

CAPÍTULO VI

FUENTES Y TÉCNICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

- | | |
|--|----|
| 1. Las fuentes del Derecho Internacional | 89 |
| 2. La técnica jurídica del Derecho Internacional | 93 |

CAPÍTULO VI

FUENTES Y TÉCNICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

SUMARIO: 1. *Las fuentes del Derecho Internacional.* 2. *La técnica jurídica del Derecho Internacional.*

1. *Las fuentes del Derecho Internacional*

Causa eficiente es el principio extrínseco de formación que coopera a la incorporación de la forma en la materia. Trátase de una virtud activa que incorpora la forma a la materia.

Por medio de la causa eficiente, el Derecho adquiere vigencia, operatividad teleológica. La idea de justicia ilumina todas las realidades sociales con intencionalidad jurídica. Las formas de vida social de subordinación, integración, o coordinación abarcan grupos de diversa índole y extensión, contienen fuerzas políticas y económicas que implican relaciones de autoridad, estructuran la realidad normativamente porque poseen una dimensión de valiosidad. He aquí las *fuentes materiales* cuyo número es indefinido.

Las *fuentes formales* relevan una regla que imprime dirección a la vida jurídica. Señalan pautas justas a seguir. Están en íntima relación con la constitución político-social de cada pueblo. Ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina (libre investigación científica) son fuentes formales no siempre reconocidas en un ordenamiento jurídico determinado. Las fuentes formales —no hay que olvidarlo— dependen de la teoría ético-política sustentada por el legislador.

Luis Recaséns Siches distingue entre dos maneras de producción de normas jurídicas.

“A) *Producción originaria*, que es aquella en que se crea la norma fundamental de un orden jurídico, la cual da nacimiento a éste, sin apoyo de ninguna norma jurídica positiva previa. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el establecimiento de una organización jurídica nueva en un territorio no perteneciente a ningún Estado; en la fundación de un nuevo Estado, como sucedió con el Imperio Alemán en 1870; y con la conversión de colonias en nuevos

Estados; asimismo, la revolución, el golpe de Estado y la conquista triunfantes.

B) *Producción derivativa*, que es aquella que tiene lugar cuando se crean normas, de acuerdo con lo dispuesto en un orden jurídico positivo ya constituido, por las competencias o los órganos, y según los procedimientos, establecidos en ese orden jurídico, verbigracia: las leyes ordinarias dictadas por el poder legislativo que está consagrado por la Constitución; los reglamentos decretados por las autoridades competentes para ello; las cláusulas de los negocios jurídicos (por ejemplo, contratos, testamentos, etcétera); las resoluciones administrativas; las sentencias pronunciadas por los tribunales competentes según lo previsto en las leyes; etcétera.”⁴⁷ Para la teoría positivista pura (Anzilotti) el acuerdo de voluntades —tratado o costumbre— es la única fuente del Derecho Internacional. Los Estados son creados y sujetos, a la vez, de las normas internacionales. El acuerdo de voluntades puede ser expreso —caso del tratado— o tácito —caso de la costumbre—. La concepción objetivista distingue entre *fuentes creadoras* y *fuentes formales*. Las primeras crean Derecho; las segundas se limitan a formularlo. Imposible desconocer los factores extrajurídicos en la elaboración del Derecho, aunque sean subyacentes a los acuerdos de voluntades y a las *fuentes positivas*. Ahí están como *fuentes materiales* variables, la opinión pública, la conciencia colectiva, la noción de justicia, la convicción jurídica, la solidaridad, el sentido de interdependencia social. . . Hechos materiales —necesidades económicas, organización política— y concepciones ideales —tradición, creencias, aspiraciones nacionales o sociales— determinan las *fuentes materiales*. El Derecho positivo podrá cerrar los ojos ante esas causas fundamentales, pero la filosofía y la sociología jurídica no pueden igualarlas.

El artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (incorporado a la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945), preceptúa que “el tribunal aplicará:

I. Los convenios internacionales, tanto generales como particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.

II. La costumbre internacional, como prueba de una práctica general aceptada como Derecho.

III. Los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

⁴⁷ Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, México, Editorial Porrúa, 1977, p. 184.

IV. Las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas más calificados de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

La presente disposición no restringe la facultad del tribunal de fallar '*ex aequo et bono*', cuando las partes así lo convinieren".

En la práctica diaria de las relaciones internacionales actuales, los tratados constituyen la fuente formal o positiva más importante del Derecho Internacional. La costumbre internacional le sigue en importancia. Después vienen las *fuentes subsidiarias* aplicadas por el juez o el árbitro.

La costumbre expresa una práctica común, constitutiva de Derecho, de carácter evolutivo. La ductibilidad de la costumbre facilita su adaptación a la situación concreta, pero propicia la derogación o abrogación de la regla jurídica por procedimientos ocultos. La incertidumbre jurídica se deja sentir. Grocio —y después los positivistas— pensaron que la costumbre es producto del asentimiento de los Estados, sin advertir la evolución del Derecho consuetudinario y su obligatoriedad para Estados de nueva creación que no habían manifestado su voluntad. La costumbre —se dice hoy en día— es expresión de una regla objetiva —convicción jurídica, en términos de Savigny—, exterior y superior a las voluntades de los Estados. La costumbre surge de las necesidades de la vida social y de las exigencias de la *praxis* internacional. Pero no basta el uso constante y general. Se requiere la *opinio juris*, esto es, la convicción de su carácter obligatorio. Continuidad de aplicación en el tiempo y generalidad en el espacio son elementos materiales, al lado del elemento psicológico: la aceptación que constituye la *opinio juris* u *opinio necessitatis*. Tratado y costumbre tienen el mismo valor jurídico. Cabe, en consecuencia, la derogación de un tratado por una costumbre o de una costumbre por un tratado. La codificación de las reglas consuetudinarias contribuye a clasificar el Derecho positivo y a promover su reforma.

El juez internacional, a menos que haya sido expresamente facultado por las partes litigantes, no puede resolver en caso de laguna o silencio del Derecho positivo. Las decisiones judiciales y la doctrina de los autores más calificados son elementos de la costumbre internacional. Por vía indirecta son fuentes del Derecho Internacional.

Los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas nos recuerdan el *ius gentium* de los romanos: "De-

recho concordante aplicado por los pueblos de igual civilización.” No se confunden con la costumbre, ni con la equidad. Son comunes al orden jurídico interno y al orden jurídico internacional. Con frecuencia están recogidos, con variantes de forma, en los tratados y en la práctica unilateral de los Estados. La jurisprudencia internacional los ha consagrado en diversas resoluciones. Sirvan como ejemplos de principios generales del Derecho Internacional los que a continuación indico: principio de la continuidad del Estado, del respeto a la independencia de los Estados y de la primacía del tratado internacional sobre la ley interna; regla del agotamiento de los recursos internos; principios del respeto a la causa juzgada; respeto a los derechos adquiridos; excepción de litispendencia... La tesis dominante en la doctrina es la que atribuye a los principios generales del Derecho un simple carácter subsidiario.

La equidad —calificada por Aristóteles como una “dichosa rectificación de la justicia” y comparada a la regla lesbia que se adapta a las sinuosidades del objeto— es justicia en concreción. Trátase de la aplicación de los principios de la justicia a un caso singular. A veces, la justicia abstracta se opone al Derecho estricto; otras ocasiones la justicia natural se opone a la ley formal. El Derecho romano combatió los excesos del formalismo jurídico con la aparición del Derecho pretorial. El Derecho inglés ha atemperado la aplicación del *common law* con el desarrollo de la jurisdicción del canciller. Aunque lamentablemente la jurisprudencia internacional ha pretendido la construcción de una teoría general y sistemática de la equidad, no han faltado estudios doctrinarios que apuntan la triple misión de la equidad en el Derecho Internacional: *infra legem*, *praeter legem* o *contra legem* (función correctiva, función supletoria o función derogatoria). En el primer caso, la equidad se presenta como medio de atemperar el Derecho (compromisos de arbitraje, cláusula “*ex aequo et bono*” en los convenios). En el segundo caso, la equidad se manifiesta como un medio de completar la aplicación del Derecho (insuficiencia del Derecho positivo y solución de sus lagunas en conflictos políticos por vía arbitral, verbigracia). En el tercer caso, la equidad se revela como un medio para suplir la aplicación del Derecho (el juez internacional, con la anuencia de las partes, dicta una resolución *contra legem*, basándose en la equidad).

Hasta aquí el estudio de las fuentes del Derecho Internacional. Queda reservado, para próximo capítulo, el examen de los contratos (por su excepcional importancia en la práctica actual) y de

la norma *pacta sunt servanda*. Por ahora me importa trazar la peculiar técnica jurídica del Derecho Internacional, derivada de los elementos distintivos y esenciales.

2. La técnica jurídica del Derecho Internacional

El Derecho Internacional tiene su técnica jurídica peculiar, inasimilable a la técnica jurídica del Derecho Privado. Por técnica entiendo un hacer basado en un saber emplear procedimientos eficaces que aseguren el éxito propuesto, un “conjunto de reglas aptas para dirigir eficazmente una actividad cualquiera”. *Tékhne* en su limpio sentido etimológico designa el hacer manual del hombre y el hacer artístico-poético. En ese sentido, la técnica es algo bueno y debe emplearse al servicio del destino humano. Es un valor instrumental, pero no el valor supremo. Puede ser —spenglerianamente hablando— la táctica de la vida, pero no la finalidad de la vida misma.

Los elementos distintivos y esenciales del Derecho Internacional, en su técnica jurídica, han sido reducidos, por Hans Kelsen, a siete:

“1) El Derecho Internacional obliga y autoriza (esto es, impone deberes y concede derechos) a los individuos, no de modo directo, sino indirectamente;

2) establece la responsabilidad colectiva y no la individual;

3) no toma en cuenta la responsabilidad subjetiva (por dolo o por negligencia, culpabilidad) sino tan sólo la responsabilidad absoluta;

4) no conoce, en cuanto a la sanción, la diferencia entre pena y ejecución;

5) no establece una equivalencia entre el delito (o ilegalidad) y la sanción;

6) se caracteriza por la descentralización en sentido estático, es decir, por el hecho de que las normas locales son de mayor volumen que las centralizadas, esto es, las reglas del Derecho Internacional particular son más numerosas que las del Derecho Internacional general;

7) se caracteriza por la descentralización en sentido dinámico, es decir:

a) la creación del Derecho está descentralizada, ya que la costumbre y los tratados son las fuentes del Derecho Internacional;

b) la aplicación de la ley está descentralizada, es decir, no hay tribunales, y los supuestos hechos condicionantes, especialmente el delito, son establecidos o confirmados por las partes mismas;

c) la ejecución de la sanción está descentralizada, pues rige el principio de la autoayuda (o justicia por propia mano).⁴⁸

Se impone, aunque sea en apretado resumen, un comentario crítico a los 7 puntos destacados por Kelsen en torno a la técnica jurídica del Derecho. El jurista austríaco desconoce la imposición de deberes y la concesión de derechos a los Estados, porque niega la existencia de los Estados, confundiéndolos con los diversos Derechos positivos de los países. Es falso —como lo pretende Kelsen— que el Derecho Internacional y el nacional regulen la conducta de los mismos sujetos. Las relaciones del Derecho Internacional son interestatales o de los Estados con la comunidad internacional. Si no se advierten estas relaciones no se puede comprender en pureza la estructura y la técnica del Derecho Internacional. Tampoco cabe hablar de la total transformación del Derecho Internacional en nacional. Es posible que los tribunales y las autoridades administrativas nacionales apliquen directamente normas de Derecho Internacional y, de manera especial, las de los tratados. Pero esto no significa que el Derecho Internacional desaparezca, ni que se reduzca a este tipo de aplicaciones.

La responsabilidad colectiva —o justicia por la propia mano— es una reacción de un grupo nacional contra otro. Hasta ahora, el Derecho Internacional ha empleado esta técnica primitiva. Pero yo no me atrevería a decir que siempre la empleará ni que constituya un elemento esencial de su técnica jurídica. Es posible que en un próximo futuro los hombres consideren injusto sufrir por un hecho que otros han cometido, aunque pertenezcan a la misma comunidad del delincuente.

La técnica de la responsabilidad absoluta —responsabilidad sin que haya existido negligencia, culpa o mala intención— es propia de un orden jurídico primitivo, pero no pertenece a la esencia del Derecho Internacional, aunque accidentalmente la use.

Hasta ahora falta en el Derecho Internacional la diferenciación entre sanción penal y ejecución civil forzosa. Sólo hay lugar para *represalias y guerra*. El Estado lesionado queda en libertad de escoger la sanción con la cual desea reaccionar contra la persona que lo lesionó, sin tomar en cuenta la gravedad del delito. Estamos de acuerdo con Kelsen que “ésta es una de las peores omisiones en la

⁴⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.*, *supra* nota 37, pp. 150-151.

técnica del Derecho Internacional”.⁴⁹ Pero cabe imaginar sanciones efectivas aplicadas por la Organización de las Naciones Unidas o por cualquier otro tipo de sociedad interestatal que llegue a formarse en el futuro.

Si en este momento las normas locales son de mayor volumen que las centralizadas, es porque la comunidad internacional no ha tenido una verdadera traducción jurídica positiva. Esto explica que el Derecho Internacional particular tenga mayor campo de aplicación que el Derecho Internacional general. Pero no olvidemos que el Derecho Internacional general suministra la constitución para la traducción jurídico-positiva de la comunidad internacional y para el propio Derecho Internacional particular. La comunidad internacional muestra un mínimo número de normas centrales y un alto grado de descentralización en comunidades internacionales parciales a base de tratados. Sólo que estas comunidades internacionales parciales serían inoperantes sin la regla del Derecho Internacional general: *pacta sunt servanda*.

La costumbre es un método descentralizado de crear el Derecho Internacional. Todos y cada uno de los individuos son órganos para la creación del Derecho Interestatal. Trátase, por supuesto, de individuos representados por órganos estatales constitucionalmente competentes. Los tribunales y los tratados internacionales también son formas descentralizadas de crear el Derecho Internacional. Es de esperarse el establecimiento de órganos legislativos internacionales que regulen las relaciones de los Estados entre sí y de éstos con la comunidad interestatal.

Mientras no haya tribunales internacionales con jurisdicción obligatoria, habrá razón para seguir hablando del Derecho Internacional como de un orden jurídico primitivo o, al menos, técnicamente imperfecto.

¿Quién decide en un caso concreto si existe un “nuevo” Estado, o si ha dejado de existir un “viejo” Estado? Lógicamente debiera ser la comunidad internacional, pero en la práctica deciden los gobiernos interesados en los llamados actos de “reconocimiento” de un Estado o de un gobierno.

La técnica jurídica del Derecho Internacional mejorará notablemente cuando se logre la centralización de la aplicación del Derecho y la centralización de la creación del Derecho Internacional en la comunidad interestatal. Otro paso hacia adelante será la sus-

⁴⁹ Kelsen, Hans, *Ibid.*, p. 134.

titución del Derecho consuetudinario por el legislado y el establecimiento de la jurisdicción obligatoria, forzosa y no simplemente voluntaria.

Hablar de centralización del orden jurídico internacional no significa postular un Estado federal mundial, sino vigorizar técnicamente la comunidad interestatal en todas sus funciones. Pero, ¿cuál es la estructura y cuáles son las funciones de la comunidad internacional? Y ¿cuál es la estructura, el sentido y el fundamento de la norma *pacta sunt servanda*?