

¿EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN CRISIS? ¿EL RETORNO A LOS ASPECTOS BÁSICOS DE ESTA ÁREA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO?

Sergio PEÑA NEIRA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Crisis del derecho internacional público?* III. *Análisis de las causas.* IV. *El Acto Jurídico Internacional.* V. *Elementos del Acto Jurídico Internacional.* VI. *Un ejemplo del concepto equidad en la división de recursos genéticos.* VII. *La existencia de un “Estado de derecho” a nivel internacional.* VIII. *La discusión en la materia.* IX. *Conclusiones.* X. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional público tiene como elementos centrales conceptos como la soberanía de los Estados, la equidad, las obligaciones internacionales, el territorio, y otros como fuentes del derecho internacional público o el concepto de derecho internacional público en sí mismo.

A lo largo del presente artículo incorporamos los conceptos de Acto Jurídico Internacional y Estado de derecho para el análisis, también rechazamos la idea de que en la actualidad existe una crisis en la disciplina. Una crisis que ha sido entendida como producto de actos de los Estados, así como por los actos ilícitos que cometan algunas personas.¹

¹ Mis agradecimientos al profesor Manuel Becerra, Andreas Paulus, Miguel González Marcos, Juan Manuel Portilla y a las profesoras Adriana Povedano y Evelyn Téllez que amablemente auxiliaron al buen resultado de las

Es importante que volvamos a preguntarnos si ya nos hemos detenido a discutir los temas fundamentales de derecho internacional, con especial atención al derecho internacional público.

Debemos indicar que se podría hablar de una “crisis” en el derecho internacional público (en adelante DIP) porque de manera permanente todo ámbito del quehacer humano muta o cambia. Sin embargo, lo imposible de modificarse son aquellos principios asentados en la disciplina respectiva para organizarlos jurídicamente de la forma más completa, válida y efectiva posible.²

Resulta difícil de entender por ello la hipótesis de que no se hayan incorporado los conceptos de Acto Jurídico Internacional, “Estado de derecho internacional”, así como la reinterpretación de equidad y soberanía a una teoría general del DIP; evitando que se olviden los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica aplicables a sectores específicos de este conocimiento. Su ausencia es capaz de hacernos pensar en una “crisis”, pero en los aspectos de conocimiento, sistematización y solución de problemas teóricos y prácticos.³

De Manuel Diez de Velasco en *Instituciones de derecho internacional público*, Manuel Becerra Ramírez y Peter Malanczuk analizan con profundidad una serie de tópicos, tradicionalmente considerados parte del DIP y lo mismo otros juristas norteamericanos, europeos y canadienses.⁴

Del mismo modo, en manuales y textos que se encuentran de manera frecuente en las bibliotecas de escuelas de derecho y otras vinculadas al tema jurídico internacional es posible encontrar el mismo tratamiento de estos temas.⁵

jornadas llevadas a cabo en la Facultad de Derecho de la Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, particularmente a su director.

² El concepto de “principio” se refiere a los fundamentos de la disciplina.

³ Sintetizando podría decir “más y mejor derecho internacional público”.

⁴ Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 1991.

⁵ Por todos Becerra R., Manuel, *Derecho internacional público*, México, UNAM, 1991. Shaw, Malcolm, *International Law*, 5a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Sin embargo, no existe, en nuestra opinión, un concepto unificador como el de Acto Jurídico de DIP, sino que se efectúan análisis más bien centrados en tópicos. Por lo que a lo largo del presente artículo, se explica un poco más la importancia de estos conceptos que tendríamos que volver a analizar.

II. ¿CRISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO?

El DIP es, en un concepto

un sistema legal completo que cubre todas los aspectos de las relaciones entre Estados... dentro de los Estados mismos y sus unidades federales, entre Estados y personas, entre personas de diferentes Estados, entre Estados y corporaciones multinacionales y entre las organizaciones internacionales y los Estados miembro de las mismas.⁶

Cuando se estudian relaciones internacionales, son analizadas las teorías del poder, de la coexistencia y de la cooperación en detalle durante los cursos introductorios. Sin embargo, de ello no es posible comprender muchas veces la regulación jurídica internacional y pública, un detalle significativo olvidado inclusive por juristas.

Esta regulación abarca de manera completa muchas áreas: guerra, paz, derechos humanos, medio ambiente, economía, tecnología y así otros tópicos de no menor importancia. Este sistema legal se enmarca dentro de lo que es el DIP, pero es demasiadas veces olvidado, sus obligaciones son incumplidas, con lo que se suele entender que existe una “idea general” de falta de obligatoriedad como una característica sostenida (hecha presente por muchos autores de DIP en el siglo XIX).

Sin embargo, el que no haya respeto por las normas de DIP no debe movernos a pensar que existe falta o inexistencia de las mismas. Ese incumplimiento de las normas también ocurre en el

⁶ Franck, Thomas, *Fairness in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 5.

derecho nacional, por ejemplo, con el derecho civil, que genera la responsabilidad contractual o en el derecho penal que genera la responsabilidad penal por la comisión de un delito.

El DIP sigue existiendo. Son los sujetos de este ordenamiento los que no entienden ni la manera en que se configuran sus actos ni la forma en que tales actos deben ajustarse al DIP. Es el caso de la invasión a Irak, se constituyó un acto ilícito internacional por no haberse respetado el artículo 2o. de la Carta de Naciones Unidas y, sin embargo, no hay una sanción. Ello no significa que el DIP se encuentre en crisis. Lo que se encuentra en crisis es nuestro sistema internacional que no cuida de proteger los derechos y obligaciones internacionales.

Las siguientes son algunas de las razones que se han escuchado para indicar una “crisis” en el DIP:

1. Falta de organización de una estructura dogmática para la enseñanza del DIP.
2. Falta de organización de una estructura dogmática para la elaboración de investigación del DIP.
3. Excesiva detención en aspectos accesorios como las nuevas áreas de investigación del DIP sin detenerse primero en determinar aspectos básicos de la disciplina.
4. Necesidad de concentrarse exclusivamente en el DIP sin perjuicio de que otras áreas como las relaciones internacionales o las políticas públicas internacionales pueda ser de importancia.
5. Entregar mensajes artículos de opinión en la prensa que indiquen claramente lo que es el DIP y con mensajes certeros y sencillos.
6. Ausencia de consideraciones relativas al lenguaje que se debe utilizar en materia jurídica internacional con atención a los no juristas.
7. A riesgo de repetirnos, la renovación dogmática en materia jurídica internacional: consensualismo *versus* imposición normativa, el negocio jurídico internacional o el acto jurídico internacional, la extensividad de la aplicación de la norma jurídica internacional y el uso de la fuerza de manera ilegal o arbitraria por cualquier sujeto de DIP.

III. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS

1. *Falta de organización de una estructura dogmática para la enseñanza del DIP*

Al inicio de este trabajo hemos citado una serie de textos que instruyen al DIP en el mundo europeo continental; en el mundo anglosajón, así como en el hispano parlante. A fin de evitar críticas o ser motejados de chauvinistas, no hemos incluido textos de Chile, que los hay de muy buena calidad.

Una característica común de los textos citados es la ausencia de una formulación dogmática y pedagógica única. Todos se organizan, sin excepción, en torno a una estructura histórico-teórica, luego se analizan en ellos las fuentes de la asignatura para finalizar con aspectos más o menos específicos como las nuevas áreas de especialización en el DIP. No podemos soslayarnos a la crítica planteada por los mismos estudiantes de encontrarse con estructuras antiguas, repetidas por los profesores en apuntes una y otra vez, sin efectuar ningún cambio en la materia. Más aún, las críticas conllevan un dejo de pesimismo en cuanto a que no se genera una idea clara de lo que son los requisitos para el desarrollo del DIP, la validez de sus normas, los requisitos de su esencia, de su naturaleza y los accidentales a las normas jurídicas internacionales, así como la nulidad de las mismas en un criterio unificador que permita comprender la materia en su cabalidad.

Esta crítica no es pequeña y muestra la necesidad de replantear, al menos en la conversación cotidiana, aunque, con mayor razón en los programas de estudio, lo relativo a el o los criterios unificadores en materia de enseñanza del DIP.

2. *Falta de organización de una estructura dogmática para la elaboración de investigación del derecho internacional público*

Esta segunda crítica no deja de ser válida en el momento actual de la disciplina. La investigación jurídica en su aspecto central tiene la noción de norma jurídica (convencional, propia de la cos-

tumbre internacional, imperativa, basada en principios o equidad) como objeto de estudio. Dicha investigación debe llevarse a cabo de manera sistemática, elaborada y con antecedentes necesarios sobre el objeto de estudio, reiteramos, la norma jurídica.

Es cierto que la discusión acerca de si el DIP es derecho, no ha dejado de estar presente, al menos a principios de los años noventa se ubicaba en el centro de la temática de la disciplina. Otras áreas como la responsabilidad internacional tienen o acaparan la atención de los cultores de la misma.⁷ Sin perjuicio de ello, vuelve a discutirse la validez ya no del DIP, sino de las ideas de cooperación y las obligaciones de proscripción del uso de la fuerza en el DIP producto del ataque a Irak, con lo que nos encontramos en un paso más atrás de lo que debería ser la discusión y la interpretación de las normas jurídicas, así como su aplicación. Ello genera consecuencias para la investigación.

Nos enfrentamos a serias dificultades para la conceptualización de la disciplina cuando uno de los pilares del DIP contemporáneo, la prohibición del uso de la fuerza, no es respetado por uno de los sujetos más importantes de dicha rama del derecho: Estados Unidos de Norteamérica. De allí a poder establecer lineamientos básicos para la simple interpretación de normas jurídicas internacionales hay un gran paso, pese a la existencia de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

Aun más complejo y sutil es el problema del concepto de derecho, planteado por el jurista inglés Herbert Hart que pueda tener el guía de una investigación y particularmente el concepto de DIP. Puede ser que considere a esta rama del derecho como ligada a las relaciones internacionales, es el caso del concepto de Diez de Velasco referido más arriba, o como producto de una operación jurídica internacional de actos jurídicos concatenados, como lo indican otros autores, una suerte de proceso en donde las normas jurídicas podrían ser creadas por la discusión de sujetos y actores, pero sin la prevención de la necesidad de poderes para dar legiti-

⁷ Fitzmaurice, Malgosia, *On the liability related to International Environmental Law*, Kagawa, Japón, 2002.

midad y validez a las normas así elaboradas. Ello implica un desconocimiento del derecho, de lo que son las normas jurídicas, así como una intromisión inexcusable, como si lleváramos lo anterior al plano de la medicina o de la biología o química haría que cualquiera de los especialistas de las áreas nombradas nos despidiera sin más trámite por no entender dicha ciencia o arte.

3. Excesiva detención en aspectos accesorios como las nuevas áreas de investigación del DIP sin detenerse primero a determinar aspectos básicos de la disciplina

Siguiendo lo dicho en el segundo punto y expresado en el inicio de este trabajo, nos atenemos ahora a tratar en el plano investigativo aspectos de detalle que siempre deberían estar unidos a los fundamentos de la disciplina. Es de alguna manera necesario entender tales aspectos fundamentales a fin de desarrollar la globalidad de nuestra disciplina, sin perder de vista el objeto del mismo o sus fundamentos, como es el caso de conceptos extrajurídicos como paz,⁸ Estado de derecho (orden y libertad) o de Justicia.⁹ Es un punto que distintos investigadores en la materia en Europa y otras partes del mundo han discutido. Todos ellos han indicado que éste no es un tema menor dado que hay profesores cuya formación jurídica no alcanza sino la especialización, sin llegar a profundizar en los aspectos fundamentales de los conceptos y opiniones jurídicos en juego. Cuando alguien las plantea sencillamente las desechan sin ulterior conversación.

4. Necesidad de concentrarse exclusivamente en el DIP sin perjuicio de que otras áreas como las relaciones internacionales o las políticas públicas internacionales puedan ser de importancia

No dejan de llamar nuestra atención las disciplinas como las relaciones internacionales, sociología internacional, antropoló-

⁸ En la opinión de Kelsen.

⁹ Como en el caso de los tomistas.

gía internacional o políticas públicas internacionales. Todas ellas generan en nosotros interés porque permiten explicar aspectos del conocimiento humano que tienen notable influencia en las relaciones entre Estados. Pero eso no es derecho.

Siguiendo la impronta kelseniana e ius positivista desde una perspectiva metodológica, es decir, como modo de estudiar el derecho en cuanto conjunto de hechos, de fenómenos de carácter jurídico basados en normas jurídicas válidas, la norma tal cual es (debió ser, deberá ser o debería ser) o como teoría que afirma que el derecho coincide con la norma jurídica desde cualquiera de sus fuentes en el plano internacional; debemos mirar las normas jurídicas, interpretarlas y aplicarlas (implementarlas en el lenguaje de algunos especialistas).¹⁰ Ello ya resulta un trabajo complejo por la multiplicidad de las mismas, por la necesidad no sólo de aplicar las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, sino de la aplicación de normas fundamentales como las normas de las convenciones internacionales relativas a derechos económicos, sociales y culturales, así como políticos y civiles. Las normas jurídicas configuran un todo de estudio sistemático y determinación de interpretaciones entre normas que se han dictado en diferentes momentos, cuya aplicación a nivel internacional y en los Estados partes debería constituir nuestra primera prioridad. De ahí que no se comprenda el interés en incorporar nuevas categorías de análisis y fórmulas extrajurídicas, metodologías de trabajo u otras disciplinas que analizan el fenómeno internacional. Ello redundaría en una falta de claridad respecto de la propia disciplina, falta de entrenamiento en los aspectos básicos de la misma y falta de aquilatamiento de los aspectos más relevantes del DIP, y cómo éste influye sustancialmente en nuestro quehacer jurídico y, quizás, cotidiano.

¹⁰ Kelsen, Hans, “La Teoría del derecho y el derecho internacional. Un diálogo de Norberto Bobbio y Danilo Zolo”, trad. de María Ángeles Barrere Unzueta, 1997, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social de 1999: diálogos con Norberto Bobbio y G.H. von Wright*, Valparaíso, Chile, Sociedad chilena de Filosofía Jurídica y Social y Edeval, 1999, pp. 19 y 20.

5. Entregar mensajes, artículos de opinión en la prensa que indiquen claramente lo que es el DIP y con mensajes certeros y sencillos

Comunicar es un tema complejo hoy día. Comunicar un área obtusa del derecho con antecedentes, fundamentos y complejidades difíciles de aprehender resulta difícil, si no imposible para el estudiante, más aún para el lego. Por tanto, sin ahondar en demasia sobre el tema, es necesario efectuar comunicación, explicar, interpretar y analizar acabadamente los temas jurídicos internacionales en medios de comunicación, sean del tipo que sean. Ello auxilia a la comprensión y al desarrollo de estas materias.

6. Ausencia de consideraciones relativas al lenguaje que se debe utilizar en materia jurídica internacional con atención a los no juristas

El lenguaje jurídico no es muy diferente del lenguaje normal de cualquier persona instruida, por más que al jurista se le crea versado en lenguaje o estudios y técnica del mismo. Un mínimo de buen lenguaje y de entrenamiento en la expresión de las ideas es siempre necesario. Pero debe cuidarse de utilizar el lenguaje jurídico técnico cuando se está frente a no juristas y más aún, debe cuidarse de mirar de manera sistemática la interpretación de las normas jurídicas. No podemos dejar de valorar tal interpretación y de aplicar y explicar conceptos jurídicos en el ámbito que corresponde.

El acto de comunicarse con quienes no son juristas implica la necesidad de suavizar un lenguaje por centurias propio de una ciencia o arte. Ese mismo lenguaje se hace necesario observarlo y aplicarlo de manera sistemática aunque cuidadosamente y explicarlo una y otra vez a los no juristas. Muy especialmente las consecuencias de las decisiones judiciales nacionales con repercusión internacional. Acuerdos o tratados internacionales deben ser explicados de manera sencilla a legos y así hacerles entender materias que son obtusas y que ellos creen conocer por el sólo hecho de saber leer y escribir.

*7. La renovación dogmática en materia jurídica internacional:
consensualismo versus imposición normativa, el negocio
jurídico internacional o el acto jurídico internacional,
la extensividad de la aplicación de la norma jurídica
internacional y el uso de la fuerza de manera ilegal
o arbitaria por cualquier sujeto de DIP*

Los temas aquí apuntados son, sin duda, aspectos a discutir necesariamente desde la perspectiva de la continuidad de la disciplina. El profesor D'Amato indica que al verdadero jurista se le puede observar cuando se encuentra al lado de su cliente enfrentando los cargos, acusaciones o imputaciones de que éste es objeto y debe efectuar su defensa.¹¹ Discrepamos de tal opinión. El verdadero jurista siempre se podrá observar como tal desde el momento en que le corresponde tener que argüir a favor de la existencia y validez de su disciplina. La idea de la lucha por la primacía del derecho sobre las simples pasiones a través de un debido proceso es lo que en muchos casos, si no en todos, las diferencias del uso de la fuerza y la primacía de la razón. La fuerza de la razón debe primar y ella debe ser expuesta, respetada y aplicada. De otra forma nos encontramos con problemas quienes podemos tener falta de fuerza física para enfrentar al contrario. De allí que temas como el uso de la fuerza en el DIP se encuentran recién en la discusión jurídica internacional y deberían ser objeto de nuestra constante preocupación.

Lo relativo al tema de la interpretación de términos que son conceptos permanentes en el tiempo pero variables en su aplicación, nos referimos a la “equidad”, “buena fe” u otros estándares internacionales, son absolutamente imprescindibles a fin de contextualizar y determinar la aplicación de las normas jurídicas internacionales.

¹¹ D'Amato, Anthony, consultado en: <http://anthonydamato.law.northwestern.edu> el 28 de agosto de 2007.

IV. EL ACTO JURÍDICO INTERNACIONAL

¿Existe alguna solución a los problemas planteados y aquellos explicados en estas líneas? Éste es el tópico o problema central de la disciplina del derecho internacional y del DIP. La ordenación de la enseñanza del derecho internacional público en torno a ciertos conceptos unificadores implica reforzar la ordenación de la razón lógica del jurista y del estudiante en torno a pocos conceptos que en un curso básico puedan ser retenidos. Asimismo, la existencia de una concepción más o menos unívoca en torno al tema central del DIP admite el desarrollo de investigaciones de calidad no menor.

Este concepto tiene su origen en las concepciones jurídicas ilustradas del siglo XVIII donde se encuentra la raíz profunda de nuestro derecho. Es un concepto que los ius privatistas han hecho suyo, pero cuyo alcance es general como lo demuestra la utilización en el derecho administrativo, y en el derecho penal al hablar del delito como un acto (o en la versión clásico-finalista: conducta), no es menor. Por tanto, no deja de ser oportuno su estudio en el DIP.

El Acto Jurídico Internacional puede ser conceptualizado como la “manifestación de voluntad de un sujeto de derecho internacional y en rigor de derecho internacional público (si apuntamos a esta disciplina) con el objetivo o de crear, o modificar, o transmitir, o transferir, o extinguir derechos o obligaciones”.¹²

En otras palabras, es un exteriorización del querer de un sujeto de DIP que lo mueve a hacer o no algún acto. Su objeto principal es la posibilidad de hacer nacer, modificar o extinguir derechos y obligaciones entre los sujetos de dicho ordenamiento jurídico, con lo cuál explica, en nuestra opinión, una serie de razones que se dan para considerar al derecho internacional público como un ordenamiento jurídico con vida propia.

¹² Adaptado por Marcel Planiol y George Ripert, *Tratado elemental de derecho civil*, Cárdenas, Juárez, 1991. Veáse León H. Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, entre otros.

V. ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO INTERNACIONAL

El Acto Jurídico Internacional (en adelante AJI) debería tener una serie de elementos que pueden agruparse en aquéllos sin los cuales dicha manifestación de voluntad no nace a la vida jurídica o sin los cuales no produce efectos jurídicos, si bien posee existencia propia. Esta concepción de los elementos, propia de una idea de la existencia biológica divide a los elementos en dos: de existencia y de validez.

Los requisitos de existencia son aquellos que en su ausencia generan la imposibilidad del nacimiento del AJI, y en sus inicios podemos señalar la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades. En cambio, los vicios en los elementos de validez, cuya ausencia se pretenden inexorablemente en el acto jurídico, producen que los actos jurídicos se vean afectados y se produzcan actos jurídicos inválidos, porque la presencia de vicios les resta eficacia, estos elementos son la voluntad ausente de vicios, el objeto lícito, la causa lícita y las solemnidades que el AJI requiere cumplir para producir efectos jurídicos. Los vicios en estos elementos son, por ejemplo, el objeto ilícito o la causa ilícita, por citar sólo algunos.

Estos conceptos y su actual ordenación no se encuentran, al menos no los hemos hallado, en textos de enseñanza o sistematización del DIP alguno.¹³ Quizás un atisbo pudiéramos encontrarlo en el texto de Thomas Franck sobre la equidad que presentaremos más adelante.

La voluntad es el poder del querer de un sujeto que lo mueve a actuar o abstenerse y es un concepto general de gran utilidad en la disciplina. La ausencia de la misma voluntad sencillamente imposibilita el nacimiento del acto, ya que habría nada. El sujeto

¹³ No se encuentra en el ya citado texto de Manuel Diez de Velasco ni en los de Ian Brownlie, *Principles of International Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. IX-XXV, o en el de Peter Malanczuk, *Akehurst's Introduction on International Public Law*, 7a. ed., Londres, Routledge, 1997, por citar algunos.

de DIP no quedaría en caso alguno unido u obligado por una norma sin perjuicio, que dentro de esta concepción voluntarista pudiéramos considerar normas, cuya importancia y trascendencia es tal que son impuestas por el ordenamiento, así reconocidas en la misma Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y cuya discusión tuviera a los juristas Kelsen y Verdross, así como Del Vechio, enfrentados por varios lustros.¹⁴ Sin embargo, como hoy es aceptado el *ius cogens* así también la idea de concepto u obligaciones *erga omnes cives necessitates* es aceptada y se da como fundamento su necesidad para la existencia misma del ordenamiento internacional.¹⁵

El objeto, es decir, los derechos y obligaciones nacidos, transferidos, transmitidos o extinguídos en el DIP resultan de cardinal importancia, porque podría tratarse de AJI de mera declaración y aun así, como es de todos conocidos, no producir efectos jurídicos algunos o producirlos pero con ciertos requisitos posteriores. La ausencia de tales obligaciones y derechos genera inmediatamente el que no exista acto jurídico alguno de carácter internacional y público. Lo mismo ocurre con la falta de causa del acto o de solemnidades que son propias del acto mismo y que sirven para expresar la voluntad del acto.

La licitud en la voluntad, el objeto y la causa nos permite ir a un punto de importancia no menor: la eficacia o validez del AJI. La validez, entendida como la existencia de efectos jurídicos que se manifiestan conforme a DIP, tiene como corolario el que ya tan mencionado acto produzca efectos, genere derechos y obligaciones jurídicas para los sujetos de DIP. La ausencia de la licitud, y por tanto la ausencia de validez de los mismos, genera la denominada “responsabilidad internacional”, cuyo ejemplo más claro, jurisprudencialmente hablando, lo encontramos en el “caso Nicaragua” (por actividades ilícitas en este país en la década de 1980) y en el “Caso Chorzow” de la Corte Permanente de Justicia In-

¹⁴ *Ibidem*, pp. 57-60.

¹⁵ *Idem*.

ternacional¹⁶ y ha permitido la elaboración reciente, terminada en 2001, de una serie de normas que reúnen un trabajo de casi cien años sobre la “responsabilidad internacional” y sus efectos.

Obviamente, la ausencia de tal licitud resta al acto los efectos propios del mismo, violando la “buena fe” y haciendo que el principio, que lo “pactado obliga”, carezca de efectos, ya que tal obligación nace cuando lo pactado es lícito o cuando no es violada una norma de DIP por alguno de los sujetos al celebrar un AJI.¹⁷

Como todos sabemos, los contornos de la licitud en materia internacional nos llevan a los problemas de la declaración de falta de eficacia o anulabilidad y como indica Diez de Velasco, en este caso las responsabilidades nacidas de un tratado anulable o de un acto o hecho ilícito internacional y público se confunden, aunque sus efectos en principio son los mismos: la declaración de nulidad o la resolución y la debida reparación por daños, expresa a propósito del caso *Reparation for injuries* en una opinión consultiva por la Corte Internacional de Justicia en 1948.¹⁸

VI. UN EJEMPLO DEL CONCEPTO EQUIDAD EN LA DIVISIÓN DE RECURSOS GENÉTICOS

Esta parte del presente trabajo se encuentra relacionada con una investigación iniciada en 1994, a propósito de la Convención sobre la Diversidad Biológica y la Declaración de Río de Janeiro

¹⁶ Oriol Casanovas y La Rosa, *Casos y textos de derecho internacional público*, 3a. reimp., Madrid, 1988, p. 491 donde se indica que la reparación de un acto internacionalmente ilícito puede consistir en una indemnización.

¹⁷ “Si un Estado viola una norma de derecho internacional basado en la costumbre o ignora la obligación nacida de un contrato concluido por éste, comete una violación al derecho internacional y por tanto un acto ilícito internacional”, (traducción nuestra), Malanczuck, Peter, *op. cit.*, nota 13, p. 254.

¹⁸ Diez de Velasco, Manuel, *op. cit.*, nota 4, pp. 613-659. Oriol Casanovas y La Rosa, *op. cit.*, nota 16, pp. 575 y 576, Informe de la Corte Internacional de Justicia, *Reparation des Dommages subis au services des Nations Unies*, Opinión Consultiva 1949, pp. 178-180.

sobre Medio Ambiente y Desarrollo, ambas celebradas en el año de 1992. La noción de los principios ambientales declarados en Río de Janeiro, a través de la mencionada Declaración, llamaron nuestra atención respecto al concepto de “una común pero diferenciada responsabilidad u obligación sobre el medio ambiente”, entiéndase equidad.

La equidad como punto central de la discusión en medio ambiente y su aplicación al tema de la división de beneficios derivados de la comercialización de recursos genéticos, es una parte del extenso debate sobre la equidad en materia de cambio climático. Nuestra responsabilidad en dicho cambio es común, o sea, de todos pero diferenciada.¹⁹

Si miramos aún con mayor perspectiva, aparece de inmediato el problema de la equidad en las decisiones judiciales de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de una serie de tribunales arbitrales internacionales, ya que la equidad es un tópico que viene desde el tiempo de Aristóteles y ha llegado hasta nuestros días en tratados o decisiones judiciales. Es un sinónimo de justicia aunque como sugiere Aristóteles, más bien sería la aplicación de la justicia al caso concreto.²⁰

La decisión de un asunto puede basarse en principios de equidad cuando se busca colmar una laguna del derecho o interpretar las normas. Al menos en Malanczuk no cabría la posibilidad de poder dar solución a un asunto judicial sólo por medio de la equidad.²¹ Agrega Malanczuk que sería extraño aplicar la

¹⁹ Kiss, Alexander, *Common but differentiated responsibilities presentation to the Colloquium on Common but differentiated responsibilities*, que tuvo lugar en Kagawa, Japón, diciembre de 2002.

²⁰ Malanczuk, Peter, *op. cit.*, nota 13, p. 55. Sergio Peña-Neira, *Article 15 of the Convention on Biological Diversity (from international rights and obligations to national implementation)*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ghent en Bélgica el 8 de diciembre de 2004.

²¹ Al menos el juez Hudson en el caso Río Meusa así lo habría indicado. Peter Malanczuk, *op. cit.*, nota 13, p. 55.

equidad como fuente del DIP hoy día. Sin embargo existe como ejemplo el artículo 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica que menciona, respecto a la equidad, que es de aplicación obligatoria.

La equidad y su aplicación ha sido discutida en dos diferentes ámbitos, de acuerdo a Malanczuk, como fuente para dividir espacios marítimos y como forma de argumento para el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, pero no ha sido posible entender la equidad bajo un sólo rótulo, porque lo que es equitativo en un contexto nacional, no podría ser tal en uno internacional.²²

¿Es la equidad fuente del DIP? No, sólo puede aplicarse la misma en razón de ser parte del concepto o al menos haberse considerado parte de la tercera fuente del DIP: los “principios generales del derecho”.²³ Éste no es el único caso, ya que tanto la “equidad” como la noción de responsabilidad internacional antes aludida nacen al alero del concepto de “principios generales del derecho”.²⁴ Akehurst indica que en materia de equidad existen tres posibilidades: *infra legem* (adaptar el derecho o la ley a los hechos en su interpretación), *praeter legem* (para el caso en que hay lagunas jurídicas y se requiere llenarlas) *contra legem* (como fundamento del rechazo de la aplicación del derecho o de la ley). A su vez indica que es posible incluir dentro de las distinciones particularmente en el concepto de equidad *infra legem*:

casos que difieren de manera absolutamente tenue de la aplicación de las palabras de la ley a casos en que el espíritu de la ley se ha establecido que debe prevalecer sobre la letra de la misma a casos en que las excepciones provenientes de la equidad son incluidas en una norma jurídica. Por tanto, un juez podría no aplicar

²² *Ibidem*, pp. 55 y 56.

²³ *Idem*; Diez de Velasco se sitúa en otro esquema interpretativo. Indica que en materia de principios existen una serie de los mismos que se incluyen en un listado.

²⁴ Oriols Casanova y La Rosa, *op. cit.*, nota 16, p. 491.

la letra de la ley por considerarlo que es contrario a su espíritu o que el legislador dio a entender que deberían haber excepciones a la letra de la ley...²⁵

¿Qué sucede cuando en un tratado internacional se ordena a las partes del mismo, aplicar la equidad en la división de ciertos beneficios provenientes de recursos naturales, es el caso de los Estados miembros? Aclaremos varios aspectos:

1. Existe una norma jurídica internacional, un artículo (o varios) en un tratado.
2. Dicha norma o normas ordenan imperativamente, como parte de una obligación internacional, la aplicación de la “equidad”.
3. Dicha aplicación es en relación a recursos naturales.
4. Tales recursos naturales producen ganancias por su comercialización.
5. Las ganancias deben ser repartidas entre quienes han participado en su comercialización.
6. Este reparto debe ser equitativo o al menos aparecer como tal.

Esto es lo que establece la norma jurídica, es decir, sustancialmente la división de las ganancias provenientes de recursos genéticos (he incluido la noción de comercialización como supuesto de la misma ganancia, aunque ello no se haya incluido en la norma) debe estar calificada como equitativa.

Sin efectuar un análisis de lo que debería ser “equitativo”, o al menos aparecer como tal podemos mirar un ejemplo de un breve análisis que se inicia en los terrenos propios de las fuentes del DIP y que podría llegar más allá, a áreas donde el AJI puede tener preponderancia. Con ello se puede probar que es posible efectuar un análisis más acabado de las normas jurídicas internacionales sin que necesariamente aspectos extrajurídicos tengan parte den-

²⁵ Akehurst, Michael, “Equity and General Principles of Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, 1976, p. 801; en Dixon, Martin and MacCorquodale, Robert, *Cases and Materials on International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 43.

tro de estos conceptos. Más aún, luego de hacer el análisis jurídico podemos efectuar otros análisis y dejar de lado expresiones como que el derecho nace de la sociedad u otras análogas que, o muestran un cierto grado de desprecio por el derecho o su desconocimiento, o sencillamente falta de rigurosidad intelectual. Indudablemente que muchas normas pueden nacer de la sociedad, normas jurídicas de muy variada naturaleza, normas morales o éticas, normas de etiqueta y sin embargo, algunas no poseen las cualidades de las normas jurídicas, al menos no dentro de los sistemas estatales o supraestatales.

VII. LA EXISTENCIA DE UN “ESTADO DE DERECHO” A NIVEL INTERNACIONAL

Contrariamente a lo que algunos colegas y amigos manifestaron durante el simposio que nos reuniera en la Ciudad de México (por la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, así como el Instituto de Investigaciones Jurídicas), en el mundo hoy existe, un “Estado de derecho” donde el orden y la libertad coexisten.

Hoy en día este orden se ve regulado por una serie de tratados internacionales y declaraciones, la más importante de todas es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la cual distinguimos juristas de América del Norte, América del Sur y América Central que fueron los propugnadores o redactores de las mismas. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —ambos celebrados en 1966—, son muestra de dicho orden y es posible mencionar la gran cantidad de tratados internacionales bilaterales y multilaterales que expresan al mismo. Las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, las opiniones disidentes de sus jueces tales como los señores Álvarez o Guerrero, las sentencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de varios otros tribunales internacionales, sean arbitrales o establecidos de manera permanente, dan cuenta del

ímpetu e interés de países del mundo de obedecer las regulaciones jurídicas internacionales y solucionar sus conflictos por vías pacíficas.

Podríamos estar de acuerdo que ello es una manifestación incipiente del “Estado de derecho” en el ámbito de lo internacional. Sin embargo, en conversaciones sostenidas con colegas en Europa y Asia resalta el interés que existe de representantes internacionales de cumplir con la normativa internacional (no pocas veces difícil de aplicar), es decir, de dar plena aplicación al derecho más que a la fuerza. Ciertamente la fuerza no es excluida de las relaciones internacionales pero pareciera ser que la razón no sólo tiene cabida sino ha adquirido preponderancia.

VIII. LA DISCUSIÓN EN LA MATERIA

La negación de la existencia de un Estado de derecho a nivel internacional se basa en la premisa de la inexistencia de un poder central que implique un orden como el concebido a nivel nacional. Es extraña esta opinión si miramos que la doctrina llama sociedad o comunidad internacional al conjunto de sujetos que se encarga de participar del proceso de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones internacionales.

El nombre “comunidad internacional”, como lo hemos expuesto antes no hace referencia a un Estado centralizado y menos a la centralidad en cuanto a las fuentes materiales de producción de la normativa del DIP. Por el contrario, cualquiera que se acerque al derecho entendido como ciencia jurídica sabe que la expresión “Comunidad Internacional” hace referencia a una serie de sujetos unidos por un hecho y no por el derecho. La Ciencia Jurídica reconoce que en ciertos casos los sujetos de derecho, aún contra su voluntad, se encuentran en la situación de tener que dar, hacer o no hacer una cosa sin que ello implique que la fuente de la obligación sea la voluntad de las partes sino la circunstancia de hecho recogida por el derecho.

En este sentido se debe considerar que la existencia de fuentes del DIP de carácter formal representan más bien una expresión del derecho de coordinación y no de subordinación como lo propusieron W. Friedmann o A. Álvarez en su tiempo.

Resulta necesario agregar que en el DIP existen normas subordinadas a otras, así los tratados internacionales poseen fuerza obligatoria por sobre otras normas con la sola excepción de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas y las normas sobre *ius cogens*. Ciertamente las normas que son discutidas o de *lege data* o *soft law* son importantes como presencia de la política internacional. Sin embargo, no son normas jurídicas.

El Estado de Derecho internacional es una realidad a través, de lo que en nuestra opinión, es una Constitución Política que carece de un texto único sino reunido en al menos los siguientes textos jurídicos fuentes de derechos y obligaciones internacionales que son: La Carta de la Organización de Naciones Unidas (1945), El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (ambos de 1966) y cuyo antecedente directo es la Declaración Universal de Los Derechos Humanos. Obviamente todas estas normas son las fuentes formales del DIP donde estos textos constituyen una Constitución Política que refleja la opinión que Montequieu expresara respecto de Inglaterra en el siglo XVIII.

Esta Constitución Política, sin embargo, constituye lo que es la Constitución Jurídica donde se expresan derechos de los Estados entre sí y para con sus gobernados. Este es un sentido básico un “Estado de Derecho internacional” donde un elemento fundamental, el respeto a garantías civiles y políticas se encuentran establecidas y las económicas, sociales y culturales deben alcanzarse.

Por cierto, que resulta obvio que no es posible encontrar una relación directa entre estas normas y las existentes a nivel nacional en cuanto al grado de subordinación. Podría llevarnos inclusive a la situación reconocida en el ámbito internacional de la

ausencia de normativa internacional o de la ausencia de DIP por parte de diversos autores.²⁶ Mas, las normas jurídicas cumplen, del mismo modo que otras normas de conducta, la función de motivar la conducta sólo que en principio parece o ha parecido a los autores que tal motivación es indirecta, es decir, similar a la existente en la realidad moral o social y no directa como es en la realidad política. Es por lo anterior que han negado la existencia misma del DIP.

Es errado, sin embargo, diagnosticar al derecho por la motivación en el cumplimiento de sus normas (sea directa o indirecta) para afirmar la existencia de tal o cual asignatura o disciplina por la posibilidad de motivar el cumplimiento porque lo anterior incluiría al derecho civil, que en su mayoría no requiere casi una aplicación supletiva en la sanción por incumplimiento contractual porque naturalmente se cumplen las obligaciones o en el derecho penal donde las personas no actúan, en su mayoría conforme a tal o cual forma de motivación sino evitando cometer las figuras jurídicas contempladas en las leyes que al respecto se establecen. Así podríamos decir que el Derecho penal es para motivar al cumplimiento de las normas jurídicas penales nacionales e internacionales a la mayoría de las personas en el mundo lo que es un error porque la mayoría no delinque y actúa conforme a las normas de derecho penal sin saber las mismas normas pero cumpliendo el precepto de no hacer daño a otro. En el derecho civil ocurre algo similar, es decir, la mayoría de las personas cumple con sus obligaciones sin necesidad que la normativa jurídica sea aplicable a su actuar y así también podemos encontrarnos en otras disciplinas jurídicas donde es absolutamente aplicable esta observación. Por tanto, resulta que la motivación indirecta resulta tan fuerte como la directa.

Pero recojamos el caso de la motivación directa. Parece ser un argumento importante que podría ser expresado de la siguiente manera: si la característica de la norma jurídica es que genere

²⁶ Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *Fuentes y divisiones del derecho positivo*, Valparaíso, Edeval, 1968.

motivación directa al cumplimiento aquellas normas jurídicas internacionales, las que no tengan esta característica no serían normas jurídicas. El punto es que existen una serie de normas jurídicas internacionales que poseen estas características.

Los tratados internacionales obligan a los sujetos de DIP y a ellos se les aplica el principio de *pacta sunt servanda* que tiene o es el origen de las obligaciones internacionales que devienen en la situación e colocar a estos sujetos a tener que obedecer las normas jurídicas debiendo cumplir con las prestaciones allí incluidas.

Esencialmente se trata de normas de carácter imperativo y deben ser observadas debido a su esencia, como ocurre en la normativa nacional y no respecto de declaraciones que indiquen que determinadas normas son o no obligatorias. Lo anterior nos lleva a observar la normativa jurídica internacional y sin perjuicio que existan obligaciones de medio y de resultado, como aparecen del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin perjuicio de la existencia de dichas obligaciones cuyo origen se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos las mismas son obligaciones internacionales. Su sentido y alcance, su interpretación lleva a esta conclusión.

Sin embargo, esta no es la única conclusión que se puede alcanzar. Si las mismas son obligaciones por las palabras y sentido así como por la configuración verbal y el carácter imperativo de las normas mismas, entonces estamos frente a normas que motivan el cumplimiento de las mismas de manera directa. Desvirtuamos así el argumento indicado al inicio de este párrafo como hipótesis que sustenta la ausencia de normas de motivación de la conducta directa.

Lo anterior, sin embargo, no es suficiente. Veamos un ejemplo. Si leemos el artículo 15 en su parágrafo séptimo de la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992 es posible observar a lo menos dos verbos en modo imperativo indicando de manera clara y precisa que la esencia de la obligación se encuentra presente.²⁷

²⁷ “7. Cada Parte Contratante *tomará* medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, de conformidad con los artículos 16 y 19 y, cuando

Obviamente que habrán críticas como la específica mención de una obligación indicada en algún tratado u otras. Sin embargo, ¿si los tratados internacionales son fuentes de derechos y obligaciones, acaso sus artículos ahí incluidos no los son igualmente? Esta ha sido la doctrina establecida por la Corte Internacional de Justicia²⁸ de manera permanente y del mismo modo por la Corte Permanente de Derecho Internacional, su antecesora. ¿Es esto nuevo? No, pero repetirlo una y otra vez nos sirve para que se entienda por legos y letrados este principio básico que muchas veces en reuniones de las conferencias de las partes se olvida y se considera a las mismas como poderes legislativos sin saber o desconociendo que sus resoluciones no son obligatorias salvo que el tratado lo indique.

Una cuestión no menor es determinar cuándo estamos frente a un tratado y ello no sólo cuando así lo indican las partes, sino cuando del mismo es posible deducir obligaciones y derechos internacionales como ocurre con una serie de convenciones citadas por la Corte Internacional de Justicia, referidas ya en estas páginas.

sea necesario, por conducto del mecanismo financiero previsto en los artículos 20 y 21, para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta esos recursos. Esa participación *se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas*" (cursivas nuestras) República de Chile, Promulga el Convenio sobre Diversidad Biológica, 6 de mayo de 1995, p.10.

²⁸ Naciones Unidas, *Caso relativo a las plataformas petrolíferas (La República Islámica de Irán contra los Estados Unidos de América) (Excepciones preliminares)* en Naciones Unidas, *Resúmenes de los fallos y opiniones consultativas y providencias de la Corte Internacional de Justicia (1992-1996)*, United Nations Publication, ST/LEG/SER.F/1/add. 1, Nueva York, 1998, pp. 129-135. Naciones Unidas, Caso Lagrand (Alemania contra Estados Unidos de América) (Cuestiones de fondo), Fallo de 27 de junio de 2001 en Naciones Unidas, *Resúmenes de los fallos y opiniones consultativas y providencias de la Corte Internacional de Justicia (1992-1996)*, United Nations Publication, ST/LEG/SER.F/1/add. 2, Nueva York, 2005, p. 200, donde se consigna expresamente la relación entre los derechos y obligaciones provenientes de una convención de manera directa.

IX. CONCLUSIONES

Es posible alcanzar, por tanto, algunas conclusiones que confirman la hipótesis planteada, se hace necesario re-estudiar los conceptos básicos del DIP en una Teoría General del DIP. Es necesario discutir y rediscutir el tema de los contenidos del mismo como disciplina de estudio ya que se constituye en prerrequisito para que nuestra disciplina y cualquiera disciplina tenga cierto status de existencia e indudablemente de validez en el desarrollo del estudio del derecho.

La incorporación de manera sistemática al AJI a nuestro quehacer diario y a la enseñanza de nuestros alumnos es una novedad que pocas veces se plantea y siendo honesto, no la hemos visto sino planteada por excepción. Es posible además incluirlo en textos de estudio en materia internacional con lo cual se podría mejorar el análisis pedagógico en la disciplina y en la investigación.

Asimismo, es necesario aplicar conceptos generales del DIP a la investigación y las investigaciones que puedan realizarse en el futuro y así poder lograr mantener y acrecentar el conocimiento de conceptos fundamentales por los estudiantes que decidan efectuar investigaciones en esta área del conocimiento humano, es una cuestión no menor frente a una larga cantidad de textos que tratan aspectos relativos a parcelas del DIP mirando más a las normas que a los aspectos propios de la teoría que fundamenta a esta disciplina basada en garantías, cargas, obligaciones y derechos entre Estados y respecto de personas.

Pensar de otra manera llevaría a la consecuencia lógica de la no aplicación de normas tan fundamentales como las relativas a la Carta de la Organización de Naciones Unidas por no contener ni derechos ni obligaciones y así el Consejo de Seguridad no podría operar, como lo ha hecho precisamente respecto de la condena a Corea del Norte recientemente.

Finalmente, existe en nuestra opinión un “Estado de Derecho” a nivel internacional caracterizado por normas de Derecho inter-

nacional universales que permiten la solución de controversias y la aplicación de normativa jurídica internacional a nivel nacional, a veces contraria a los intereses nacionales pero de aplicación imperativa por haberse aceptado la misma. Con la existencia de órganos jurisdiccionales internacionales se complementa otro paso en pos de la existencia de dicho “Estado de derecho”. Así como normas sobre la garantía a las personas y sus derechos.

El DIP de este nuevo milenio no puede dejar atrás a todo lo que se ha avanzado estableciendo normas jurídicas que se complementan entre si y regulan buena parte de los hechos jurídicos internacionales debiendo ocurrir de manera sistemática y recurrente a dichas normas pero sin olvidar las fuentes formales y los textos que constituyen las normas de mayor rango que regulan la producción normativa así como las garantías, derechos, obligaciones así como las relaciones básicas entre los Estados basadas en el orden y la paz aunque sin dejar de mirar a la libertad y la felicidad.

X. BIBLIOGRAFÍA

- “Diálogos con Norberto Bobbio y G. H. von Wright”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social de 1999*, Valparaíso, Chile, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social y Edeval, 1999.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Derecho internacional público*, México, UNAM, 1991.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of International Public Law*, Oxford, Oxford University Press, Oxford University Press, 2003.
- CASANOVAS, Oriol y La Rosa, *Casos y textos de derecho internacional público*, 3a. reimp., Madrid, Tecnos, 1988.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 9a. ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- DIXON, Martin y MACCORQUODALE, *Cases and Materials on International Law*, Londres, Blackstone Press Limited, 1999.
- FITMAURICE, Malgosia, *On the liability related to International Environmental Law*, Kagawa, Japan, 2002.

- FRANCK, Thomas, *Fairness in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- LEÓN H., Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Chile, Editorial Jurídica, 1994.
- MALANCZUCK, Peter, *Akehurst's Introduction on International Public Law*, 7a. ed., Londres, Routledge, 1997.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado elemental de derecho civil*, Juárez, Cárdenas, 1991.
- RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel, *Fuentes y divisiones del derecho positivo*, Valparaíso, Edeval, 1968.
- SHAW, Malcolm, *International Law*, 5a. ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.