: Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salv./Hond.), Gen. 75, 1992 I.C.J. - (Judgment of Sept. 11) (Nicar. intervening).

⁵⁴ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgement, I.C.J. Reports 1982, pp. 59-60, para. 70.

cuando ella se ve con particularidad a las peculiares circunstancias de un caso instantáneo y así también mira más allá de éste a los principios de más general aplicación. Esto es precisamente el porqué los tribunales tienen, desde el inicio, elaborados principios de equidad como existentes (*being=sein*), al mismo tiempo, significan un resultado equitativo en un caso determinado, por cierto teniendo una validez más general y expresión en términos generales; para, como la Corte ha dicho asimismo: “el concepto legal de equidad es un principio general directamente aplicable como derecho”.⁵⁵

2. *La Organización Mundial del Comercio y las sentencias dictadas por sus panels*

Los *panels* de la Organización Mundial del Comercio han dictado una gran cantidad de sentencia y es posible indicar lo siguiente:

A. *Los problemas comerciales de barreras no arancelarias*

La Organización Mundial del Comercio ha dictado una serie de sentencias a través de sus *panels* de solución de controversias. Las relacionadas con las barreras arancelarias han sido tremendamente claras en relacionarse con normas jurídicas, pero no con el concepto de equidad.

Obviamente que en términos amplios es posible afirmar que la equidad preside la idea de no contar con problemas comerciales derivados de la discriminación arbitraria. Sin embargo, no existen sentencias que en esta materia se basen en la equidad como criterio de determinación de la solución a la controversia.

B. *Los problemas de la relación comercio y medio ambiente*

En la relación entre el comercio y el medio ambiente las sentencias del panel no han hecho referencia al tema de la equidad. No olvidemos que en esta materia la equidad podría encontrarse presente en el trasfondo de la sentencia, pero no hay referencia expresa al concepto; por tanto, no podemos considerar que la misma sea posible de presentar en el texto y determinar su sentido y alcance.

⁵⁵ *I.C.J. Reports 1982*, p. 60, para 71. *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, *Judgement I.C.J. Reports 1985*, p. 39, para. 45.

C. *La situación de la propiedad intelectual e industrial y el desarrollo sostenible como un criterio para la decisión de asuntos*

La propiedad intelectual e industrial y el desarrollo sostenible no han sido razón para lograr un concepto sobre equidad en la sentencias de los paneles de la Organización Internacional del Comercio. Obviamente, son ellos los que deberían entregar un concepto sobre equidad en la materia, pero no han elaborado dicho concepto ni han fundado sentencias basados en tal término u otro equivalente, sino en normas jurídicas de los tratados que conforman el sistema de la Organización Mundial del Comercio.

D. *Los recursos genéticos naturales*

La equidad en la división de beneficios no puede mirar a las sentencias de delimitación territorial de acuerdo con lo que es posible observar no sólo en la jurisprudencia de la Corte, sino en la observación de carácter lógico.

Sería posible utilizar algunos conceptos básicos como que la determinación de la equidad puede y debe tener como fundamento elementos o pruebas documentales de los costos de un objeto, caso Corfú.

El criterio “justo y equitativo” (*fair and equitable*) se determina en el contexto en que se aplica. En el contexto de los recursos genéticos naturales, este concepto tiene tremenda importancia para determinar el cumplimiento de obligaciones internacionales provenientes de la Convención sobre Diversidad Biológica, en su artículo 15, párrafo 7. Pero hay que indicar que los recursos genéticos naturales son bienes que se constituyen por genes, es decir, por elementos químicos básicos, cuya estructura define las características de animales, plantas y micrororganismos.

Durante algún tiempo a esta parte el concepto “justo y equitativo” (*fair and equitable*) aplicable a la división de beneficios provenientes de la utilización de recursos genéticos (transferencia gratuita u onerosa entre Estados que de manera oficial han acordado la misma) tiene su propio significado. Como es lógico, se refiere a beneficios; es decir, ganancias, un objeto eventual para la división de tales recursos. Así también es posible afirmar que la posibilidad de ganancia o pérdida o aleatoriedad de los beneficios determina la justicia y equidad, cuestión diferente al tema de la manera o forma en que son “utilizados” los recursos genéticos.

La utilidad de recursos genéticos no dice relación, aunque aparezca como obvio, con la naturaleza del acto que admite su transferencia, porque siendo un acto gratuito, el solo guardarlo en un depósito a miles de kilóme-

tros, poder guardarlos y estudiarlos, y sintetizar sus componentes activos sin dañarlos, constituyen beneficios. Un tema no menor para el asunto de la propiedad intelectual.

En el caso del parámetro de determinación del trato a extranjeros, la determinación de “justo y equitativo”, fórmula empleada en materia de inversiones, no dice relación con el mismo concepto en materia de división de beneficios provenientes de los recursos genéticos.⁵⁶ En ella se mira al trato que un país nacional da a un extranjero, cuestión ligada al tratamiento de extranjeros por un ente soberano.

En el caso de la división de beneficios provenientes de recursos genéticos, la misma se produce luego que se han transferido recursos genéticos (materialmente transportados del territorio de un estado al territorio de otro estado). En segundo lugar, no significa el pago de una cantidad de dinero por los recursos, salvo que la transferencia sea onerosa. El resto es mezclar todos los conceptos sin rigurosidad intelectual mínima.

Tampoco es posible confundir el concepto de “justo y equitativo” (*fair and equitable*) al momento de definir por un juez en la sentencia la determinación del parámetro, ya que dicha determinación es muy diferente en cada uno de los casos aquí mencionados y los que ante el tribunal pudieran presentarse.

En síntesis, el concepto “justo y equitativo” (*fair and equitable*) depende del contexto donde se aplica la forma en que habrá de ser interpretada y aplicada.⁵⁷

E. *Las sentencias que utilizan la expresión “justa y equitativa” su sentido y alcance*

Hemos mencionado diversas sentencias de la Corte Internacional de Justicia que utilizan el concepto de “justo y equitativo” como parámetro de solución de conflictos, en un primer caso basado en la determinación matemática de los daños y su actualización, a fin que los mismos sean cancelados; en un segundo lugar para determinar distancias entre divisiones de territorio terrestre que se encuentran bajo disputa en cuanto a su determinación.

En el caso *North Sea Continental Shelf*, el concepto de “justo y equitativo” se analiza en conformidad con la equidistancia. Los problemas obvios

⁵⁶ La literatura al respecto es la que podemos mencionar aquí, Yanacca Small, Catherine; Schreuer, Christopher; Malik, Mahnaz, entre otros.

⁵⁷ Al igual que conceptos que requieren interpretación, como “buen padre de familia” u otros.

son determinar los puntos desde los cuales tal equidistancia será determinada. Las determinaciones de los puntos de partida para establecer este criterio no son menores, y quisiéramos dejar asentado en estas líneas que la igualdad no es equidad, aunque, como es lógico, la igualdad tiene un principio de equidad. Para un país desarrollado la igualdad tiene un mayor sentido de uniformidad que para un país subdesarrollado, donde igualdad, al menos en esta materia, significaría considerar igual a los iguales y desigual a los desiguales; en definitiva, considerar y tratar de suplir las deficiencias que la naturaleza ha establecido de manera arbitraria.⁵⁸

El principio de equidistancia se basa en una norma jurídica. La Convención de Ginebra de 1958, citada por la sentencia, se basa, como se indicó, en la determinación de las porciones o partes que corresponden a cada uno de los litigantes. El criterio de equidad para determinar las porciones es el principio de equidistancia; es decir, de una distancia determinada sobre la base de la división igual entre partes o al menos balanceada.

Uno de los problemas que se han hecho presentes en la Corte Internacional de Justicia es si la delimitación del Mar del Norte está regulado o debe regularse por el principio de que cada Estado costero tiene título a una división justa y equitativa y que el criterio del método de la equidistancia no puede ser empleado a menos que sea establecido por acuerdo, arbitraje, a fin de determinar una porción de carácter justa y equitativa.

D. Aplicación de este concepto a la jurisprudencia del tribunal de la Organización Mundial del Comercio

Como señalamos anteriormente, la Organización Mundial del Comercio no ha aplicado el concepto de “justo y equitativo” en su jurisprudencia, de manera que desconocemos el razonamiento para determinar el sentido y alcance de tal concepto interpretado por el tribunal correspondientes. Mal podríamos entonces alcanzar un concepto correspondiente a la jurisprudencia, pero es posible afirmar que este concepto aparece en la Carta de La Habana para una Organización Internacional del Comercio de 1948, y se viene repitiendo en diversas convenciones relacionadas con el tratamiento de las inversiones extranjeras hasta el día de hoy.⁵⁹ No es posible, sin embargo, determinar el sentido o el alcance de la expresión en este ámbito, dado que no existe una explicación específica para estos términos.

⁵⁸ *Judgement, I.C.J. Reports 1969*, p. 3.

⁵⁹ Yanaca Small, Catherine (2004), pp. 2 y ss.

La revisión general y somera de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte de la Organización Mundial del Comercio nos muestra que la división de beneficios de manera o calificable de equitativa implica a lo menos el respeto a las obligaciones y derechos provenientes del derecho internacional público, donde prima un Estado de derecho diferente y en progresión.

Los derechos soberanos sobre recursos naturales son los que auxilian a alcanzar los objetivos económicos de un Estado y deben ser claramente distinguidos de los argumentos que excluyen a la aplicación de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales. Aquello es tremendamente importante, debido a que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es la forma de proteger los recursos naturales particularmente sobre los recursos genéticos.

La división de beneficios dice relación con la forma o manera en que se ha protegido a los recursos genéticos y su existencia en un determinado territorio; no es una cuestión física, sino producto de los derechos que se puedan reclamar, y que podrían exigirse al menos desde la década de 1950, pero, aún más, hay que indicar que tales derechos son protegidos por el derecho internacional contra la extracción ilegal y posterior protección por derechos derivados de la propiedad industrial o intelectual, ya que el derecho internacional y nacional se rige por la buena fe, y no admite que las mismas normas jurídicas amparen ilicitudes. Esto sería el caso del ingreso al hogar, la extracción de un bien en el mismo, y la posterior venta no implica, aunque el derecho pueda amparar la venta, que la misma sea lícita, y lo mismo que la adquisición sea lícita; aunque en el derecho privado exista la prescripción adquisitiva, en el derecho penal se constituye un delito.

Este texto efectúa una revisión, breve, de las sentencias de dos tribunales internacionales diferentes, con objeto de determinar la armonía existente entre tribunales cuyas materias se superponen. El objeto final es proponer algunos enunciados en torno al tema de la equidad en la división de los beneficios, el concepto de desarrollo sustentable que proponen estos tribunales, el concepto de interpretación armónica del derecho internacional público en vistas a un Estado de derecho internacional más pleno, donde derechos y obligaciones diferenciadas tengan sentido y donde se comprenda que los Estados poseen plena existencia sin que sea posible considerar su extinción por no haber podido cumplir con los requisitos de estabilidad, protección a sus derechos soberanos y derechos humanos en un breve lapso, y sin guerras, considerando la importancia de estos tópicos y el que muchos

de los que exigen el cumplimiento de estos requisitos recién han salido en la década pasada de guerras fratricidas.

Es un hecho que la Corte Internacional de Justicia utiliza en sus sentencias las expresiones *fair and equitable* (“justo y equitativo”) ya en la década de los años cincuenta del siglo pasado.

Esta expresión *fair and equitable* es utilizada como fórmula para determinar los límites territoriales de un país respecto de otro y de la comunidad internacional, un estándar que permite a la Corte Internacional de Justicia determinar con libertad, pero dentro de límites que permitan encontrar una fórmula para garantizar un equilibrio entre derechos e intereses.

Finalmente, esta expresión, de tremendo contenido jurídico, tiene relación con otro ámbito de interés, el que su ingreso en una sentencia, su causa eficiente u origen, se encuentra en los denominados “principios generales del derecho”. En efecto, la razón o motivo de la expresión “justo y equitativo”.

La equidad, su concepto más utilizado y estudiado en este trabajo “justo y equitativo” como estándar de solución de conflictos se encuentra lejos de poder haber sido determinado.

Un problema apuntado es el de la incorporación de este estándar en un tratado, el caso del derecho internacional del medio ambiente, de la inversión extranjera o de la delimitación de territorio. En estos tres casos el raciocinio es diferente, pero la obligación la misma, aplicación obligatoria del concepto como solución del problema, debido a ser ésta una obligación internacional.

En materia de división de beneficios, sin embargo, podría relacionarse al tema de la justicia y la equidad con la división de territorios, donde el razonamiento para determinar lo justo y equitativo se encuentra en un cálculo matemático del daño emergente, de la fijación de límites basados en ciertas líneas fijadas utilizando la equidistancia o sencillamente determinándolo el tribunal, en este caso la Corte Internacional de Justicia, considerando elementos históricos. Sin embargo, el concepto de equidad en la distribución se encuentra relacionado con la equidad procedimental cuando es un tribunal el que determina lo que es “justo y equitativo” y se relaciona con la equidad retributiva cuando se trata de un acuerdo entre partes.

V. UN CASO PARTICULAR, LA CONVENCION SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA

1. *La Convención sobre la Diversidad Biológica, equidad en los beneficios y la tecnología*

La historia de la Convención sobre Diversidad Biológica se relaciona con los problemas internacionales relativos a la desaparición de especies y la imposibilidad de estudiar y obtener beneficios de dichas especies.

Muchas de las enfermedades, así como muchas de las necesidades alimenticias humanas, se resuelven con la contribución de plantas, animales y microorganismos.⁶⁰

Esta necesidad de normas legales internacionales en materia de cambio climático, diversidad biológica y bosques (mediados de los sesenta hasta los ochenta) se hace cada vez más relevante para las personas, y luego de innumerables marchas, protestas y otras actividades empiezan a producirse cambios en la mentalidad de las personas en países desarrollados, que consiste en la necesidad de conservar la mayor cantidad de diversidad biológica, de proteger a la naturaleza en el menor tiempo posible.⁶¹

En este sentido, es necesario indicar además la necesidad de proteger a la variedad de la vida en la Tierra frente a la modificación del clima, y, no menos importante, dicha variedad en su forma genética da vida a otras importantes formas de vida terrestre al entregar, por ejemplo, alimento o remedio contra las enfermedades.

Una manifestación escrita de ese hecho es el libro *La primavera silenciosa*, de la ecologista norteamericana Rachel Carson, donde se da cuenta de la modificación del clima y la destrucción de las especies. Una manifestación jurídica de dicha protección es el trabajo de la Organización de las Naciones Unidas, que en Estocolmo en 1972 organizó y efectuó la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo, donde ideas como el desarrollo sostenible fueron acuñadas por los asistentes. Así también es posible anotar el denominado “Informe Brandt”, donde un grupo de destacadas personalidades internacionales de diferentes países, incluido Chile, desarrollaron ideas relacionadas con un desarrollo compatible con la mejora en la calidad de vida de los habitantes del planeta, la protección social de dichos habitantes y, a la vez, la conservación, uso sostenible y utilización de los recursos

⁶⁰ Recordemos que la papa, el tubérculo, modificó gran parte de la realidad alimenticia europea y lo mismo en el maíz.

⁶¹ Podemos apuntar que en esta materia es de público conocimiento.

naturales. Todo lo anterior, en el marco del balance entre necesidades y recursos existentes, que en el ámbito económico permitieran satisfacer las necesidades. Más aún, en el Informe Brundtland, de mediados de los ochenta, el Informe Brandt es de mediados de la década de 1970, se profundizan estas ideas y se desarrollan de manera más específica conceptos que habían nacido en la reunión de Estocolmo mencionada.

La discusión principal tiene relación con la manera en que el desarrollo de países desarrollados se había alcanzado y la forma en que países en vías de desarrollo caminaban a obtener mejores posibilidades económicas para su población. Éste es un problema real y de necesaria dificultad para los países, por cuanto se deben proteger los derechos internacionales de los Estados, y, a la vez, deben éstos cumplir con las obligaciones que se han impuesto a través del derecho internacional en los tratados y convenios que constituyen la base del sistema internacional, es el caso de los convenios internacionales denominados Pacto de Derecho Económicos, Sociales y Culturales y Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Un Estado de derecho internacional, independiente de la efectiva aplicación de estos pactos, los tiene como fundamento o base, como una Constitución de sus derechos y obligaciones. Por ejemplo, el Estado “A” puede pedir protección a sus nacionales con base en los derechos conferidos por estas convenciones en el territorio del Estado “B”. El derecho a la seguridad social podría ser impetrado, pero más importante aún es el derecho a la vida o a un “debido proceso”, donde las garantías de los procesados sean respetadas; es el caso del procedimiento denominado “La Grand”, donde según se alegó por Alemania, se había violado una garantía procesal contenida en un tratado, y lo anterior contraviene este principio. Pero en cuanto a los derechos sociales y culturales, ambos pactos son extremadamente clarificadores de los hoy denominados “estándares mínimos” de protección social, que a mayor abundamiento son obligatorios para los Estados miembros.

El problema a enfrentar es la necesidad de alcanzar el desarrollo sostenible para todos los países, y no destruir la vida en la Tierra mediante el calor. Las soluciones jurídicas a este problema, donde opciones antagónicas se encuentran y enfrentan, por una parte el desarrollo económico para satisfacer las necesidades, y por otra la conservación de la vida vegetal, animal y microorgánica en la Tierra, son el denominado derecho internacional del desarrollo, la regulación de las emisiones de ozono, las regulaciones sobre el cambio del clima y las regulaciones relativas a la diversidad de la vida y su elemento central: los recursos genéticos. La razón para la conservación de la diversidad biológica en la Tierra es que ella es sustento de los seres

humanos. Por otro lado, los recursos genéticos obtenidos en Estado puro o derivados no son sino del Estado en cuyo territorio se encontraron los mismos, y es necesario solicitar estatalmente (entre Estados y al Estado) los permisos para extraer, investigar y desarrollar nuevos medicamentos.

Razones para la protección de los recursos genéticos: mantienen la vida y pueden producir dinero para un país, sea por sí mismos o con la ayuda de elementos externos. La diversidad biológica es un producto del Sur, es decir, producto de la naturaleza que queda en el mundo subdesarrollado, y a la cual hay que conservar, usar sustentablemente y, no menos importante, explotar sin daño a la diversidad biológica, que es vista, en esta perspectiva, como un recurso natural que puede auxiliar al desarrollo de un país, a la conservación de la misma diversidad biológica. Sin embargo, el cambio climático es un producto de los países desarrollados, del Norte, porque ellos han generado el problema de la polución donde se requería producir, en el esquema de desarrollo no sustentable o mero crecimiento económico, contaminación para generar industrialización, cuestión que se presentó de manera patente en la década de los veinte y treinta del siglo pasado en Europa y Estados Unidos de Norteamérica y Canadá. La discusión jurídica respecto del tema aparece en la agenda internacional, propiamente hablando, en 1989, pero tiene su punto más importante con la Convención sobre Diversidad Biológica, de 1992. Los primeros quince artículos de la Convención sobre Diversidad Biológica son producto del Grupo de Trabajo uno, y los siguientes artículos son producto del Grupo de Trabajo dos. En este caso se debe agregar que fue un trabajo extremadamente complejo poder obtener un producto que reflejara los intereses de las partes, países que deseaban contar con una normativa que protegiera los derechos soberanos reconocidos en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la década de 1950 y luego incluidos en la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1969.

Los objetivos de la Convención son diferentes, debido a que los recursos naturales deben ser observados y tratados jurídicamente desde diferentes perspectivas. Así, es posible indicar que son:

1. Conservar la diversidad biológica y genética indicando las especies que puedan existir en el territorio de un país determinado. Es necesario contarlas, clasificarlas, protegerlas jurídica y materialmente.

2. Usar sustentablemente (o sosteniblemente) es el segundo objetivo, que reúne una cantidad inmensa de actividades, una de las cuales grafica de manera clara este tema el ecoturismo.

3. Explotar la diversidad biológica y la diversidad genética es el tercer objetivo de la Convención. En primer lugar, corresponde que sea debidamente protegida jurídicamente a nivel internacional y a nivel nacional. Estos recursos representan un avance desde la perspectiva económica para el país en cuyo territorio se encuentran. No son de acceso libre, como muchas veces se piensa, y no pueden ser extraídos por un Estado ajeno al del cual en cuyo territorio se encuentran, porque la misma Convención reconoce la soberanía sobre ellos, como lo hemos indicado anteriormente.

4. Transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes.

Se deben tener en cuenta los derechos sobre los recursos y la tecnología.⁶²

Por extensión, se establecen los mismos objetivos para los recursos genéticos.

La Convención, su relación con el desarrollo sostenible y con una interpretación armónica de la materia regula aspectos diversos del asunto, sin que hasta hoy podamos olvidar los diferentes elementos que configuran estas relaciones, que pasan a representarse gráficamente aquí:

<i>Objs1992 Conv/SD</i>	<i>Económicos</i>	<i>Sociales</i>	<i>Ambientales</i>	<i>Otros</i>
Conservación			Sí	
Sostenibilidad			Sí	
Acceso a la explotación y división equitativa de beneficios	Sí	Sí	Sí	
Tecnología para acceso y división equitativa de beneficios	Sí		Sí	

⁶² Organización de Naciones Unidas, Convenio sobre Diversidad Biológica, Río de Janeiro, Brasil, 1992, p. 3.

Relaciones entre artículos en la Convención sobre Diversidad Biológica

<i>Conservación</i>	<i>Uso sustentable</i>	<i>Explotación</i>
Artículo 2o.	Artículo 2o.	Artículo 2o.
Artículo 6o.	Artículo 6o.	Artículo 15
Artículo 7o.	Artículo 7o.	Artículo 16
Artículo 8o.	Artículo 10	Artículo 17
Artículo 9o.	Artículo 11	Artículo 18
Artículo 14	Artículo 12	Artículo 19, par 1 y 3
Artículo 19, número 4	Artículo 13	Artículos 20 y 21

2. *Obligaciones internacionales*

En materia de tratados internacionales es posible encontrar algunos puntos relevantes, que podrían considerarse en este estudio, y por consiguiente es posible afirmar:

- Cada tratado internacional genera obligaciones internacionales entre sujetos de derecho internacionales.
- La Convención sobre Diversidad Biológica es un tratado entre sujetos de derecho internacional.
- La Convención sobre Diversidad Biológica establece derechos y obligaciones entre sujetos de derecho internacional.
- Quienes son sujetos de derecho internacional son básicamente Estados.
- Por tanto, los Estados miembros de la Convención son parte de la misma y se obligan.
- Las obligaciones internacionales pueden tener como base el consentimiento (elemento subjetivo) o el interés (elemento objetivo), pero lo que no se discute es que obligan.

3. *Explotación*

La explotación de los recursos genéticos puede producirse por diversos medios, como los siguientes:

A. Transportando y por tanto transfiriendo de un país a otro la planta, animal o microorganismo; es decir, al bien o recurso genético natural.

B. Transportando y por tanto transfiriendo al recurso genético derivado (incluye utilización de tecnología para este fin).

C. Transportando y por tanto transfiriendo conocimiento tradicional derivado de indígenas.

La explotación genera beneficios, sea que se haga una explotación comercial o no o que se materialicen en algún derecho de propiedad intelectual.

4. *Obligaciones*

Las obligaciones internacionales de la Convención sobre Diversidad Biológica pueden ser transgredidas por diversas razones. Así, se violan las obligaciones porque:

Cuando no hay o no existe autorización para la

1. Extracción,
2. La transferencia de recursos genéticos

Porque ello es incumplir las obligaciones de la Convención, así como los derechos de soberanía reconocidos en la misma y desde 1958 en diversas convenciones.

Esto ocurre del mismo modo en que podría ocurrir respecto de la tecnología de países desarrollados, una violación de la soberanía por extracción ilegal de recursos tecnológicos desde un país desarrollado a uno subdesarrollado. En una oportunidad un delegado a un conferencia lo graficó con las expresiones: “primero pagad y luego tendrán acceso a la tecnología”.

3. Cuando se protegen por medio de los derechos de propiedad intelectual o industrial los procedimientos o productos de los recursos genéticos.

Pongamos por ejemplo que alguien entra a la casa de otra persona y se lleva el auto y lo transfiere desde dentro de mi casa o luego de haberlo usado un tiempo lo lleva y lo convierte en otro auto para luego hacerlo aparecer como propio. Lo anterior a todas luces es una violación de los derechos de propiedad y la comisión de un delito; sin embargo, en el plano internacional lo anterior es considerado una violación de los derechos de la soberanía, y debe ser castigado de una manera especial de acuerdo con su autor material y del autor formal en caso de que el derecho ampare esta actividad ilícita.

5. *Acceso*

A su vez, el acceso a los recursos genéticos que debe efectuarse legalmente debe cumplir, en el caso del ingreso de una persona natural o jurídica,

con las normas que el Estado en cuyo territorio se encuentre el recurso genético de acuerdo con las normas del ordenamiento jurídico de dicho país. Si no posee normas sobre el asunto, no puede acceder, porque si no dicho acceso es de carácter ilegal. Bastaría dicha clarificación y aplicación de sanciones frente al acceso ilegal por el país de origen de la persona o por el país donde se solicita la respectiva protección de derechos de cualquier tipo para que no siga produciéndose esta extracción ilegal. En resumen, se requiere:

El acceso sólo se puede producir con permiso del país en cuyo territorio se encuentra el recurso genético natural.

De otra forma violaría los derechos soberanos sobre los recursos naturales genéticos y los derechos soberanos del Estado.

La ley debe fijar las formas en que se debe efectuar dicho acceso, así como la división de beneficios, pero de lo segundo se hablará luego. El consentimiento tiene una manera de expresarse, y es la ley. Otra, los contratos internacionales se han convertido ante todo en objeto de severas críticas por ausencia de control en su negociación, fijación de límites y de beneficios generados.

6. *División equitativa de beneficios ¿Cómo se efectúa una equitativa división de beneficios?*

A fin de cumplir la segunda obligación en esta materia, es necesario saber cómo es que se dividen los beneficios de manera equitativa. Primero se requiere satisfacer los intereses de los que poseen derechos en dicha división. Una segunda manera de cumplir con este concepto de equidad es negociando. Una tercera es imponiendo la forma. Una cuarta es con un proceso justo.

7. *¿Qué es y cómo opera la tecnología?*

La tecnología es el “Desarrollo de la actividad científica aplicada al mejoramiento de nuestro medio natural y artificial, a la invención y manufactura de bienes materiales y culturales”.

La tecnología agrega valor a los recursos al convertirlos de una célula de una planta, animal o microorganismo en una secuencia genética con información que se expresa en términos químicos a una secuencia química específica. Allí hay incorporación de tecnología, que requiere de definición jurídica y protección de la misma, así como los procesos y productos que se generen, pero protegiendo primeramente los derechos soberanos y patrimoniales reconocidos en convenciones internacionales.

8. *Equidad en la división de beneficios y propiedad industrial TRIPS*

En esta materia se debe tener presente que la convención internacional que regula la propiedad intelectual (intelectual e industrial) es el Acuerdo de Derecho de Propiedad Intelectual para fines Comerciales (ADPIC o TRIPS). En este caso hay que puntualizar que ambas son normas jurídicas internacionales, una dictada con posterioridad a la otra y con objetos diferentes. Lo anterior no es menor, porque de lo mismo podremos concluir la norma que deroga o complementa a la otra. Podemos afirmar que la Convención sobre Diversidad Biológica establece la regulación sobre recursos naturales genéticos. Así, esta Convención establece:

A. La soberanía sobre los recursos.

B. La equidad en la división de los beneficios, que puede ser predeterminada por el Estado donde se encuentran los recursos, a través de convenios entre Estados o por una formulación externa.

C. Una forma de acceso y división de beneficios es un acuerdo entre sujetos de derecho internacional.

Equidad es una obligación *sine qua non* impuesta por ley en la división de beneficios.

Es una obligación, equidad que no puede obviarse por el solo interés de dividir los beneficios.

9. *¿Qué y cómo se aplica la equidad? ¿Qué son los beneficios?*

En esta materia es posible afirmar que la equidad es la aplicación al caso concreto de las normas jurídicas, evitando provocar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en el tratado.

La equidad y la soberanía sobre los recursos obliga a todos a respetar los derechos de los Estados miembros de la Convención a no actuar contra los derechos soberanos sobre los recursos.

Los beneficios se producen por un intercambio comercial o no comercial cuando se agrega valor al recurso genético independiente de la calidad de dicho recurso, original o derivado.

Una actuación contraria a derecho e inequitativa es la extracción sin consentimiento de un recursos genético natural.

Otra actuación contraria a derecho e inequitativa es el otorgamiento de protección jurídica a través de alguna de las garantías de la propiedad intelectual sobre los recursos genéticos.

Una tercera actuación es la transferencia conforme a derecho de los recursos genéticos que son bienes, pero de manera que también pudiera romperse la equidad en dicha transacción, sea por ausencia de intervención del Estado a través del consentimiento o porque habiéndolo, dicho consentimiento es viciado.

10. *La tecnología y la Convención sobre Diversidad Biológica, así como el Tratado de Libre Comercio con Canadá*

Debido a que Chile y Canadá son signatarios de la Convención sobre Diversidad Biológica, existen una serie de consecuencias para las relaciones entre los Estados. Así:

No pueden amparar protección jurídica de la propiedad intelectual sobre recursos genéticos naturales o derivados por la protección a los derechos soberanos y al concepto de equidad, violarían derechos y obligaciones que llevarían a la responsabilidad internacional.

El artículo 16 de la Convención sobre Diversidad Biológica puede ayudar a la transferencia de tecnología desde Canadá a Chile para desarrollar la investigación sobre recursos genéticos naturales.

Es obligación, conforme al artículo 15, proteger la propiedad intelectual de la tecnología canadiense, así como los derechos soberanos sobre los recursos genéticos, que incluyen todos los derechos, inclusive los que se tengan sobre los títulos de propiedad intelectual que protejan en Canadá a los recursos genéticos naturales o derivados de Chile.

En cuanto a los conocimientos tradicionales, se regulan en Chile y Canadá, y su hurto se sanciona, ya que es una obligación para ambos países proteger dichos conocimientos y dividir equitativamente los beneficios que se obtengan de ellos, pero no se puede proteger un conocimiento tradicional obtenido ilegalmente, porque se viola una obligación internacional.

Por lo tanto, la interpretación armónica del Tratado de Libre Comercio con Canadá, la Convención de Diversidad Biológica, ADPIC y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ya que son normas jurídicas que se regulan por este último convenio.

Así también, la interpretación armoniza las normas internacionales con las nacionales, porque es un principio de derecho internacional que las normas internacionales, tratados, deben aplicarse a nivel nacional como obligación.

En caso de memorándums de entendimiento entre ambos países sobre tecnología, bastaría con aplicar los tratados nombrados en materia de recur-

sos genéticos naturales respetando las obligaciones emanadas de ellas sin tener que establecer formalidades para la transferencia de dichos recursos, como certificados u otros.

11. *Cooperación en innovación y en ciencia y tecnología*

Reconociendo que la colaboración bilateral en ciencia y tecnología contribuye a la generación de nuevos conocimientos, nuevas tecnologías y nuevas oportunidades de negocios, que amplían la capacidad de innovación, se evaluará la suscripción de un memorando de entendimiento sobre cooperación en ciencia y tecnología. Chile y Canadá explorarán las posibilidades de intercambio de profesionales entre el Consejo Nacional para la Investigación de Canadá (NRC) y los centros de investigación chilenos, con el propósito de identificar proyectos de investigación en áreas de beneficio recíproco.

Chile y Canadá también considerarán iniciativas que busquen promover asociaciones entre empresas, investigadores y entidades gubernamentales que produzcan beneficios económicos y comerciales para sus países. Para ello identificarán las sinergias que puedan existir en los compromisos y marcos de acción que cada país haya adoptado para apoyar la innovación en las pequeñas y medianas empresas (PYMES), como es el caso del Programa de Asistencia para la Investigación Industrial (IRAP) del NRC, con particular énfasis en oportunidades de sectores claves que involucren la comercialización de la investigación y desarrollo de asociaciones de colaboración entre privados-privados y públicos-privados.

El Convenio sobre Diversidad Biológica regula el tema de la utilización de los recursos biológicos y genéticos que han sido utilizados para mejorar la calidad de vida de muchas personas, habiéndose obtenido de mala fe e inclusive contraviniendo normas jurídicas nacionales e internacionales.

Complementa en materia tecnológica a tratados que promuevan las relaciones jurídico-comerciales.

El TLC Chile-Canadá, como ejemplo, posee muy pocas referencias a la regulación jurídica de la tecnología genética, pero podría complementarse lo anterior en un memorándum. Los detalles para la utilización de los recursos deben ser discutidos, y una ley de acceso y división equitativa de beneficios chilena debe ser, asimismo, discutida.

VI. OTRO CASO PARTICULAR, LA CRISIS FINANCIERA
Y SI ES POSIBLE LA PENALIZACIÓN POR MALA GESTIÓN FINANCIERA
DE ACTIVOS EMPRESARIALES (CONCESIÓN DE CRÉDITOS
A SUJETOS CARENTES DE BIENES)

1. *Introducción*

También existen áreas no reguladas por las normas jurídicas internacionales, donde el concepto de Estado de derecho internacional tiene mucho que decir. Un caso es el del derecho internacional financiero o de las finanzas, donde las especulaciones a nivel nacional e internacional generaron una verdadera crisis financiera y económica mundial. Se reproduce aquí una presentación que explica este fenómeno, y que sirve de ejemplo de otra área donde el Estado de derecho internacional tiene que regular materias de indudable importancia para los Estados y las personas.

El tópic que estudio en este artículo nace de las conversaciones sobre la materia en la década de 1990 en el Seminario de Derecho Penal que se reunía anualmente desde 1992 hasta 1999 en la Universidad de Valparaíso, así como un muy interesante artículo del profesor José Llompарт V. (de la Universidad de Sophia) sobre el asunto de la tipificación de ilícitos cometidos por personas jurídicas en el derecho internacional y nacional.

La crisis financiera reciente, tanto internacional como nacional, ha sido pública y notoriamente generada por actos que durante el año 2008, y desde el 2006 han colocado a la administración crediticia en duda. Éstas son las denominadas “fuentes de producción”, y que también son las “fuentes formales” de la propuesta que arguyo en este texto.⁶³ Sistemáticamente se ha dicho que “bancos de inversión” norteamericanos habrían generado esta crisis, bancos especuladores por antonomasia, donde uno de los puntos más importantes es la actual carencia de confianza en una serie de “paquetes crediticios”.⁶⁴

El conjunto de diferentes tipos de créditos (“paquetes crediticios”) contienen títulos de préstamos para ser cobrados a diversos tipos de deudores crediticios, a saber:

⁶³ Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *División y fuentes del derecho positivo chileno*, Edeval, 1968, pp. 56 y 57.

⁶⁴ Peña Neira, Sergio, *¿Qué tan pobres nos estamos despertando cada día producto de esta crisis financiera?*, presentado en el “Seminario-Taller de Estudio sobre Economía y Derecho” el 13 de noviembre de 2008, Peña Neira, Sergio, *¿Qué tan pobres nos estamos despertando cada día producto de esta crisis financiera?*, ponencia presentada en el Taller de Geomática organizada en la Universidad Arturo Prat, 15 de noviembre de 2008.

1. Aquellos que poseen una gran solvencia para pagar.
2. Aquellos que están sujetos a ciertos riesgos, pero en general con gran solvencia para pagar.
3. Finalmente, aquellos que carecen totalmente de solvencia para poder restituir el precio del título más los intereses y reajustes que se han pactado.

Estos títulos poseen una gran importancia, porque representan el elemento más relevante de la crisis, la razón o causa eficiente de ella.

Lo anterior ha llevado a una multiplicidad de “actores comerciales”, así como a gobiernos de países desarrollados y subdesarrollados a preguntarse acerca de la seriedad de dichos “actores económicos”, a saber: bancos y casas comerciales. Los respectivos paquetes generaron una fuerte tendencia a la especulación, debido a que prestarlos significaba contar con solvencia en la empresa que prestaba los dineros, ya que quienes los recibían no poseían dinero.

Los “actores económicos” no han efectuado un análisis pormenorizado de las personas a las cuales se les otorgan créditos.

Por otra parte, han sido las causantes de mezclar en una suerte de “bolsas” o “paquetes” accionarios de muy diversa prosapia, condenando a quienes han exigido la devolución del dinero invertido en dichos “paquetes accionarios”, a no poder obtener verdadera ganancia y generando una crisis financiera por el “efecto dominó” que produce la pérdida de confianza.

¿Habría que ordenar el cierre de las instituciones generadoras de tales efectos?

No lo sabemos, porque esta serie de actos se han verificado en Estados Unidos durante los últimos tres años, aproximadamente.

2. El problema en Chile

En Chile se ha planteado que las casas comerciales chilenas que dan crédito (las llamadas “multitiendas”) a personas particularmente no pudientes o cuya solvencia económica está ampliamente signada por la interrogación merece al menos una reflexión. Así, han podido adquirir en cómodas cuotas bienes muebles u obtener servicios (viajes, por ejemplo) que no se encuentran definitivamente entre las posibilidades normales de éstas.

3. Una razón para la sanción

La “fragilidad” económica que implica dar crédito a personas cuya solvencia crediticia está en duda nos lleva a preguntarnos si esta actividad no

merecería ser sancionada cuando, a sabiendas, se otorgue crédito a personas sin mínimos requisitos de solvencia. Esta actividad sería sancionable en el caso de los “actores económicos” que prestan dinero en Chile. Es de suyo admitir que la actividad comercial, financiera, económica y la vida implican asumir ciertos riesgos. Lo que no puede aceptarse es que casas comerciales otorguen crédito a personas sin efectuar un análisis de la situación financiera del cliente bancario o comercial.

La casa comercial o el banco podrían encontrarse en cesación de pago al exigir el cumplimiento de la obligación de pago del crédito a los deudores, porque éstos, debido a su precariedad, puedan verse imposibilitados de cumplir con su obligación.

Así, además, pueden “arrastrar” a entidades financieras pertenecientes al grupo económico correspondiente o el nombre de dicho grupo, porque han decidido omitir el análisis mínimo de la realidad financiera de millones de personas que obtienen créditos sin contar con los requisitos financieros básicos para pagarlos en caso de una recesión u otro fenómeno económico de naturaleza similar.

4. *Existencia de delitos por otorgamiento de crédito en descubierto o sin solvencia económica*

En Chile no existen figuras jurídicas que específicamente sancionen la actividad comercial lícita en que otorgan créditos a personas carentes de solvencia financiera o económica por no haberse efectuado un análisis de sus condiciones financieras.

Es posible sancionar la entrega de suministro y la certificación de hechos falsos a la Superintendencia de Valores y Seguros respecto de entes o personas fiscalizadas por ésta.⁶⁵ También se sanciona la “difusión de no-

⁶⁵ Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *Programa analítico de derecho penal* (puesto al día por José Luis Guzmán Dálbora), Valparaíso, Edeval, 1987, p. 171. República de Chile, *Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros*, D.L. 3.538, (*Diario Oficial* del 23 de diciembre de 1980) modificado por el a) D.L. 3.551 publicado en el *Diario Oficial* del 2 de enero de 1981; b) por el D.L. 3.628 publicado en el *Diario Oficial* del 25 de febrero de 1981; c) por la Ley 18.046 publicada en el *Diario Oficial* del 22 de octubre de 1981; d) por la Ley 18.073 publicada en el *Diario Oficial* del 10 de diciembre de 1981; e) por la Ley 18.575 publicada en el *Diario Oficial* del 5 de diciembre de 1986; f) por la Ley 18.660 publicada en el *Diario Oficial* del 20 de octubre de 1987; g) por la Ley 18.876 publicada en el *Diario Oficial* del 21 de diciembre de 1989; h) por la Ley 19.301 publicada en el *Diario Oficial* del 19 de marzo de 1994, i) por la Ley 19.705 publicada en el *Diario Oficial* del 20 de diciembre de 2000, j) por la Ley 19.806 publicada en el *Diario Oficial* del 31 de mayo de 2002; y k) por el artículo 9o. de la Ley 20.190, publicada en el *Diario Oficial* del 5 de junio

ticias falsas o tendenciosas con el objeto de inducir a error en el mercado de valores”,⁶⁶ “uso indebido de expresiones reservadas concernientes a las actividades de intermediación de valores de oferta pública”, “revelación de información reservada de emisores clasificados”, “uso deliberado para sí o para terceros, de información privilegiada, en operaciones de valores de oferta pública por sujetos que disponen de ellas”, “concierto para otorgar una clasificación improcedente”, pero todas éstas y otras figuras tienen relación con la actividad y la relación entre los sujetos financieros, pero no entre una empresa que otorga crédito y efectúa una actividad financiera otorgando crédito sin analizar debidamente a los tomadores del crédito.

Aún más, en la actividad bancaria no existen figuras jurídicas que sancionen el acto aquí descrito. En efecto, la figura que podría afectar a algunos sujetos es la de proporcionar “información falsa o incompleta para obtener créditos en instituciones de crédito, públicas o privadas”.⁶⁷

Un punto fundamental en la materia es asumir riesgos más allá de lo normal; es decir, de manera carente de sentido en consideración a las facultades económicas de los sujetos sin existir de parte de ellos engaño alguno en cuanto a sus facultades financieras.

5. Consideraciones finales

Finalmente, hay que indicar que merecería una reflexión no posible efectuar aquí un análisis de otras actividades no menos riesgosas, como la acumulación de diferentes tipos de crédito o el préstamo de dinero de una entidad financiera a otra entidad financiera carente de solvencia.⁶⁸

Es necesario apuntar, además, que existen propuestas en los Estados Unidos, de crear una entidad clasificadora de riesgos de carácter estatal que efectúe una evaluación, como ocurre con los productos alimenticios incorporando los siguientes principios:

a) La imposibilidad de alegar fraude cuando el engaño es cometido por y contra la empresa misma, como en el caso en que se genera un autoengaño al prestar a personas notoriamente insolventes,

de 2007. Véase <http://www.svs.cl/sitio/legislacion_normativa/normativa/general/organica.pdf> (18.11.08). En lo que nos importa son aplicables las normas de los artículos 3o., 4o., 27, 28, 29, 32, 33, 34 y 35.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 172.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 173.

⁶⁸ Este fenómeno también se ha observado en las conversaciones y presentaciones llevadas adelante en el Seminario-Taller de Estudio sobre Economía y Derecho en la Universidad Arturo Prat de Victoria.

b) La buena fe en el mercado, y

c) No hay pérdida sin causa (así como existe el principio “no hay enriquecimiento sin causa” se propone el principio “no hay empobrecimiento sin causa”).⁶⁹ A través de este principio se imposibilita la pérdida de bienes en que exista una razón o motivo y desaparezca el dinero de ahorrantes y otros.

Finalmente, no podemos dejar de consignar que existen una serie de actividades que se han presentado en los últimos meses, que merecen reflexionar acerca de las asociaciones de fondos de pensiones y los actos que estas entidades han efectuado con relación a los dineros de los imponentes, así como las recomendaciones que se han hecho en diferentes entidades y por diferentes personas, de no retirar los dineros que se tienen en determinadas cuentas de dichas asociaciones por las cotizantes.⁷⁰

No existen al parecer normas en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de Norteamérica que sancionen los actos que se indican aquí como típicos.⁷¹ Por otra parte, parecería que en principio podríamos incorporar estos actos aquí tipificados a las medidas de carácter administrativo-sancionadoras que poseen entidades del Estado en materia de actos que atenten contra el patrimonio de las personas o de la nación.⁷²

Es necesario tipificar actos que atenten contra los bienes jurídicos protegidos por la ley dada, sancionando el otorgamiento de crédito por empresas a personas sin efectuar un análisis pormenorizado de la carencia o no de medios económicos para cumplir con el pago correspondiente en caso de encontrarse en dificultades económicas. Tal acto que deviene en temerario, constituye un atentado contra el orden público económico nacional y en un

⁶⁹ Ferrell, Allen *et al.*, *Legal and Economic Issues in Litigation Arising from the 2007-2008 Credit Crisis*, Harvard Law and Economics Discussion Paper núm. 61, Harvard Law School Program on Risk Regulation Research Paper núm. 08-5; Bar-Gill, Oren y Warren, Elizabeth, *Making Credit Safer*, NYU Law and Economics Research Paper, núm. 08-2, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157, 2008 Harvard Law School Program on Risk Regulation Research Paper núm. 08-3.

⁷⁰ Al respecto, véase el República de Chile, *Decreto Ley 3.500* publicado en el *Diario Oficial* de 1980, y que constituye un régimen de capitalización individual habiéndose incluido las modificaciones introducidas por la ley 20120 del 21 de julio de 2007.

⁷¹ Esta explicación se la debo a la pregunta que en esta materia efectuara el profesor Londoño, de la Universidad de Talca, en el Quinto Congreso sobre Derecho penal el 21 de noviembre de 2008.

⁷² Esta distinción ha sido tomada de la exposición del profesor Carlos Gómez, de la Universidad Autónoma de Madrid, en el Quinto Congreso de Derecho Penal, intitulada dicha exposición “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, el 22 de noviembre de 2008.

ilícito internacional al momento que desestabiliza la economía de países y regiones que no están relacionados con los actos reprochables que se plantean provocando daño, además, a las personas.

VII. LAS ÁREAS DEL CONOCIMIENTO PARTICÍPES DEL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL (LABORAL, COMERCIAL, AMBIENTAL, DERECHOS HUMANOS)

En materia de derecho internacional y el Estado de derecho internacional las áreas del derecho internacional que deberían constituir el núcleo esencial o mínimo de la calidad de normas básicas del Estado de derecho internacional son las normas jurídicas que participan de cuatro áreas, sin perjuicio de la incorporación de nuevas áreas del derecho internacional. Así, es posible mencionar al derecho internacional laboral, al derecho internacional comercial, al derecho internacional ambiental y al derecho internacional de los derechos humanos.

Estas normas son o existen en el ordenamiento jurídico internacional, a saber: los tratados internacionales recogen de manera constante y uniforme muchas de estas normas. Es posible indicar que ellas existen en la vida jurídica internacional, son válidas por su vigencia y aplicación en un plano de superioridad. Hoy nadie pone en duda la aplicación del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las convenciones sobre Cambio Climático y sobre Diversidad Biológica y las relativas al comercio internacional aprobadas en Marakesh en 1995. Son un *factum factotum*.

Las dos primeras normas o convenciones contienen no sólo normas jurídicas aplicables al derecho internacional de los derechos humanos, sino que contienen normas aplicables a todas otras esferas, entre ellas las bases del derecho internacional laboral, derechos de propiedad intelectual e industrial, etcétera. Así, las normas de las convenciones sobre Cambio Climático y Diversidad Biológica son, del mismo modo, base o fundamento de otras normas internacionales sobre la materia. Nadie podría dudar que las normas ambientales referidas posean carácter vinculante estableciendo obligaciones internacionales que deben ser honradas.

Las referidas normas tienen una gran cantidad de subnormas o convenciones sectoriales que de aplicarse deben considerar el objeto de aplicación. Así, las normas laborales internacionales, convenciones internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, tienen que dictarse sin contradecir las normas internacionales sobre derechos humanos ya referidas. Lo

que podríamos hablar, siguiendo a Kelsen y a Hart, de una relación vertical, relación que debe ser considerada en la elaboración de textos jurídicamente vinculantes. Además, considerar sólo lo que sea necesario en el tema de la generación de normas jurídicas internacionales es fundamental. Si bien se debe regular de manera general, obviamente debe regularse la realidad social de manera específica, determinar sus relaciones y organizar sólo su núcleo esencial. Lo anterior, en una relación vertical es fundamental y es aplicable al derecho internacional laboral como a las ramas a que se hace referencia aquí, con la sola excepción de los derechos humanos, dado que ellos constituyen el núcleo central de un Estado de derecho.

1. Razones para constituir el núcleo central de un Estado de derecho

La existencia de un Estado de derecho a nivel internacional está confirmada, en nuestra opinión, por la misma existencia de normativa e instituciones que regulan y aplican dicha normativa. Las normas sobre derechos humanos constituyen parte de un núcleo principal normativo, porque defienden los derechos básicos de cada ser humano, sin los cuales le sería imposible poder sobrevivir a las vicisitudes de la vida social e individual. Una segunda razón es que históricamente el poder estatal ha mirado con cierto aire de desdén sus obligaciones de amparar y proteger a las personas como demuestra la historia de los últimos cien años en el mundo. Es por esto que la permanente defensa de los mismos se hace necesaria a fin de lograr que el orden y la libertad en relación con los seres humanos se mantenga permanentemente. Una segunda y muy importante área es la del derecho ambiental o del medio ambiente. El medio ambiente supone la base o fundamento de los seres humanos y de los seres vivos. Sin la conservación del medio ambiente el ser humano no existiría ni tendría posibilidades de existir. La ausencia de existencia indudablemente haría superfluo nuestro diálogo sobre la existencia de un Estado de derecho internacional. En lo que se refiere al tema del derecho laboral, las condiciones de trabajo son hoy día fundamentales para los seres humanos; es decir, no sólo se requiere poder contar con un trabajo en una economía dedicada a la producción de bienes y servicios pagables o transables en dinero, sino que dicho trabajo debe ser digno.

Es por eso que la necesidad de contar con un trabajo en que el trato sea digno y lo ganado sea acorde para poder fundar el mínimo a fin de sobrevivir resultan necesarios en un Estado de derecho internacional hoy, y de no ser así, significa que podemos enfrentar dificultades en la estabilidad política o económica de Estados a nivel internacional. Finalmente, el comercio y

su regulación jurídica a través del derecho internacional comercial resultan fundamentales para el desarrollo de los países. Desde David Ricardo, Adam Smith e inclusive Karl Marx, que las ideas autárquicas retrocesos frente a la exigencia del mundo en torno a la necesidad de contar con bienes muebles que al menos puedan darnos pan, techo y abrigo. A su vez, a fin de obtener beneficios que finalmente a través de una estructura impositiva estatal puedan distribuirse en beneficio de todos los habitantes de un Estado, e inclusive auxiliar a personas en otros países, es que se hace necesario el comercio y, a su vez, la regulación jurídica de dicho comercio como parte integrante de un Estado de derecho internacional. Así, se ha comprendido y es por lo anterior que nos hemos encontrado con una serie de acuerdos internacionales comerciales, como los que han creado la Organización Internacional del Comercio. Por cierto que no puede considerarse comercio a cualquier práctica abusiva en la economía internacional, como los abusos de posiciones dominantes o los acuerdos monopólicos.

VIII. LOS CASOS DE ILÍCITOS INTERNACIONALES Y SU CLASIFICACIÓN EN UN ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

Es un lugar común desde hace más de veinticinco años escuchar la “apertura” de nuestro país en términos comerciales y ambientales, así como jurídico-internacionales, a las normas internacionales. Esto no es privativo de Chile, sino que es una constante de muchos países que han convertido al comercio internacional o al medio ambiente y los derechos humanos en pilares fundamentales de su desarrollo como Estados.

Un problema común a ellos, sin embargo, es que no cumplen, por acción u omisión, con las obligaciones internacionales asumidas, violando los derechos de otros Estados. Es, en nuestra opinión respetuosa, un factual que de toda obligación se plantea un derecho, y de todo derecho nace una obligación. Ciertamente, pueden existir derechos sin obligaciones y obligaciones sin derechos, pero es una regla general la primera afirmación, la correlación entre derechos y obligaciones.⁷³

Cierto es que “la mayoría de los Estados cumplen la mayoría de las veces la mayoría de sus obligaciones”.⁷⁴ El problema, siguiendo al profesor Henkin, nace cuando un Estado incumple una vez una de sus obligaciones,

⁷³ Al respecto, revisar Moreso, Joseph Joan y Vilajosana, Josep, *Introducción al derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 130-142.

⁷⁴ Henkin, Luis, *How Nations behave*, 29a. ed., Nueva York, Columbia University Press, 1979.

sea por acción u omisión de alguno de los poderes del Estado, en particular, pero no exclusivamente en razón de una acción u omisión del Poder Ejecutivo (o de alguno de sus entes u organismos bajo su control). Lo dicho en esta sección es aplicable principalmente al Poder Judicial, pero, del mismo modo, al Poder Legislativo y a otros entes, órganos estatales.

1. *Las normas internacionales sobre responsabilidad internacional*

Desde el año 2000 se encuentran, gracias al trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, compiladas y sistematizadas las normas sobre responsabilidad internacional.⁷⁵ Estas normas contienen enunciados tan antiguos como los expresados en las “Island Las Palmas Case” o en “Lotus Case”.

Es una cuestión lógica que se estableciera la responsabilidad del Estado por los actos u omisiones de sus agentes. En el devenir de la práctica internacional tal responsabilidad se ha manifestado en diversos principios, que han devenido en normas internacionales, sea por su inclusión en tratados internacionales o por su declaración como costumbre internacional o por su incorporación dentro de los principios generales del derecho, particularmente, no exclusivamente, internacional.

En su artículo 1 se indica que todo Estado es responsable de las acciones u omisiones que éste cometa, entendiéndose por tal sus agentes.⁷⁶

Las acciones pueden ser cometidas por los Estados de manera directa o indirecta; es decir, porque las efectúa el Estado; por ejemplo, el incumplimiento de un tratado internacional sobre derechos humanos, al autorizar la muerte de un grupo racial o étnicamente diferenciado, genocidio, por medio de un decreto o de una ley o, indirectamente, por ejemplo, en el caso de un representante del Estado que provoca un accidente internacional entre aviones o barcos.

⁷⁵ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for international wrongful acts*, Nueva York, 2001. Indica el artículo que “Cada acto errado de un Estado implica la responsabilidad internacional de dicho Estado”.

⁷⁶ En este sentido, véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941, pp. 10 y ss. En esta primera edición del libro, reeditada recientemente en las “obras completas” del profesor Kelsen, se expresa la importancia de lo antijurídico en cuanto se señala que este concepto tiene relevancia para efectos de incorporarlo dentro del sistema jurídico y determinar en éste, a través de formulaciones generales o específicas (no lo dice Kelsen de esta manera), los actos u omisiones que son lesivos al ordenamiento jurídico de que se trate, en este caso derecho internacional público. Sobre este tema véase Rivacoba, Manuel de, *Programa analítico de derecho penal*, 4a. ed., Edeval, 1997 (puesta al día por José Luis Guzmán Dálbora).

Las omisiones, cuestión de la cual nos ocuparemos acá, pueden ser directas o indirectas, a saber: en el primer caso, cuando se dicta una sentencia en un juicio negando la aplicación de una sentencia extranjera, de un tratado internacional o de una norma internacional de otro tipo en virtud de una resolución administrativa que así lo indica, y, en el segundo, es decir, en la omisión, cuando el ente nacional admite a la protección jurídica nacional un acto que es contrario a derecho (nacional o internacional) violando una norma jurídica preexistente (contenida en alguna de las fuentes del derecho internacional públicas nombradas: tratados internacionales, costumbre internacional o principios generales del derecho).

Este estudio se centra en el caso chileno, pero es necesario indicar que es un tema de aplicación a todos los Estados del mundo, particularmente, no exclusivamente, desarrollados. Este tema ha sido estudiado particularmente a través de análisis de la jurisprudencia de tribunales de Estados en cuyas Constituciones se ha incluido una norma de aplicación directa del derecho internacional público y rechazan, sin embargo, tal aplicación, haciendo incurrir en un ilícito internacional al Estado (un “Estado delincuente”).

2. *Casos de violación de las normas internacionales y la comisión de un ilícito internacional: Poder Judicial y la acción*

Este primer caso se representa por una serie de fallos fundados en la doctrina asentada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia desde la década de 1930, en que se afirma la imposibilidad de aplicación de exequátur a sentencias extranjeras de cualquier tipo cuando dichas sentencias se refieren a bienes situados en Chile, en razón de encontrarnos con una norma de orden público que impide la aplicación de la misma.⁷⁷ Esta doctrina se mantiene inalterable pese a la reciente “Ley de Arbitraje Comercial Internacional” y a la Convención de Nueva York sobre aplicación de Sentencias Extranjeras, porque se contiene, precisamente en ellas, la excepción de “orden público”, a fin de no hacer aplicable una sentencia extranjera.

Existiría una modificación de criterio principalmente sustentado por el ministro Sergio Gajardo, de la Excelentísima Corte Suprema de Chile.⁷⁸

⁷⁷ Peña, Sergio, “La jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema y la noción de orden público”, *Revista de Derecho Privado*, México, septiembre-diciembre de 1996.

⁷⁸ Picand Albónico, Eduardo, presentación efectuada en el Seminario sobre Actualización en Derecho Internacional, organizado por la Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Santiago de Chile, junio de 2010.

3. *Casos de violación de las normas internacionales y la comisión de un ilícito internacional: Poder Ejecutivo y la acción*

En esta materia es posible citar el recurso de protección interpuesto ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso. En aquél se reclamó, por medio de esta acción constitucional, el que a través de una resolución de la Dirección General de Aduanas no se permitió el ingreso de una partida de aceite preparado por productores argentinos por no haberse mezclado en las proporciones que se indicaban debían mezclarse para poder ser importado a Chile bajo un régimen especial de carácter tributario en virtud del tratado entre Chile y Mercosur. En este caso existe una acción, la resolución administrativa, que impide el cumplimiento de las normas internacionales, particularmente los derechos de los productores argentinos, exportadores de aceite, que violó la norma en cuestión. Debemos indicar que finalmente vio la cuestión controvertida un panel de la Organización Mundial del Comercio.⁷⁹

4. *Casos de violación de las normas internacionales y la comisión de un ilícito internacional: Poder Legislativo y Poder Ejecutivo y la omisión directa*

En materia de propiedad intelectual e industrial, Chile firmó un tratado en 2002 con la Unión Europea, en el marco del Acuerdo de Asociación Económica Chile-Unión Europea, vigente desde 2003.⁸⁰ En este sentido, no hubo de parte del Estado de Chile una modificación de la ley y la incorporación de toda la normativa indicada (sin perjuicio de que nos adherimos de manera indirecta a una serie de tratados internacionales que no fueron aprobados por nuestro Poder Legislativo). Ciertamente, como he escuchado, estamos frente a un tratado cuyo “espíritu” fue elevar los niveles de protección a la propiedad intelectual e industrial, pero el sentido del tratado es claro, es un acuerdo para las partes; su tenor literal dice que se deben aplicar los tratados allí indicados, y no es posible consultar su espíritu. Estamos en un incumplimiento de obligaciones internacionales, al no haber dictado la legislación necesaria para ejecutar el tratado, salvo que entendamos que el

⁷⁹ World Trade Organization, Dispute Settlement: Dispute DS226 Chile-Provisional Safeguard Measure on Mixtures of Edible Oils. <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds226_e.htm>(15.9.10).

⁸⁰ Publicado en el *Diario Oficial* el 1o. de febrero de 2003.

tratado es autoejecutable y, por tanto, tenemos a un tratado internacional que aplica, por referencia, otros tratados internacionales.⁸¹

5. *Casos de violación de las normas internacionales y la comisión de un ilícito internacional: Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, la omisión indirecta*

En el sur de Chile crece una plantita denominada murtila (en latín *Ugni molinae*). Esta planta es endémica de Chile; es decir, no tiene presencia en parte alguna del mundo. Pertenecce a lo que en el ámbito de las ciencias biológicas un autor ha denominado *hot spot*, es decir, un lugar de alta concentración de la diversidad biológica y, por consiguiente, diversidad genética (tema que es aplicable a la quinoa y la papa). Hoy día la secuencia genética de la murta está en la propiedad de un *chef* australiano, con lo cual podemos consumir la murta, hacer todo tipo de postres, o lo que queramos, con el recurso biológico, pero si pretendemos efectuar cualquier estudio o producto con los recursos genéticos y sus elementos químicos, deberemos pagar los derechos correspondientes por la utilización de un producto que se encuentra bajo la tutela de los derechos soberanos del Estado chileno (he escuchado que si se quisiera recoger y trabajar en mermelada el fruto de la murtila deberíamos pagar, lo que es ignorancia, perdimos “sólo” la secuencia genética). Pues bien, es necesario indicar que el Estado de Chile no ha dictado ley alguna que proteja este recurso natural, lo que en sí podría parecer que no es grave si, puestos brevemente en un contexto económico, entregáramos la secuencia molecular del cobre para que fuera patentada por un extranjero. La murta posee enormes poderes curativos en materia de piel, y podría producir ganancias por varios millones de dólares. El Estado de Chile, además, no ha efectuado acto alguno para lograr que la respectiva patente fuera anulada. La omisión, sin embargo, la ha cometido el Estado australiano, al no haber negado la patente o anulado la misma *motu proprio*, debido a que, de garantizarla, viola las obligaciones contenidas en la Convención sobre Diversidad Biológica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, una serie de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, e inclusive otras normas internacionales cuya referencia sería largo de enumerar. Esta situación se da del mismo tenor en Chile. Es

⁸¹ Esto me recuerda la célebre discusión entre los profesores Ulises Schmill y Eugenio Bullygin, particularmente la réplica de Schmill.

el caso de patentes sobre secuencias genéticas de recursos genéticos naturales chilenos, donde debería contarse con un permiso de parte del Estado por una autoridad competente previamente establecida por ley, dado que los recursos naturales deben contar con una regulación legal. Es el caso del patentamiento reciente de algunos de estos recursos por una investigadora universitaria y docente, donde de no existir las autorizaciones competentes antes indicadas nos encontramos con un problema muy serio, la comisión de delitos por parte de la investigadora y de la institución a la que pertenece, además de los delitos que pudieran cometer los funcionarios administrativos que autoricen la constitución de la propiedad industrial sobre una secuencia genética que se encuentra bajo la soberanía y sus derechos del Estado de Chile. Es la transformación de un bien del Estado o al menos de un bien que se encuentra sometido al Estado en cuanto a su administración, a la propiedad privada sin que medie permiso, pago u otro acto de por medio.⁸²

Las acciones u omisiones antes indicadas llevan a los Estados a la situación de incurrir en responsabilidad internacional, que debe ser debidamente considerada por los Estados. Lamentablemente, en muchos casos no se actúa a fin de poner término a los orígenes de la tal responsabilidad, sino cuando el Estado en sí, no uno de los poderes del mismo, generador de tal responsabilidad, es llevado ante tribunales o paneles internacionales, y debe indemnizar, o al menos pasar el bochorno, pagar los costos, por actos u omisiones evitables, pero que al ejecutarse u omitirse el respeto a los derechos de terceros Estados o del mismo Estado nacional hacen incurrir en responsabilidad internacional.

IX. LA DIVISIÓN DE PODERES EN EL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL Y SUS IMPLICANCIAS

1. *Primera parte. La “visión tradicional”*

Entendemos por “visión tradicional” aquella que se desarrolla a propósito de la forma en que Montesquieu efectúa una descripción del sistema inglés de división de poderes entre el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

⁸² El caso en cuestión se ha explicado por Courtney Pip, Magic Berry, 14.02.2002 en <<http://www.abc.net.au/landline/stories/s526679.htm>>. Acerca de una relación del conflicto por la muritilla y el detentador de la secuencia genética de ella, señor B. Jenni, véase <<http://issuu.com/soberania/docs/rch-com-001>> (26.11.10). Acerca de la comercialización de los frutos provenientes de la muritilla véase <<http://www.murtillachile.cl/>> (20.11.10).

Tal descripción es una idealización que sólo pretende explicar el sistema político inglés en puridad. Luego veremos la segunda hipótesis, que busca describir mejor el “campo” entregando antecedentes que permiten una formación intelectual de mayor profundidad en la materia. La visión tradicional la llamaremos “vertical”, porque la descripción se efectúa sobre un poder único, dividido entre diversos órganos que representarían otros poderes, dotando al sistema de una organización.

Una de las propuestas más audaces en torno a la Organización de Naciones Unidas ha sido dividir esta organización internacional en poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, representado el primero por la Secretaría General y el Consejo de Seguridad, el segundo por la Asamblea General de la Organización y el tercero por la Corte Internacional de Justicia. Esta noción, por cierto, es criticada por la multiplicidad de ámbitos en los cuales estos órganos tienen competencia, así como los casos muy claros en que nos encontramos con muestras de ausencia de obligatoriedad de las resoluciones de ellos.

En un Estado de derecho internacional⁸³ la división de poderes de manera horizontal tiene implicancias para un organismo internacional y sus agencias, así como para el derecho internacional en su conjunto. Éste establece el marco legal internacional (entendido como ordenamiento jurídico), garantiza derechos a los sujetos del mismo, establece, a lo menos, una cierta preponderancia de las normas jurídicas, que garantizan derechos, por sobre otras normas; modifica la preponderancia de las fuentes del derecho internacional público por una sustantividad (normas) más que por una formalidad (fuentes materiales), por una aplicación garantista del derecho internacional público al derecho nacional; por ejemplo, la aplicación de normas que garantizan los derechos humanos por sobre otro tipo de normas jurídicas (de cierta forma los casos *Argentina vs. Uruguay* y la opinión consultiva sobre *Kosovo*).⁸⁴

⁸³ No se explicará aquí lo que es un “Estado de derecho internacional”; sin embargo, éste se configura desde una visión diferente de la división de poderes en los sistemas tradicionales y nacionales donde existe tal noción, y, además, se desarrolla de diversa manera en la toma de decisiones; así existe un deber de proteger a la población civil frente a conflictos armados, y en ese sentido la reciente resolución sobre Libia y la guerra civil que se desarrolla allí es posible de considerarla parte de este concepto. Brown, W. Jethro, “The separation of powers in british jurisdiction”, *The Yale Law Journal*, vol. 31, núm. 1, 1921, pp. 29- 52. Véase resolución 1973/2011 del 17 de marzo de 2011, Años Meza, Cecilia, “La ‘responsabilidad de proteger’”, en Naciones Unidas y la doctrina de la responsabilidad de proteger”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. X, 2010, pp. 199-244.

⁸⁴ Corte Internacional de Justicia, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*, del 20 de abril de 2010, pp. 67-74, Corte Internacional de Justicia, *Accordance with*

Más relevante es determinar cuándo cada órgano cumple una de las funciones que tradicionalmente se establecen para la división de los poderes en el plano nacional. Existen órganos de la Organización de Naciones Unidas que pueden cumplir diversas funciones (es el caso de la Convención sobre el Cambio Climático), hasta órganos que han tenido la función indicada desde los inicios de la organización (es el caso de la Asamblea General de la Organización y del Consejo de Seguridad).⁸⁵

Donde el problema se vuelve más complejo es en organizaciones como la Organización Mundial del Comercio. La división de poderes en el caso de la organización a la cual nos referimos ahora resultaría tremendamente difícil, debido a que los órganos de solución de controversias, por ejemplo, sólo se refieren a ciertas materias, y sólo respecto de su creación *ad hoc*, pero provocando con sus fallos consecuencias de tremendo efecto para los Estados miembros.

A. *¿División de poderes es equivalente a un Estado de derecho internacional?*

La pregunta de si, dada la división de poderes, podemos hablar de un Estado de derecho internacional, resulta pertinente. El artículo efectuará una análisis de cómo la existencia de la división de poderes de carácter “horizontal” modifica al derecho internacional, inclusive incorporando conceptos morales al derecho, lo que implica un problema de subordinación y coordinación de las normas jurídicas, donde las garantías a los sujetos de derecho son anteriores a las normas comerciales; por ejemplo, provocando una modificación de la división de los poderes o, como lo plantean algunos, la relación más o menos cercana al mismo.

B. *La noción de división de los poderes en el sistema de la Organización de las Naciones Unidas*

En la noción kelseniana del derecho internacional publico la idea de un Estado de derecho no tiene mayor importancia. Kelsen mira más a los pro-

internacional law of the unilateral declaración of independence in respect to Kosovo, 22 de julio de 2010,

⁸⁵ En este sentido, es posible afirmar que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ejerce en plenitud la labor de ejecutar las obligaciones y derechos contenidos en la Carta de Naciones Unidas y de interpretarla como aparece de la declaración 1972/2011. Así, en la declaración citada se indica “...Actuando bajo el Capítulo III de la Carta de las Naciones Unidas...”.

blemas internos de los Estados y a la constitución de un Estado de derecho en ellos. Sin embargo, tras 1945, con la conformación de la Organización de Naciones Unidas es posible, no digo seguro, observar al menos en el sistema de dicha organización tres grandes poderes.⁸⁶

Claramente es posible observar el Poder Judicial, representado por la Corte Internacional de Justicia. Esta Corte ha debido, desde sus inicios tras 1945, solucionar conflictos o absolver consultas donde la organización poseía grandes intereses; por ejemplo, la declaración de contar con personalidad jurídica internacional de orden implícita se encontraba en la existencia de la organización, siendo afirmado lo anterior por la Corte Internacional de Justicia en el caso denominado “Reparación de injurias”.

En un plano diferente, el Poder Legislativo de la Organización es determinado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, que dicta las resoluciones que en muchos casos han constituido la base de lo que podríamos denominar la *lege ferenda* internacional. Basta con efectuar un breve análisis a las resoluciones acerca de la “soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales” para darnos cuenta de lo anterior, y que luego viene a plasmarse en diversos tratados internacionales, pudiendo referirse en estas líneas al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que así lo declara en el artículo 1, párrafo 2. Es fundamental considerar que si bien las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas carecen de fuerza obligatoria, sin embargo, no implica lo anterior ausencia de juridicidad y carencia de efectos. Ha sido un lugar común en las discusiones entre juristas chilenos relacionados con el tema del derecho internacional público el plantearse la noción de *soft law*. Esta noción es un concepto difícil de aprender, en mi opinión superfluo, pero que podría contar entre sus fuentes a las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Es por demás necesario indicar que en la Unión Europea, además del *aquis communautaire*, nos encontramos con un Parlamento que no tiene resoluciones obligatorias, pero al menos representa la necesidad de contar con un lugar para discutir temas relevantes para la Comunidad Europea.

Finalmente, tenemos un Poder Ejecutivo, que actúa de manera colegiada, por unanimidad y dando órdenes a un ejecutor. Me refiero al Consejo de Seguridad y al secretario general. Aunque es necesario indicar que, precisa-

⁸⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1982, particularmente p. 325, pero por la afirmación de ser un ordenamiento jurídico sometido a derecho (p. 323) es posible deducir que al menos no rechazaba dicha noción, la del sometimiento de las relaciones interestatales al derecho.

mente, la resolución citada y otras varias del mismo tenor han desarrollado el que sea el Consejo de Seguridad de esta organización interestatal una fuente de normas jurídicas, configurando no sólo la función ejecutiva, sino legislativa.

Las diferencias entre estos órganos son notables debido a la imposibilidad de la Asamblea General, como Poder Legislativo, de impedir la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad. El único poder que ejerce control sobre los otros es el Poder Judicial, pero con limitaciones derivadas de la competencia que se otorga en la aceptación de su Estatuto. Es por lo anterior que más que una división de poderes es posible hablar de división de funciones y determinación o definición de los poderes de cada órgano de acuerdo con la fijación de las competencias correspondientes.

2. Segunda parte. La división de los poderes en el Estado de derecho internacional. Una visión horizontal

La hipótesis anterior, denominada “vertical”, se ve modificada por otra de carácter “horizontal”, donde cada uno de los diversos órganos de esta organización tiene funciones diversas. El Estado de derecho internacional se mantiene, jurídicamente hablando, pero toma una forma diferente a la que tradicionalmente consideramos.

La noción de Estado de derecho supone que el Estado tiene una adscripción a las normas jurídicas, se regula por normas jurídicas y sólo por ellas sin entrar en la discusión alguna sobre otro tópico relacionado con el asunto. El que en el sistema internacional se observe que, efectivamente, los Estados intentan alcanzar un orden, una sociedad, debido a que son una comunidad que se regula por el derecho. La regulación jurídico-internacional en un Estado de derecho internacional puede ser vista desde dos perspectivas: la primera, regulación a través de las fuentes del derecho internacional público, particularmente las fuentes relacionadas con las personas jurídicas internacionales. La segunda, la existencia de diversas competencias para cada uno de los sujetos internacionales no estatales, lo que hace nuevo el tema de los poderes que se poseen por estos órganos.

En esta materia podemos encontrar una segunda perspectiva, donde las normas de la Organización de Naciones Unidas tienen mayor presencia, así también una serie de tratados internacionales relevantes. La Organización de Naciones Unidas tiene una serie de organismos que cumplen las funciones propias de los diversos poderes del Estado en el ámbito nacional, como veremos; por tanto, hemos decidido denominar tal situación una división

“vertical” de los poderes en cuanto todos ellos representan dispersamente, generalmente de manera colectiva, tal multiplicidad de poderes. Aún más importante, como lo han descrito diversos internacionalistas, es necesario observar que existen organismos internacionales que reúnen todos los poderes del Estado en sí, sin control alguno; es posible considerar este hecho a propósito del Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio y otros órganos.

3. *La noción de división de poderes de carácter “horizontal” en el Estado de derecho internacional*

Este concepto general de división de poderes de carácter “horizontal” en el Estado de derecho internacional muestra de manera sistemática lo siguiente. Existen organizaciones como la de las Naciones Unidas que tienen organismos cumpliendo al mismo tiempo diversas funciones relacionadas con diversos poderes (Legislativo y Ejecutivo) sin control entre ellas (las funciones que representan poderes). Esto podría manifestar una nueva visión de un Estado de derecho, esta vez en el plano internacional, donde los organismos internacionales, en las funciones que se señalan, deberán someterse a las garantías contenidas en tratados internacionales donde se definen los derechos de los sujetos internacionales, particularmente los Estados, o someterse a las garantías que para las personas naturales también establecen los tratados internacionales pertinentes, no contradiciendo los mismos en las nuevas normas internacionales que se dicten al respecto. Lo anterior permite al menos darnos cuenta de que la noción de división de poderes, fundamental en un Estado de derecho en el plano nacional, por el control normativo jurídico propio de los poderes del Estado, se vería modificada, y nos encontraríamos en la situación jurídica de aplicar las garantías que para los Estados y las personas naturales, es decir, una nueva forma de entender la división de los poderes y, el control que se debe ejercer entre ellos.⁸⁷

X. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Una primera conclusión que salta a la vista es que concebir a un Estado de derecho internacional como ejecutado o realizado no es posible, debido a que gran parte del mismo requiere especificación normativa y cumplimien-

⁸⁷ Me he sentido contento de este apartado. Su presentación me valió el carácter y el apodo de “quijotesco”.

to irrestricto y sanción en caso de incumplimiento de las normas internacionales. Este método normativo, la existencia de normas que obligan a sujetos a la redacción y aprobación de normas basadas en la interpretación de las primeras, es descrito por Kelsen en su *Teoría pura del derecho*. Mucha tinta se ha gastado en esta materia. Así, se ha dicho que es imprescindible contar con regulaciones inteligentes y otros aspectos relevantes, utilizando a las normas para fines ambientales, comerciales, etcétera. Sigue, sin embargo, todavía, que la ausencia de sanción de manera continua afecta el cumplimiento de las obligaciones y el respeto de los derechos internacionales. En efecto, la expresión “Estado de derecho internacional” se va, como dijera el poeta y luego el cantante, “haciendo... al andar”. La *lege data* es frondosa, y su aplicación más o menos constante. Es cierto que los países aplican las normas jurídicas internacionales la mayoría de las veces, pero también es cierto que la mayoría de las veces que no se aplica es por desinterés en su aplicación, debido a que no cumple con los intereses de un sector de la comunidad internacional o de uno de los miembros, y no olvidemos que las comunidades de cualquier tipo deben actuar por unanimidad o al menos por mayoría, fenómeno que explico en otra de mis publicaciones, y que nos lleva a lo menos a cuestionarnos acerca de la aplicación de las normas jurídicas internacionales si no existe una aplicación irrestricta de la responsabilidad internacional. En este último caso, la no aplicabilidad es un problema diferente de la existencia y validez normativa, fallando uno de los elementos del quehacer de la norma jurídica a nivel nacional e internacional a fin de cumplir con principios y obligaciones internacionales basadas en texto expreso de tratados que obligan su aplicación (pienso en el artículo 15, número 7, de la Convención sobre Diversidad Biológica), pero no dejando de, antes, reafirmar la existencia del Estado de derecho.

Un segundo punto es el caso de la ausencia o laguna normativa internacional en diferentes aspectos, uno de los cuales es el financiero internacional; otro es el del medio ambiente. En materia internacional, la correspondiente consideración a la laguna normativa, y saliendo de la ciencia jurídica, es posible afirmar que existen múltiples observaciones, opiniones, alcances sobre este punto, donde se aplican las más variadas estrategias, y donde no es menor la crítica, porque parece un problema de obtener una participación en el “proceso” de algún problema ambiental, lograr que se considere un trabajo para esa persona y el resto viene o deviene en insuficiente.

Volviendo al tema financiero internacional, existen innumerables causas y múltiples iniciativas. Las más sencillas, sin embargo, un impuesto a los capitales o una tasa de encaje internacional han fracasado o están por fra-

casar. Los Estados o grupos de los mismos (G-8) o (G-20) o cualquier otro, siguen siendo transgredidos por los “Free-riders”, quienes son objeto a su vez de tremendas presiones de sus respectivos cuerpos empresariales con frases como “todos hicieron lo mismo, y era equivocado lo que se hizo”. El problema jurídico normativo, sin embargo, podría solucionarse con una suerte de organización y correspondiente coordinación entre las autoridades estatales mundiales con facultades nacionales para sancionar a quienes desestabilicen al sistema en sí. Tal proceso de coordinación, iniciado ya desde 2008 en la Unión Europea con Estados Unidos, que seguramente será seguido de normas jurídicas, así como de otro tipo de políticas públicas destinadas a disminuir el potencial monopólico y la dualidad de funciones de muchas empresas internacionales.

Las normas internacionales, por tanto, deben ser consideradas como presupuesto de otras normas jurídicas, como normas jurídicas que constantemente requieren ser exigidas en su aplicación a cada Estado por los ciudadanos, y de ahí la lucha por el derecho internacional y la “agonía” del derecho internacional.⁸⁸

En segundo lugar, ciertamente muchas de sus normas requieren ser reestudiadas y analizadas en vista a las actuales necesidades de la vida en el siglo XXI. Existen guerras que no son guerras, actividades financieras lícitas que provocan que muchas personas pierdan su ahorros, extracción de bienes sin que exista sanción para quienes administran sin permiso dichos bienes, etcétera. Es decir, hay situaciones (“hechos”) que probablemente no han sido analizadas por la ciencia jurídica, y que requieren ser nuevamente analizadas a fin de ser reguladas.

Tercero. Existe un *corpus* normativo constituido principalmente por los tratados internacionales sobre derechos humanos, denominados Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y la Declaración Universal de los Derechos humanos.

Cuarto. Existe un *corpus* disciplinar, a saber: derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional ambiental, el derecho internacional del Comercio o comercial y el derecho internacional laboral y social.

⁸⁸ Hans Kelsen hace una referencia similar en su texto referido ya acerca de la necesidad de normas que crean otras normas jurídicas, y que finalmente es posible deducir que las mismas requieren aplicación, aunque la aplicación misma será diferente, dependiendo dónde se aplique y qué sistema jurídico y familia jurídica establezca los principios básicos del sistema jurídico nacional al que pertenece.

Quinto. Las fuentes del derecho internacional público, particularmente tratados, principios y costumbres, representan las manifestaciones de las normas y disciplinas y las normas y disciplinas, como es lógico, influyen en las fuentes del derecho internacional público.

Sexto. Se hace necesario contar con una estructura de análisis metodológicamente homogénea; es el caso del acto jurídico internacional.

Séptimo. La metodología de análisis dogmática y tópica poseen la posibilidad de permitirnos observar la multiplicidad de elementos que integran al Estado de derecho internacional desde una perspectiva científico-jurídica, entender su concepto y determinar que el Estado de derecho internacional es un fundamento de un sistema internacional basado en una comunidad internacional en que el derecho cumple una función relevante.

Octavo. Las acciones u omisiones llevan a los Estados a incurrir en responsabilidad internacional, y no se actúa a fin de poner término a los orígenes de tal responsabilidad, sino cuando el Estado en sí es llevado ante tribunales o panels internacionales, y debe indemnizar, o al menos pasar el bochorno, pagar los costos por actos u omisiones evitables, pero que al ejecutarse u omitirse el respeto a los derechos de terceros Estados o del mismo Estado nacional hacen incurrir en responsabilidad internacional. Más aún, es posible indicar que existe una ausencia de aplicación de las normas sobre responsabilidad internacional de los Estados en la comisión de ilícitos sobre responsabilidad, sea en su faz activa como pasiva. Una propuesta para entender lo que un Estado de derecho internacional es y uno que puede ser o que se ha ido formando resulta necesaria en un proceso de transición donde todavía no se configuran claramente los elementos de cada uno de los aspectos del tal Estado de derecho, pero que al menos se encuentra clara la existencia de un Poder Judicial, así como de diversas fuentes del derecho internacional público, tanto formal como material, aunque sin delimitación específica de las funciones legislativas ni ejecutivas. Esto último, quizá, es una característica que diferencia al Estado de derecho nacional del internacional, aunque no decididamente. Al menos en este estadio no cabe duda que nos entrega nuevos aportes sobre la materia. Una visión horizontal más que vertical podría constituir una de las características de mayor interés, pero eso será motivo de otros estudios.