

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO:
REALIDADES Y PERSPECTIVAS

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

**INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

CUADERNO DE DERECHO INTERNACIONAL

Número VIII

**LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO:
REALIDADES Y PERSPECTIVAS**

ISSN: 2314-1905

**CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
2013**

*El presente volumen es una publicación del
Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Volumen VIII*

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2011, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

AUTORIDADES
(Período 2013 - 2016)

JUAN CARLOS PALMERO
Presidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Vicepresidente

JORGE DE LA RÚA
Secretario

ARMANDO S. ANDRUET (h.)
Tesorero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Director de Publicaciones

EFRAÍN H. RICHARD
Revisor de cuentas

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel./Fax (0351) 4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar

Presidente Honorario

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

**INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

Autoridades

ERNESTO J. REY CARO

Director

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ DE TABORDA

Coordinadora

COMITÉ EDITORIAL

Luis Moisset de Espanés

Ernesto J. Rey Caro

Zlata Drnas de Clément

María Cristina Rodríguez de Taborda

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Doctor RAFAEL CASADO RAIGÓN (España)

Doctor HUGO LLANOS MANSILLA (Chile)

Doctor MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ (España)

Doctor ANTONIO REMIRO BROTONS (España)

Doctora FRIDA M. ARMAS PFIRTER (Argentina)

PALABRAS PRELIMINARES

Las obras dedicadas al Derecho Internacional -desde Grocio en su célebre *De jure belli ac pacis*, de 1625-, han abordado bajo diferentes ópticas la cuestión de los principios del Derecho, los principios generales del Derecho, los principios del Derecho Internacional o los Principios Generales del Derecho de Gentes. El alcance del término “principio” y sus aditivos, utilizado por los tratadistas de la disciplina del siglo XVII y posteriores, ha sido muy variado y multifacético. La bibliografía, tanto general como especializada, se ha multiplicado, particularmente desde la centuria pasada, en que numerosos instrumentos internacionales -entre los que sobresale la Carta de las Naciones Unidas-, han utilizado, entre otras, las expresiones “principios internacionales”, “principios de Derecho Internacional”, o simplemente “principios” vinculados con los objetivos específicos de cada instrumento. Contemporáneamente, surgieron discrepancias y polémicas en torno del alcance de tales expresiones, cuya consideración y análisis abrieron nuevos campos al estudioso.

La atracción que ofrece la problemática constituyó un incentivo para la elección del tema sobre el que se centrarían las exposiciones y debates en las sesiones del Instituto durante el año académico 2013.

Dentro de este marco y como es habitual, cada uno de los miembros, de conformidad con su interés y preferencia, eligió para su disertación y posterior debate un aspecto específico de esta seductora cuestión.

Constituyen una muestra de este trabajo colectivo los aportes de los profesores Zlata Drnas de Clément, Arturo Pagliari, Graciela R. Salas, María Cristina Rodríguez, Susana Sartori, Christian G. Sommer, Gloria Rosenberg, Oscar Benítez, Eduardo Pintore, Magdalena García Elorrio y Luciano Pezzano. Se trata, sin duda, de ponderables esfuerzos intelectuales que intentan desentrañar aspectos específicos de la materia seleccionada. Sean estas palabras testimonio de un merecido agradecimiento.

Como ha sido una práctica ya consagrada en relación con las actividades del Instituto, se organizó y se llevó a cabo, en el mes de noviembre, una Jornada en el espacio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, destinada especialmente a alumnos e integrantes de las cátedras de la disciplina. Se proyectó, de esta forma, al ámbito universitario, la tarea cumplida en el seno del Instituto.

Confiamos en que esta nueva entrega del “Cuaderno” pueda ser de utilidad para quienes la vocación los llevó a transitar por los mismos caminos, y contribuya también al cumplimiento de los objetivos de la Institución rectora, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Ernesto J. Rey Caro
Director del Instituto

**PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO
INTERNACIONAL
UN TEMA MULTIFACÉTICO ¹**

**GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW
A MULTIFACETED TOPIC**

*Ernesto J. Rey Caro**

Resumen: El presente trabajo intenta aproximar el concepto de principio general del derecho internacional en las distintas vertientes doctrinarias y en diferentes instrumentos internacionales, tanto antes como después de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas.

Palabras-clave: Principio general - Derecho internacional público - Doctrina - Instrumentos internacionales.

Abstract: This paper attempts to approximate the concept of a general principle of international law in the various doctrinal aspects and in different international instruments, both before and after the adoption of the Charter of the United Nations.

Keywords: General principle - Public international law - Doctrine - International instruments.

El tópico seleccionado para su tratamiento en el seno del Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración de la Aca-

¹ Trabajo recibido para su publicación el 10 de marzo de 2014 y aprobado el 24 de abril de 2014.

* Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Director del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

demia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales en las sesiones del presente año, no deja de ofrecer algunas dificultades a la hora de precisar su alcance y contenido, y surgen muchos interrogantes que comienzan a manifestarse en el momento mismo en que se intenta definir el término “principio”, proyectado en el derecho internacional.

En la doctrina, las discrepancias surgieron con cierta intensidad en relación con la expresión “principios generales del derecho”, en el contexto de las fuentes del Derecho Internacional. Más que conocido es el hecho de que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, creada en el seno de la Sociedad de las Naciones estableció, en lo que atañe a la función conferida de decidir de conformidad con el derecho internacional las controversias que le fueran sometidas, que debía aplicar “*c. principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*”. La última parte de esta frase “*reconocidos por las naciones civilizadas*”, ha sido objeto de abundantes comentarios y críticas. Estas últimas se acrecentaron al haber sido reproducida en el Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia, en un momento en que la realidad internacional era diferente y que la sociedad internacional había comenzado a cambiar sustancialmente. Hay tratadistas que estiman que la expresión “naciones civilizadas” se refiere al orden interno de los Estados y no a la conducta para con los otros miembros de la comunidad internacional². Su interpretación y aplicación ha sido abordada por numerosos publicistas.

Sin pretender examinar *in extenso* este tópico, cabe destacar que se han efectuado diferentes conceptualizaciones. Una, avalada particularmente por juristas del mundo occidental, importaría la aplicación en derecho internacional de los principios generales del derecho tal como ellos han sido reconocidos *in foro* doméstico por los distintos sistemas jurídi-

² Julio A. BARBERIS, *Las fuentes del derecho internacional*, La Plata (R.A.), 1973, pág. 22. “*Aquello que ha de calificarse como propio de una nación civilizada -sostiene- es el derecho interno de los diferentes Estados. El hecho que un Estado sea considerado como nación civilizada en el ámbito internacional no implica que su derecho interno o alguna de sus instituciones sean propias de una nación civilizada. Y la recíproca también es verdadera: el hecho que un Estado no sea considerado como nación civilizada en el ámbito internacional no implica que su derecho interno no sea propio de una nación civilizada*”.

cos estatales. Esta tesis, fue expuesta por el juez McNair en su opinión individual en el dictamen de la CIJ de 1950, sobre el estatuto del Sudoeste africano. “(...) (L)a concepción acertada de la misión de los tribunales internacionales en esta materia -decía- consiste en considerar, como indicación de la línea de conducta a seguir y de los principios a aplicar, las características y la terminología reminiscentes de las normas e instituciones de derecho privado, y no como importación directa de estas normas e instituciones”. Una segunda interpretación, permitiría sostener que los principios generales del derecho serían aquellos que se deducen del ordenamiento específico de la sociedad internacional, fundada en una separación sustancial entre derecho internacional y derecho interno. Encontró sustento en la otrora escuela soviética del derecho internacional y en algunas concepciones dominantes en el llamado Tercer Mundo. Otra postura, bastante difundida, es aquella que afirma que se trata de principios intrínsecos a la idea misma de derecho y que pueden localizarse en cualquier ordenamiento jurídico “formando parte de los axiomas que caracterizan el razonamiento jurídico, sin distinción sobre si están deducidos del derecho internacional o de los Derechos internos”, mencionándose *-inter alia-* los principios *nemo plus juris transfere potest quam ipse habet, lex specialis derogat generalis, lex posterior derogat priori* ³.

Barberis señala que los principios generales del derecho deben distinguirse de otras nociones. Así en primer lugar, deben diferenciarse de los principios generales del derecho internacional. “Estos últimos -dice-, son las normas fundamentales del derecho de gentes, tiene un origen consuetudinario y, por lo tanto, se hallan previstos por el artículo 38, inciso 1 (b) del Estatuto, Tales son, por ejemplo, el principio de la libertad de los mares, el de la independencia de los Estados, etcétera” ⁴.

En la realidad, se ha puesto en duda que algún tribunal internacional haya decidido litigio alguno sobre la base de la aplicación sólo de princi-

³ Alejandro J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Lecciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1992, pág. 172 y ss. Este jurista aborda la cuestión en un capítulo dedicado a los “Principios generales del Derecho Internacional”.

⁴ Alejandro J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, op. cit., pág. 4.

pios generales del derecho, sin perjuicio de que se hayan invocado como método de raciocinio jurídico o como argumentos a mayor abundamiento o como *obiter dicta* en las decisiones adoptadas. Por otra parte, su influencia ha sido significativa en los procesos de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional⁵.

Obligadamente, surge el interrogante en torno a ¿qué son los principios generales del derecho? Según el *Diccionario de la terminología del derecho internacional*, son “*proposiciones primarias deducidas del conjunto del sistema jurídico por vía de síntesis, consideradas como exactas y susceptibles por consecuencia de justificar deducciones en el orden jurídico*”⁶.

Como señaláramos, esta cuestión ha sido encarada prioritariamente por la doctrina en el contexto de las fuentes del derecho internacional.

Sin dejar de reconocer los puntos de contacto que pudieran existir con los llamados principios generales del derecho, la expresión “principio” ha tenido múltiples proyecciones en nuestra disciplina. El examen del derecho internacional, destaca Espada Ramos, “*obliga a distinguir varias clases de principios: por un lado hay que distinguir entre principios generales del derecho y principios generales, pero específicos del derecho internacional; y por el otro, hay que distinguir entre principios constitucionales del ordenamiento jurídico internacional y principios de estructuración jurídico-política de las relaciones internacionales actuales*”⁷.

Cabe destacar que en obras de tratadistas de siglos anteriores, la expresión en consideración ha sido utilizada para abordar las instituciones del derecho de gentes. Así, Vattel, tituló su obra, aparecida en 1758, *Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains*⁸. En un capítulo preliminar

⁵ Op. cit., pág. 175.

⁶ Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, 1971, pág. 371, t. I, nota 1.

⁷ ESPADA RAMOS, “Sistematización y problemática de los principios internacionales”, en *Anuario de derecho internacional*, Universidad de Navarra, España, vol. V (1979-1980-1981), págs. 101-136.

⁸ Trad. al francés de Roger-Collard, Paris, 1835 (3 volúmenes). También trad. al español de Pascual Hernández, Madrid, 1834 (2 volúmenes).

expone sobre la “idea y principios generales del derecho de gentes”; en el Capítulo II, estudia los “Principios generales de los deberes de una nación hacia sí misma” y otras referencias a los “principios” se encuentran en diferentes capítulos de este valioso aporte doctrinario del jurista suizo. Más recientemente, Redslob, llamó a una de sus investigaciones *Histoire des grandes principes du droit des gens depuis l'antiquité jusqu'à la veille de la grande guerre*⁹. En ella trata la evolución de las instituciones del derecho internacional. Por su parte, Kelsen tituló su obra sobre la disciplina, *Principios de derecho internacional público*¹⁰. Entre los internacionalistas americanos, Bello también tituló su obra, escrita en 1832, *Principios de derecho internacional*¹¹, resultando muy ilustrativas las palabras iniciales del Prólogo¹². En el capítulo sobre la guerra, expone los principios generales aplicables a los conflictos armados y los principios específicos aplicables a “todo género de hostilidades”. Muchas obras más han tomado este término con igual alcance.

La alusión a los “principios” se encuentra igualmente en las definiciones que del derecho internacional dieron algunos publicistas¹³.

⁹ Paris, 1923.

¹⁰ Traducción al español de Caminos y Hermida (Ed. El Ateneo), Bs. As., 1965.

¹¹ *Principios de derecho internacional*, 3ª edición, Paris, 1873. Es muy valioso el estudio preliminar de Rafael Caldera en la reproducción de esta obra, Buenos Aires, Atalaya, 1946, págs. 9-127.

¹² “*Mi principal objetivo en la publicación de estos Principios -afirma el jurista venezolano-, ha sido facilitar el estudio de una parte importante del Derecho de Gentes, de que las obras más estimadas que sobre esta materia se han dado a luz en nuestra lengua, no suministran suficiente noticia, ya sea por haberse introducido en la jurisprudencia internacional novedades que los autores de aquellas obras no alcanzaron, ya porque considerándola bajo un punto de vista puramente especulativo y abstracto, no tanto fue su ánimo exponer las leyes positivas que reconoce la república de las naciones, cuanto investigar los principios generales de que deben deducirse estas leyes para que afiancen la seguridad y bienestar común*”.

¹³ “*Le Droit International est l'ensemble des faits et des principes reconnus que réunissent les divers états en association juridique et humanitaire, et qui assurent en outre aux citoyens des divers états une protection commune pour les droits généraux résultante de leur qualité d'homme*”. Conf. BLUNTSCHLI, *Droit International Codifié*, Paris, 1886, pág. 55.

Se puede constatar que especialmente desde mediados del siglo pasado, se acentuó la utilización de la expresión “Principios generales del derecho internacional” y que coetáneamente se utilizaron otras, como “Principios estructurales del derecho internacional”; “Principios constitucionales del derecho internacional”; “Principios básicos del derecho internacional”, o “Principios internacionales”, sin otro aditamento, sin que pueda constatarse que exista una coincidencia más o menos generalizada en cuanto a la temática examinada bajo dichos epígrafes. Igualmente, en no pocos instrumentos emanados de las Naciones Unidas o de sus órganos, y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, se recurre a tales expresiones, otorgándoles diferentes alcances o involucrando distintas materias. Se abrió paso de esta manera, a una marcada ambigüedad en su utilización.

Al respecto, se ha sostenido que en la actualidad los “principios internacionales”, comprenden diferentes categorías y grados de postulados jurídicos no asimilables entre sí, ni identificables con las categorías clásicas de los principios generales del derecho. Según Espada Ramos, bajo la denominación de principios del derecho internacional se encuentran mezclados diferentes tipos de reglas jurídicas. *“Así -sostiene la jurista española-, ciertos principios de carácter general y abstracto que reclaman un desarrollo y concreción en reglas convencionales o consuetudinarias, tales como el de la efectividad, el de la soberanía de los Estados, el de buena fe, etc. También existen otros que son la expresión de la estructuración de las relaciones internacionales actuales o que son el fundamento del actual ordenamiento jurídico internacional, como podrían considerarse los principios de coexistencia pacífica y las normas de jus cogens respectivamente. Como se comprenderá, todos estos principios son diferentes en su origen, en su fundamento, en su contenido y en su función y en general pueden entenderse como básicamente constitutivos de la sociedad internacional actual o del orden social y jurídico vigente (...). Su naturaleza jurídica no es discutida, si bien su singularidad, connotaciones particulares y diferencias reclaman precisiones desde el punto de vista de la ciencia del derecho internacional”*¹⁴.

¹⁴ ESPADA RAMOS, op. cit., págs. 101 y 114. Cita la opinión de Virally, para quien los principios del derecho internacional son ciertas reglas que integran este ordenamiento

Rousseau destaca también la confusión imperante en cierta parte de la doctrina aun en nuestros días, en cuanto asimila, sin fundamento, los principios generales del derecho a los principios generales del derecho internacional. Estudiando estos últimos, distingue los siguientes: 1) Principios generales relativos a las relaciones entre los diferentes ordenamientos jurídicos, y cita como ejemplo el principio de la primacía del derecho internacional sobre los derechos internos de los Estados; 2) Principios generales relativos al ejercicio de las competencias estatales, como el principio de la continuidad del Estado; 3) Principios generales relativos a la responsabilidad internacional, y recurriendo particularmente a la jurisprudencia de los tribunales internacionales, menciona el principio según el cual la indemnización debe ser apreciada a la fecha de la producción efectiva del daño o la regla del agotamiento de los recursos internos; 4) Principios generales relativos a la conducta en la guerra marítima ¹⁵.

El advenimiento de la Organización de las Naciones Unidas y las prescripciones incorporadas en la Carta, determinó, como lo anticipáramos, que en la doctrina comenzara a difundirse una nueva terminología, como “principios estructurales” o “principios constitucionales” del derecho internacional. Se caracterizaba una nueva sociedad internacional, que para algunos constituía el germen de un gobierno mundial. No es esta la oportunidad para examinar la vastísima bibliografía que ha originado este acontecimiento tan relevante. Sí, es oportuno reiterar, que la noción de “principios” impregnó la Carta y los instrumentos emanados de sus órganos.

Los artículos 1º y 2º del Capítulo I, están dedicados a los propósitos y “principios”. Incluso en el Preámbulo, se destaca la determinación de “los pueblos de las Naciones Unidas” de, entre otros objetivos, asegurar mediante “la aceptación de principios”, que no se usará la fuerza armada sino al servicio del interés común.

En el primer dispositivo, se resalta, entre los propósitos, lograr por medios pacíficos y de conformidad con “los principios de la justicia y del derecho internacional” el arreglo de controversias o situaciones que pudieran provocar el quebrantamiento de la paz. Y, en el ap. 2, fomentar las

jurídico, aunque no hayan sido establecidas según uno de los procedimientos que tradicionalmente se consideran como “fuentes”.

¹⁵ Op. cit., págs. 392-395.

relaciones de amistad basadas en el respeto “al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”. El artículo 2º, señala los “principios” a los que la Organización y sus miembros deberán ajustar sus conductas: el principio de igualdad de los miembros; de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones de la Carta; del arreglo pacífico de las controversias; de no recurso a la amenaza del uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado. Estos principios, aunque puedan estar consagrados en relación a la conducta que deben observar los miembros de la Organización en sus relaciones, son de validez general. Es decir, aplicables a todos los integrantes de la comunidad internacional sean o no miembros de la misma. Estos enunciados y otros que se encuentran diseminados en la vasta normativa de la Carta, constituyen verdaderas proposiciones de naturaleza jurídica, sin perjuicio de que haya principios que importan enunciados abstractos, como -*v.gr.*-, la soberanía o igualdad de los Estados.

El proceso de desarrollo de los principios de la Carta condujo a la aprobación en el seno de la Asamblea General de varias resoluciones. Ha merecido una especial atención la Resolución 2625(XXV), sobre los “principios de derecho internacional” referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Este instrumento constituye una reafirmación de la mayoría de los principios enunciados en los primeros dispositivos de la Carta, con una explicitación muy ilustrativa del alcance y contenido de los mismos. Tales son: a) el principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, deben abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o de cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas, b) el principio de que los Estados deben arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos de manera que no se pongan en peligro la paz o seguridad internacionales, ni la justicia; c) el principio que obliga a no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados; d) la obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta; e) el principio de la igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos; f) el principio de la igualdad soberana de los Estados; g) el principio de que los Estados deben cumplir de buena fe las obligaciones contraídas de conformidad con la Carta.

Antonio Remiro Brotóns ha examinado concienzudamente esta temática, que constituye el meollo de una de sus valiosas obras¹⁶. Refiriéndose al contexto en el que deberían operar estos principios, con el espíritu crítico que lo envuelve, el jurista español sostiene: *“La capacidad de contradicción de los principios fundamentales puede ser, por otro lado, explotada dialécticamente en apoyo de las posturas antinómicas de Estados movidos por el interés dominante a cuyo servicio ponen cierta dosis de influencia, a quien exija el cumplimiento de un tratado se le podrá decir que el tratado es desigual, a quien reclame respecto de su soberanía se le contestará que la única soberanía respetable es la que resulta de la libre determinación de los pueblos; a quien denuncie una intervención se le replicará que no hay tal sino legítima defensa frente a la agresión ideológica y la subversión o ilícito apoyo para la liberación de un pueblo oprimido... Todo cuadrará, finalmente, para que los principios fundamentales se acomoden a las específicas políticas actuadas por los Estados, sobre todo las Grandes Potencias”*¹⁷.

No obstante el pesimismo que pudiera originar esta visión tan cruda de la aplicación de los principios enunciados en la Carta, no se puede poner en tela de juicio que han contribuido a construir un marco jurídico que ha puesto límites al accionar arbitrario de los Estados y que en no pocos casos su incumplimiento ha sido sancionado por los propios órganos de la Organización -especialmente el Consejo de Seguridad-, o se ha obtenido una reparación, mediante recursos interpuestos ante el más alto tribunal de justicia.

Precisamente, los fallos y opiniones consultivas emitidos por la Corte Internacional de Justicia han reafirmado constantemente la vigencia y la obligatoriedad en su caso, de los principios en cuestión. Incluso han contribuido a su desarrollo. Esta misma observación puede hacerse extensiva a otros órganos jurisdiccionales especializados o de ámbito regional. El aporte que han realizado los tribunales internacionales al afianzamiento y esclarecimiento del alcance de los principios en consideración ha sido

¹⁶ Antonio REMIRO BROTONS, *Derecho internacional público. 1. Principios generales*, Tecnos, Madrid, 1982.

¹⁷ Op. cit., pág. 81.

más que trascendente, pero su tratamiento también sobrepasa los límites de estas reflexiones. Por otra parte, cabe constatar que casi no hay autor que al abordar este tópico, no haya resaltado el rol cumplido por la jurisprudencia internacional. En menor escala, los tribunales nacionales también han efectuado valiosas contribuciones.

En materias que adquirieron mayor relevancia en la segunda mitad del siglo pasado, los “principios” también ocupan un lugar de privilegio. Producido el acceso del hombre al espacio ultraterrestre se firmó en 1967, el “Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes”, que incluye enunciados de gran trascendencia en esta materia como -*v-gr.*- , el principio que prescribe -art. 2º-, que “El espacio ultraterrestre y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía , uso u ocupación ni de ninguna otra manera”.

Una revista de los instrumentos internacionales vinculados con el derecho internacional ambiental permite constatar también el recurso a los “principios”. En efecto, La declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, celebrada en Estocolmo, en 1972, enumera veintiséis “principios” de muy desigual contenido y alcance. A título ilustrativo, el primero señala que *“El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad, y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras...”*, mientras que el principio siguiente señala que *“Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora, la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”*, o el tan citado principio 21 que consigna *“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios de derecho internacional, los Estados tiene el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”* .

La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, aprobada en 1992, igualmente enuncia veintisiete “principios”, muchos de ellos ya incorporados en la Declaración de 1972 y otros nuevos, producto del desarrollo experimentado en la materia. Instrumentos convencionales aprobados en aplicación de tales principios, también han incluido “principios” específicos ¹⁸.

Una de las primeras obras sobre la materia, fue titulada *Los principios generales del derecho internacional del medio ambiente* ¹⁹. En realidad, esta terminología fue utilizada para describir el contenido de esta rama del derecho internacional.

En materia de derechos humanos hoy se ha instalado en la doctrina y la jurisprudencia internacional el reconocimiento de “principios fundamentales”, que recogen esencialmente derechos y obligaciones consagrados en numerosas instrumentos internacionales.

Casi no hay rama del derecho internacional en la que no se hayan enunciado “principios”, aunque, como ya lo destacáramos, con muy desigual alcance y valor jurídico. Hay principios reflejados o receptados en auténticas normas consuetudinarias o convencionales. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, constituye un ejemplo paradigmático. Algunos “principios” requieren un desarrollo y concreción en reglas consuetudinarias o convencionales. Otros consagran normas de conducta o de comportamiento, no coercitivos. Algunas enunciaciones de “principios” entremezclan reglas de valor no uniforme. Algunos autores hablan de postulados. De allí que su estudio requiera precisiones en cuanto a su alcance y ámbito de validez. Lo que no cabe duda es que es una de las cuestiones más evolutivas de nuestra disciplina.

En estas reflexiones no hemos abordado la abundantísima jurisprudencia internacional, cuyo examen resulta imprescindible para constatar de qué forma ésta ha contribuido al desarrollo de los principios generales del derecho internacional.

¹⁸Conf. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, suscripta en 1992, dedica el artículo 3 a los “Principios”.

¹⁹Alexandre Charles KISS, *Los principios generales del derecho del medio ambiente*, Valladolid, España, 1975.

Igualmente, tomando en consideración el carácter limitado de estas reflexiones, resulta imposible abordar *in extenso* la amplia bibliografía referida a los “principios” en el Derecho Internacional, y las diferentes proyecciones y contenidos que se les asignan.

Esta multiplicidad de enfoques que ofrece tan cautivante temática resulta propicia para abrir caminos a investigaciones que se centren en su aspectos particulares.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL COMO FUENTE PRINCIPAL Y AUTÓNOMA ¹

GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW AS A MAIN AND AUTONOMOUS SOURCE

*Arturo Santiago Pagliari **

Resumen: El presente artículo analiza los principios generales del derecho internacional como fuente normativa principal y soporte de la preeminencia y unidad del derecho internacional público.

Palabras-clave: Fuentes del derecho internacional - Principios generales del derecho - Principios generales del derecho internacional.

Abstract: This article analyzes the general principles of international law as the main normative source of law and support the primacy and unity of public international law.

Keywords: Sources of international law - General principles of law - General principles of international law.

Sumario: I. Introducción. II. Los principios generales del derecho internacional como fuente principal. III. Los principios generales del derecho consignados como norma aplicable por el artículo 38 del Estatuto de la Corte. IV. El cuestionamiento a los principios generales del derecho internacional como fuente autónoma. V. Los principios generales del derecho internacional y la jurisprudencia. VI. Los principios generales del derecho internacional como fuente principal no enumerada. VII. Los principios generales del derecho internacional como soporte de la unidad del derecho internacional. VIII. La supremacía de los principios generales del derecho internacional como fuente. Conclusiones.

¹ Trabajo presentado para su publicación el 20 de marzo de 2014 y aceptado el 5 de mayo de 2014.

* Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

I. Introducción

El propósito de este artículo tiene como finalidad revalorizar y ampliar los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, resaltando la naturaleza, el valor y la obligatoriedad de los principios generales del derecho internacional como fuente de las normas internacionales.

La idea de fuentes como contenido del concepto, es diferente para la doctrina aceptando algunos que comprenden las pautas generales que informan el sistema normativo, limitándola otros, a los procedimientos puramente voluntarios de creación de reglas jurídicas². Las posturas contradictorias comprenden asimismo la especificación acerca de los procedimientos concretos de creación de las normas internacionales, ya que admiten, además de los tradicionales, otros como los actos unilaterales, la jurisprudencia y legislación internacional³. La utilización en su contenido puramente formal del término fuentes, entiende como tales tan sólo a los procesos de creación o elaboración de las normas jurídicas internacionales, y no a las normas existentes con prescindencia de su proceso de elaboración. Las formas de creación de obligaciones entre sujetos de derechos son variadas y mutables a través del tiempo: por ello, cualquier fórmula limitativa perdería vigencia.

Si bien no se puede desconocer la enorme importancia que juega el consentimiento de los Estados como fuente de las normas internacionales, ya sea que se manifieste en forma expresa o tácita, es pertinente aceptar la existencia de otra clase de fuentes, que no derivan necesariamente de tal consentimiento. Si consideramos que la única fuente del derecho radica en la voluntad de los Estados o expresado de otra forma, en su consentimiento, se corre el riesgo de confundir fuente con fundamento. Es cierto que el consentimiento de los Estados o su comporta-

² Si bien el consentimiento estatal es un elemento clave y constitutivo en los procesos de elaboración del derecho ya que los Estados son quienes crean directamente el derecho internacional, no se puede negar que, generalmente, el origen de toda obligación se encuentra en una norma internacional o en conexión con ella (casos de los actos unilaterales, resoluciones internacionales o comportamientos recíprocos).

³ Luis SAVID BAS - Arturo PAGLIARI, "Las fuentes del derecho internacional. Los principios como fuente principal del derecho internacional", *Anuario IHLADI* 16, Madrid, Editor S.A., 2004.

miento pueden generar obligaciones, pero siempre serán *derivadas* de normas generales del derecho internacional.

El derecho convencional y el consuetudinario no agotan el derecho internacional. Las normas convencionales y consuetudinarias son consecuencias y concreciones destinadas a facilitar la aplicación de los principios jurídicos básicos y dicha función es motivo de permanente y pacífico reconocimiento jurisprudencial y doctrinario. Ambos (el tratado y la costumbre) encuentran su fundamento y complemento en los principios generales del derecho⁴, que son los que en definitiva, otorgan validez a las normas y a su forma de producción, ya que su función es la de servir de pautas sostenibles de toda norma jurídica general o particular. Esto es así porque los principios constituyen pautas legales esenciales y vigentes; informan toda elaboración jurídica particular, condicionan el proceso de creación de normas jurídicas, e integran la ley concreta.

Los principios generales del derecho constituyen las pautas de toda la normativa jurídica, que permiten hacer efectiva la justicia en la realidad social. En efecto, el basamento de todo ordenamiento jurídico, y podemos decir de todo cuerpo normativo regulador de conductas sociales es, en último término, la Justicia, valor prejurídico anterior a las reglamentaciones positivas.

En definitiva, los principios son reglas superiores a las positivas que se concretan mediante la expresión de voluntades subjetivas a las que sirven de fuente y fundamento. El valioso aporte del positivismo se limita a posibilitar la efectividad de las pautas normativas universales que constituyen los principios jurídicos.

⁴ Es generalmente aceptado que la noción de “Principio” reconoce dos acepciones; la primera como *elemento irreducible* al cual se reducen los demás que son, por consiguiente de él derivados. Se trataría del “Principio” como elemento originario de las cosas que existen realmente como consecuencia de su evolución, desarrollo y transformación real. La segunda entiende que “Principio” es la *razón o causa* por la cual las cosas son lo que son. Es decir, como fundamento o razón de ser que sostiene la existencia o validez de sus consecuencias. Corresponde señalar que ambas concepciones no son excluyentes entre si y que ambas se funden y es esta noción unificadora la que resulta aplicable en el campo de las ciencias sociales y en el Derecho. “Principio” sería por consiguiente el *elemento* originario y la *causa, razón o fundamento* de la existencia de sus derivaciones y consecuencias. Por otra parte, los principios generales del derecho sirven para interpretar preceptos jurídicos internacionales dudosos.

II. Los principios generales del derecho internacional como fuente principal

Como hemos expresado anteriormente, el ordenamiento jurídico internacional está compuesto de normas que de acuerdo a su fuente, proceden preferentemente de tratados o costumbres, que tienen carácter dispositivo o imperativo, generales o particulares.

Sin embargo, no se puede obviar la existencia un ordenamiento jurídico básico que parte de la doctrina denomina como principios estructurales o supremos del derecho internacional. Estos principios se han afianzado y reconocido a través de la constitución y desarrollo de la forma más avanzada de institucionalización de la comunidad internacional cual es la Organización de Naciones Unidas. Esta, en lo referente al ordenamiento jurídico internacional, ha producido, en la expresión de cierta parte de la doctrina, una “constitucionalización” del derecho internacional mediante la determinación de principios y normas jurídicas de importancia fundamental para toda la comunidad. La recepción normativa deriva, principalmente, de los dos primeros artículos de la Carta de San Francisco donde se recogen los principios de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, igualdad de los Estados, obligación de cooperación, protección de los derechos humanos, obligación de arreglo pacífico de las controversias, prohibición del recurso a la amenaza o uso de la fuerza, recepción del principio de la buena fe, etc. Esta normativa tiene su manifestación especialmente ⁵ en la Resolución 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970 de la Asamblea General de la ONU que contiene la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* ⁶.

⁵ Además de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el particular, puede citarse la Declaración de principios contenida en el Acta Final de las Conferencia sobre seguridad y la cooperación en Europa adoptada en Helsinki en 1975.

⁶ Atento a la frecuente inestabilidad en las relaciones internacionales que se producía en la década del 70, por la denominada “guerra fría” y por las situaciones conflictivas que vivían algunos Estados que habían dejado de ser colonias, el 24 de octubre de 1970, la Asamblea General de la ONU aprobó la Resolución 2625 que contiene la denominada: “*Declaración relativa a los principios de derecho internacional referen-*

La Carta de San Francisco tiene una obligatoriedad jurídica que excede el principio de la *pacta sunt servanda*, obligando a terceros Estados que no están vinculados con ella y que prevalece sobre otros acuerdos que puedan haber celebrado o celebrar en el futuro sus Estados miembros, primacía que se deriva del artículo 103 de la Carta y artículo 30.1.1 de la CV69 sobre el derecho de los tratados. Estos principios son: la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en contra de la integridad territorial o independencia política de los Estados; la obligación de los Estados de solucionar sus controversias por medios pacíficos; la obligación de no intervenir en los asuntos internos de los Estados; el deber de los Estados de cooperar entre sí; el derecho de la libre determinación de los pueblos; la igualdad soberana de los Estados y el principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Sin perjuicio de la enumeración de principios de la Resolución 2625 (XXV), existen otros reconocidos en la actualidad, tales como el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana, la protección del medio ambiente, o las normas que regulan los conflictos armados internacionales y el derecho humanitario bélico.

En definitiva, estos principios expresan los valores aceptados por la comunidad internacional en su conjunto informando las distintas estructuras jurídicas que hoy integran el derecho internacional. Además, “*en ellos*

tes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas”. En la Introducción, destaca la importancia de la codificación de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre Estados. Reafirma la: “*suprema importancia de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*”, alentando la conveniencia de difundir ampliamente el texto de esta Declaración. En el Preámbulo, subraya la necesidad de fomentar las relaciones de amistad entre las naciones, independientemente de las diferencias existentes entre sus sistemas políticos, económicos y sociales o sus niveles de desarrollo. Enfatiza que Naciones Unidas ha sido la Organización más importante a la hora de promover los cambios políticos, económicos, sociales y el progreso científico que han tenido lugar en el mundo desde la aprobación de la Carta. El Anexo, considerado la parte medular de la Resolución 2625, proclama los siguientes principios: I) Abstención por parte de los Estados en sus relaciones internacionales, de la amenaza o el uso de la fuerza; II) Arreglo de controversias por medios pacíficos; III) Obligación de no intervenir en los asuntos internos de los Estados; IV) Obligación de cooperación entre los Estados; V) Principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos; VI) Igualdad soberana de los Estados; y, VII) Principio de cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas.

se encuentra el núcleo de las normas ius cogens del ordenamiento internacional como ha declarado el TIJ (asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta, 1986), constituyendo verdaderos principios de la sociedad internacional en cuanto son imprescindibles para unas relaciones pacíficas y de cooperación en este grupo social y, de este modo, no sólo vinculan a los nuevos Estados desde su independencia sino que han de ser respetados, además, frente a éstos, por todos los Estados, lo que entraña un límite al relativismo del derecho internacional”⁷.

III. Los principios generales del derecho consignados como norma aplicable por el artículo 38 del Estatuto de la Corte

La doctrina tradicional sostiene que los principios generales del derecho mencionados en el artículo 38 del Estatuto como fuente formal, se refieren exclusivamente a los existentes en la legislación de los Estados. En efecto, el recurso a los principios generales del derecho contemplados en el artículo 38 l.c) supone la aplicación en derecho internacional de una serie de principios que han sido reconocidos en *foro doméstico* como por ejemplo, la cosa juzgada, la buena fe, el *estoppel*, el *pacta sunt servanda* o el respeto de los derechos adquiridos. Son comunes a todos los sistemas jurídicos. De acuerdo a lo establecido en el Estatuto de la Corte (art. 38. l.c), el tribunal internacional cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar “*los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*”. La interpretación de esta disposición ha producido discrepancias en la doctrina acerca de su aplicación, ya que parte de la misma niega que los principios generales del derecho constituyan una fuente autónoma del derecho internacional. Sin embargo, la mayoría de los tratadistas (y la tendencia contemporánea de la jurisprudencia internacional), se inclina por la postura contraria, afirmando la calidad de los principios generales como fuente principal del derecho internacional, en la con-

⁷ GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho internacional público*, Thomson Civitas, 2003.

vicción de que la admisión y positivización de los principios generales del derecho efectuada por el artículo 38, supone un gran avance en la perfección del ordenamiento jurídico internacional, y su incorporación ha supuesto el abandono de un punto de vista estrictamente positivista ⁸.

Desde otro punto de vista, también se discute la naturaleza jurídica de los principios generales a que se refiere la norma en cuestión: ¿Son principios deducidos de la idea general de Derecho? ¿O principios generales que reencuentran en la mayoría de los sistemas jurídicos de los Estados? ¿Se encuentran incluidos entre ellos los principios generales del derecho internacional? La mayoría de la doctrina se inclina por la segunda de las posiciones expuestas, es decir, que los principios a que se refiere la disposición, son los que constituyen la base del derecho interno de gran parte de los Estados de la comunidad internacional, ya que responden a la idea misma del derecho en la que todo ordenamiento jurídico encuentra su fundamento. En consecuencia, *“los principios en cuestión deben buscarse en el derecho interno, puesto que los sistemas de él, en muchos casos, se encuentran más desarrollados que el internacional. Los que tienen más importancia son los principios de derecho privado, y de procedimiento, las ramas más antiguas y técnicamente más desarrolladas en casi todos los Estados”* ⁹.

La historia del arbitraje internacional nos revela que los tribunales han fundado siempre sus sentencias no sólo en normas de derecho convencional o consuetudinario, sino también en principios que no habían sido recogidos en tratados ni tampoco expresados en costumbres. Estos principios, que antiguamente se adscribieron al *jus gentium*, se llaman hoy “los principios generales del derecho”. Entre tales principios pueden mencionarse: el principio de la buena fe y prohibición del abuso del dere-

⁸ José A. PASTOR RIDRUEJO. Este autor sostiene que la línea general de la jurisprudencia internacional, en los casos no contemplados por reglas positivas -tratados y costumbres-, es la de otorgar a los principios generales categoría normativa, ya que estos principios son, en definitiva, principios del derecho natural (operativos y funcionales), lo que en definitiva significa una postura clara “ante el problema de la fundamentación del derecho de gentes. Toma de postura fundamentalmente antivoluntarista”. *La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya*, Madrid, Rialp, 1962.

⁹ MAX SORENSEN, *Manual de derecho internacional público*, Fondo de Cultura Económica, 1978.

cho; el de cosa juzgada; el de que la ley especial deroga la ley general; la obligación de reparar el daño causado; el enriquecimiento sin causa ¹⁰. En cuanto al “reconocimiento” de estos principios, se ha dicho que el único medio válido es el del derecho comparado, aunque con sentido negativo, es decir “*como correctivo de las tendencias eventuales de los juristas internacionales de recurrir a concepciones o reglas que pertenecen exclusivamente a un solo sistema jurídico, o se encuentran en un pequeño número de sistemas*” ¹¹.

IV. El cuestionamiento a los principios generales del derecho internacional como fuente autónoma

Pero junto a estos principios, se encuentra otra categoría de ellos propiamente internacionales: los principios generales del derecho internacional que tendrían otro origen diverso en la medida de que se deducirían directamente de las características y peculiaridades del ordenamiento jurídico internacional. No se puede desconocer que junto a los principios generales del derecho reconocidos en “foro doméstico”, existen otros propiamente internacionales que no encuadran dentro del dispositivo del apartado 1.c) del artículo 38. Estos principios generales internacionales, tales como la primacía del tratado internacional sobre la ley interna; el principio de la continuidad del Estado; el respeto a la independencia e igualdad de los Estados; la regla del agotamiento de los recursos internos para la procedencia de la acción de amparo diplomático, etc., son por su propia naturaleza, de índole estrictamente internacional, y no deben confundirse con los principios generales del derecho a que hace referencia la disposición citada.

En general, cuando se consideran los principios generales del derecho internacional, se los descalifica como fuente aduciendo dos razones: a) Que constituyen normas de derecho internacional derivados de los

¹⁰ Alfred VERDROSS, *Derecho internacional público*, Madrid, 1967.

¹¹ PASTOR RIDRUEJO, ob. cit.

tratados ¹² o de la costumbre ¹³, es decir que derivan de otra fuente, o bien, b) Que están excluidos de lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte, ya que por sus antecedentes preparatorios y la opinión de sus autores, los principios generales del derecho mencionados en el apartado 1,c), son exclusivamente los principios generales del derecho reconocidos en “foro doméstico”, elevados a la categoría de principios internacionales. Estos principios generales, derivados de los ordenamientos jurídicos internos, pasan a la categoría de internacionales cuando son incorporados al derecho internacional en un tratado o en una costumbre, o bien cuando son empleados por un juez internacional.

Esta afirmación es materia discutible. Si bien es evidente que existe una estrecha relación entre la costumbre y los principios generales del derecho internacional, la distinción entre ambos en determinados casos es real. Consideramos que existe una clara diferencia entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho ya que estos últimos presentan sus propios caracteres y complejidades. Es controvertible que los principios generales del derecho propiamente internacionales, signifiquen meramente la expresión de una norma consuetudinaria, ya que en muchos casos no revisten las condiciones previstas para la formación de esta última; en especial, carecen del elemento material, entendido como práctica constante, generalizada y uniforme ¹⁴. En otros supuestos, el elemento subjetivo, la *opinio juris*, se encuentra asentado y confirmado por un principio general de derecho internacional pre-existente. Por ello entendemos que la cada vez más frecuente alusión de

¹² Existe una clara tendencia en el sentido de que el derecho consuetudinario se transforme en convencional a través de los procesos de codificación y desarrollo progresivo. En efecto, los tratados codificadores están impregnados de y acaso dominados por la costumbre.

¹³ La costumbre como procedimiento espontáneo de creación del derecho, es escasamente formalista y dinámica, y se adecua para regular tanto relaciones generales como particulares. También es preciso señalar la inexistencia de reglas claras en cuanto a su modo de formación y modificación. Si bien existe una cada vez más notoria interrelación entre normas consuetudinarias y convencionales, ha quedado reafirmada la autonomía de las normas consuetudinarias, en cuanto a su existencia y aplicabilidad en relación a una norma convencional de idéntico contenido, y aun en el caso de que sean contradictorias.

¹⁴ El factor tiempo como requisito de la costumbre como práctica, en la actualidad ha quedado seriamente abreviado.

la Corte a principios generales, o principios fundamentales, significa la aceptación de tales principios como fuentes. A pesar de que a veces se invocan como íntimamente vinculados a una costumbre internacional, en realidad, tal alegación no es otra cosa que la afirmación y aplicación de una norma u obligación que tiene como fuente los principios generales del derecho internacional.

En efecto, la alegación de una costumbre, es una tarea complicada de difícil prueba por su existencia difusa, tanto en su elemento material como subjetivo. La cuestión esencial es la prueba de la costumbre, es decir, la constatación de la existencia de una norma consuetudinaria. La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario están estrechamente relacionadas. El proceso de formación del derecho consuetudinario es importante tanto en la teoría como en la práctica, ya que por su propia naturaleza, el derecho consuetudinario es el resultado de un proceso. La jurisprudencia de los tribunales internacionales judiciales y arbitrales y, más específicamente, de la Corte Internacional de Justicia y de su predecesora, no especifica el razonamiento con arreglo al cual se afirma la existencia de una norma de derecho consuetudinario. Es importante tener en cuenta la práctica actual de los Estados que representan los principales sistemas de derecho del mundo y de todas las regiones, en particular, las situaciones en que la conducta de un Estado concreto o de un grupo de Estados puede requerir una atención especial en el proceso de formación de la costumbre¹⁵. En este sentido cobran importancia los conceptos de “Estados especialmente afectados” y “objeto persistente”¹⁶,

¹⁵ De forma más general, el papel de la práctica de sujetos de derecho internacional distintos de los Estados, en particular organizaciones internacionales; el papel de la práctica regional y su relación con el derecho internacional como sistema; y la relación entre el derecho internacional consuetudinario regional y general.

¹⁶ La expresión “*como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho*”, presenta la duda de la aplicabilidad de la norma a sujetos que no han intervenido en su formación, o bien la ha objetado (figura del “objeto persistente”); es por ello que la expresión “*generalmente*”, significa “*mayoritariamente*”, por lo que los objetores persistentes individualmente no impiden la formación de una norma consuetudinaria. La importancia de la noción de oponibilidad y el posible papel de la aquiescencia, el silencio y la abstención en el proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario; el papel desempeñado, en ese proceso, por los actos unilaterales, como la protesta y el reconocimiento; los posibles efectos de las reservas a los tratados en las normas del derecho internacional consuetudinario.

puesto que con ellos se trata de lograr un equilibrio entre los valores de la comunidad internacional y la soberanía estatal en derecho internacional. Pero, no sólo hay que considerar el elemento objetivo, práctica, sino también el subjetivo, la *opinio juris*, incluida su caracterización¹⁷, para la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario. En efecto, es evidente el cambio producido en el proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario ante las profundas modificaciones que ha sufrido el sistema jurídico internacional durante la segunda mitad del siglo XX, principalmente originadas en el considerable aumento del número de Estados que se han incorporado a la comunidad internacional. Estos cambios han complicado, en cierta medida, el estudio de la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario. El antiguo debate entre las manifestaciones de voluntad frente a la práctica se ve reflejado en aquellos casos en que determinadas normas del derecho internacional consuetudinario no se afirman sobre la base de la práctica real y efectiva de todos los Estados o la mayoría de ellos, sino a través de otros mecanismos indirectos. Ejemplos concretos de ellos son las resoluciones (en cuanto a su efecto y/o naturaleza jurídica) de las organizaciones internacionales que cuentan con la aprobación de numerosos Estados en las que se aprueba la existencia de una norma o principio, y los casos de un tratado ampliamente ratificado. En estos supuestos, casos típicos de interacción entre fuentes¹⁸, se puede constatar la importancia que cobra la costumbre tanto en la interpretación de los tratados, como en la prueba de la misma reflejada en los tratados de codificación. Así también demuestra la relación entre el derecho progresivo y la costumbre y entre la *lex lata* y la *lege ferenda*.

El otro argumento, que los principios generales del derecho internacional no constituyen una fuente autónoma, ya que no se encuentran incluidos dentro de las fuentes enumeradas en el artículo 38, no nos parece sostenible. En efecto, la no inclusión de éstos no significa obstáculo alguno para considerarlos fuente principal, atento la opinión mayoritaria de

¹⁷ La jurisprudencia ha establecido que la *opinio juris* se prueba por medio de inducción, no de deducción.

¹⁸ La relación entre la costumbre y los tratados, incluido el efecto de los tratados ampliamente ratificados pero no universales como así también las cuestiones planteadas por el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

que las fuentes del derecho internacional no se agotan en las enumeradas en dicho artículo ¹⁹. En efecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina han aceptado el carácter no exhaustivo de las fuentes enumeradas en el artículo 38 del Estatuto ²⁰, considerando también como tales ciertos actos jurídicos realizados por los sujetos en circunstancias determinadas para casos particulares, como el comportamiento recíproco ²¹, los actos unilaterales ²², la aquiescencia ²³ o el estoppel ²⁴, como actos jurídicos de los

¹⁹ El artículo 38 es un solo un catálogo de las fuentes formales más habituales; por ende, no es exhaustivo en la enumeración de todos los procedimientos de creación de derechos y obligaciones, estando sujeto a modificación y ampliación. También es preciso señalar que no establece una jerarquía de fuentes o normas.

²⁰ Gran parte de los procesos de creación de las normas se basan en el principio de igualdad formal, es decir, en el consentimiento de los Estados, sin perjuicio que en cuanto a su modificación es preciso tener clara la distinción entre normas dispositivas e imperativas. Por otra parte, se observa una creciente elaboración de normas por parte de organizaciones internacionales, como es destacable también el surgimiento de procesos autónomos e institucionalizados de creación del derecho.

²¹ También denominado bilateralismo no formal, se basa en conductas de sujetos internacionales de las que se pueden inferir la existencia de consentimiento a los fines de la creación, modificación o extinción de obligaciones jurídicas. Se trata de un consentimiento acotado a derechos u obligaciones de los Estados interesados. No crean normas jurídicas de formulación y aplicación general. Tienen su fundamento en principios generales del derecho como reciprocidad, buena fe y seguridad jurídica.

²² Son autónomos de y se encuentran fundados en la voluntad soberana de los Estados. Se basan en la buena fe, principio de derecho determinante que rige la creación de obligaciones jurídicas. Si bien en los casos jurisprudenciales (*Estatuto jurídico de la Groenlandia oriental*, *Ensayos Nucleares*) la Corte ha dejado en claro que los actos unilaterales deben tener un destinatario preciso, parte de la doctrina considera que también sería válido que un Estado pueda obligarse, a través de actos de esta naturaleza, hacia un conjunto determinado o indeterminado de Estados o hacia la comunidad internacional en su conjunto.

²³ Consiste en la manifestación tácita del consentimiento de un Estado respecto a otro en relación con una cuestión concreta, mediante una conducta clara, coherente, persistente y una ausencia de protesta ante el conocimiento cierto (implícito o explícito) de un hecho que tiene como efecto propiamente dicho la modificación o extinción de una obligación.

²⁴ Basado en la teoría de los actos propios, supone la existencia de un perjuicio o la modificación de una determinada situación para un Estado, basado en la conducta de otro, que impide que un Estado reclame para sí un derecho, si tal pretensión resulta contraria con una conducta propia anteriormente observada (reprobación de la contradicción).

cuales derivan consecuencias y obligaciones para las partes, aunque no tengan como fin en sí mismo crear normas jurídicas generales. Constituyen simplemente la aplicación de una norma de derecho internacional general a un caso determinado. El mismo sentido ampliatorio en materia de fuentes se da en los casos que se han dado en denominar como legislación internacional²⁵. En definitiva, son innumerables las formas de creación de obligaciones entre sujetos de derechos, y en tal sentido cualquier fórmula limitativa quedaría permanentemente fuera de vigencia, ya que como se ha expresado, el consentimiento de los Estados o su comportamiento pueden generar obligaciones, pero siempre serán *derivadas* de normas generales del derecho internacional.

V. Los principios generales del derecho internacional y la jurisprudencia

De acuerdo con lo expresado no existiría obstáculo para admitir que los principios generales del derecho internacional constituyen una fuente autónoma y principal del derecho internacional, hecho que por otra parte, entendemos, ha sido aceptado por la jurisprudencia internacional. En efecto, si bien tanto la propia Corte Internacional de Justicia, como su antecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional, han promovido confusión acerca del verdadero valor y alcance como fuente de los principios generales propios del ordenamiento jurídico internacional, en sus resoluciones y/o opiniones consultivas se han referido a los principios generales del derecho utilizando diferentes términos: *principios generales y bien reconocidos*²⁶, *principios reconocidos por las naciones civilizadas*

²⁵ Actos de las organizaciones internacionales (en particular las resoluciones de la Asamblea General de la ONU). Si bien tienen un carácter *inicialmente* no obligatorio, en cuanto a su *calificación jurídica* pueden tener dos significados: a) Como proceso de formación de una norma consuetudinaria o b) Como *actos normativos autónomos*, basados en el consenso estatal; en este caso tendrán un efecto constitutivo de una norma jurídica. Para dilucidar tal calificación jurídica, se debe tener en cuenta el contenido de la resolución, sus condiciones de adopción (consentimiento mayoritario de los Estados) y la convicción jurídica de su obligatoriedad normativa (*opinio juris*, ya cristalizando normas consuetudinarias preexistentes, ya generando nuevas normas).

²⁶ En el caso del Estrecho de Corfú: “*Las obligaciones que correspondían a las autoridades albanesas consistían en hacer conocer el interés de la navegación en gene-*

como obligatorios ²⁷, principio de derecho generalmente reconocido ²⁸, principio de derecho muy importante ²⁹, principios generales del derecho ³⁰, principio de derecho internacional ³¹, etc.³².

ral, la existencia de un campo de minas en las aguas territoriales albanesas y en advertir a los barcos de guerra británicos,..., el peligro inminente al que les exponía el campo de minas. Estas obligaciones se fundan no en la VIII Convención de La Haya de 1907, que es aplicable en tiempos de guerra, sino sobre ciertos principios generales y bien reconocidos, tales como consideraciones elementales de humanidad, más absolutos aún en tiempos de paz que en tiempos de guerra, el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y la obligación, para todo estado, de no dejar utilizar su territorio para los fines de actos contrarios a los derechos de otros Estados” (CIJ, 1949).

²⁷ En la Opinión Consultiva requerida por la Asamblea General acerca de las Reservas de la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, la Corte al expedirse sobre la primera cuestión planteada, respondió al interrogante de que en qué medida pueden efectuarse reservas a la Convención, en los siguientes términos: *“La Convención de Genocidio tiene por objeto prohibir las destrucciones de grupos humanos. Los principios que informan su contenido son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios, aún sin vínculo convencional alguno, lo cual da a esta Convención la mayor universalidad posible” (CIJ, Recueil, 1951).*

²⁸ En ocasión de la Opinión Consultiva sobre el Efecto de sentencias indemnizatorias del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, la Corte volvió a hacer referencia al efecto obligatorio que tienen los principios generales del derecho, en estos términos: *“Es un principio de derecho generalmente reconocido que las sentencias de un cuerpo judicial constituyen res iudicata obligatoria para las partes. En este caso, las partes son los funcionarios demandantes por un lado, y el Secretario General, representando a la Organización por el otro. La sentencia es final e inapelable, según el art. 10 del Estatuto del Tribunal, y por lo tanto, obligatoria para las Naciones Unidas. Siendo que la Asamblea General es un órgano de las Naciones Unidas, ésta está obligada a cumplir la sentencia, y debe pagar las indemnizaciones fijadas” (CIJ, Recueil, 1954).*

²⁹ Sentencia del 18 de julio de 1966 (Etiopía y Liberia contra la Unión Sudafricana), en el Caso Namibia (donde estableció que constituye un principio general del derecho que la violación de una obligación jurídica da derecho a la otra parte a solicitar la extinción del compromiso asumido), en el fallo sobre el Recurso concerniente a la competencia del Consejo de la OACI (18 de Agosto de 1972), al determinar que *“un principio de derecho muy importante está en juego: que una parte no tiene por qué explicarse sobre cuestiones de fondo ante un tribunal que no es competente en el caso concreto o cuya competencia no ha sido aún establecida”.*

³⁰ La Corte Permanente citó expresamente a los principios generales del derecho en el caso de los intereses alemanes en Alta Silesia Polaca: *“Aunque esta situación se califique de ‘excepción’ o aunque tome el nombre de fin de non recevoir, es cierto que nada, ni en el Estatuto ni en el Reglamento ni en los principios generales del derecho, impide al Tribunal ocuparse de ella desde este momento, y previamente a todo debate*

En realidad, omitiendo llamar las cosas por su propio nombre, lo que la Corte aplicó en diversos casos fue un principio general del derecho internacional innegable por la identificación plena de su existencia por sí mismo.

VI. Los principios generales del derecho internacional como fuente principal no enumerada

Otro criterio sería aceptar la ampliación de la interpretación del punto 1. apartado c) del artículo 38, en el sentido de que los principios generales del derecho aceptados por las naciones civilizadas, comprenden no sólo aquellos principios generales del derecho propiamente dicho en su interpretación original, sino también los principios generales del derecho internacional.

En línea con este pensamiento, tratados más modernos de gran importancia jurídica (más de 50 años posteriores a la Carta de San Francisco), como el Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional), le asignan un enorme valor a todos los principios generales del derecho, cualquiera sea su naturaleza como norma aplicable (fuente del derecho): principios del derecho internacional, principios del derecho de los conflictos armados, principios generales del derecho, principios del derecho interno de los estados, principios generales del derecho penal ³³.

sobre el fondo, puesto que la posibilidad de semejante debate dependerá de su no admisión” (CPJI, Serie A, N° 6).

³¹ Asunto de la Fábrica Chorzow: “*En cuanto al primer punto, el Tribunal observa que es un principio de derecho internacional, e incluso una concepción general del derecho, que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar*” (CPJI, Serie A, Ng 17, pág. 29).

³² José A. PASTOR RIDRUEJO, *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya*, Madrid, Rialp, 1962.

³³ *CPI. Estatuto. Art. 21. 1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción*

El artículo 38 del Estatuto no es estático, ni limitativo de las fuentes, o si se prefiere de otra manera, de los procesos de creación del derecho internacional. Si la estructura socio-histórica es mutable, también lo es la estructura jurídico-formal de creación de normas y obligaciones (nuevas técnicas sobre el particular). Por ello muchos autores prefieren sustituir el término tradicional de fuentes formales, por el de procesos de creación, elaboración, formación de normas, derechos y obligaciones internacionales. Este dispositivo no enumera las fuentes propiamente dichas, sino la aplicación de normas que la Corte debe aplicar en los litigios presentados por Estados. Establece cuáles son las normas y disposiciones que debe aplicar en cada caso concreto. Lo que en el derecho interno se da por sobreentendido, por su carácter previsible y centralizado, el Estatuto, en el caso de la Corte, lo enumera y ejemplifica. Como la comunidad internacional es descentralizada y el ordenamiento internacional está constituido por distintas clase de normas (y las generales son abstractas, relativas e imprecisas), de lo que del artículo 38 se desprende, es que simplemente enumera cuáles son esas reglas generales de aplicación del derecho a un caso concreto (tratados, costumbre y principios generales del derecho y, en su caso, con las modalidades que prevén la jurisprudencia, la doctrina y la equidad. Si se quiere se trata de una redundancia, ya que no hace más que decir que aplicará los principios generales del derecho, en cuanto éstos establecen las normas a utilizar e incluso la jerarquía de éstas. La aplicación de las normas generales del ordenamiento internacional como la costumbre, los tratados generales o los principios generales del derecho, no significa que le reste importancia a otras fuentes que son reconocidas ampliamente por todos los ordenamientos jurídicos de los Estados del mundo, como la jurisprudencia y la doctrina, absolutamente necesarias para lograr una sentencia fundada. También en el supuesto el párrafo 2 del art. 38, que establece que si por voluntad de las partes ellas manifiestan que la Corte dicte un fallo basado estrictamente en la equidad, el Estatuto está reafirmando un principio general del derecho que establece que los contratos son ley para las partes (siempre que no vulneren disposiciones de orden público en los derechos internos, o normas *ius cogens* en el derecho internacional).

sobre el crimen, siempre que estos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

VII. Los principios generales del derecho internacional como soporte de la unidad del derecho internacional

Dos fenómenos se destacan entre los que conspiran contra la unidad y plenitud del derecho internacional: la fragmentación y las denominadas lagunas del derecho.

La fragmentación es un proceso a lo largo del cual ciertos sectores del derecho internacional general van adquiriendo un “perfil propio”, diferenciándose, en mayor o menor medida según los casos, del derecho internacional común³⁴. El fenómeno de la fragmentación es una realidad desde el punto de vista normativo e incide en el grado de eficacia de la aplicación del derecho internacional. Es una evidencia ya que la expansión material del derecho hace ineludible que los nuevos campos sean objeto de regulación jurídica. La fragmentación pone en riesgo la certeza jurídica y la precisión objetiva debido a la existencia de diversas normas de distinta naturaleza y alcance y la proliferación de tribunales, que derivan en conflictos con el derecho internacional general³⁵. Como es evidente que la comunidad internacional se inclina hacia regímenes plurales de jurisdicciones, se hace cada vez más necesaria la tarea de defender la unidad del sistema jurídico internacional, y para eso, es necesario que en la creación de los regímenes especiales se observen y respeten cuidadosamente las normas generales. La solución radica en el fortalecimiento de la jerarquía normativa del derecho internacional y en los valores fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto. Todo desarrollo del derecho internacional es aceptable en la medida en que esté teleológicamente dirigido hacia el cumplimiento del bien común de la humanidad. Por eso la reconciliación entre la unidad y la diversidad se logra compartiendo la posición de que el derecho internacional es un “sistema” de normas e instituciones. Afirmar que el derecho internacional es un

³⁴ Sergio SALINAS ALCEGA, *El derecho internacional y algunos de sus contrastes en el cambio de milenio*, Real Instituto de Estudios Europeos, 2001.

³⁵ De ahí que se suela hablar de: a) “fragmentación institucional” (proliferación de instituciones), y b) de “fragmentación sustantiva” (referida a los conflictos normativos propiamente dichos). Ambas están vinculadas por el fenómeno general de la expansión del alcance material del derecho internacional que se vincula estrechamente al desarrollo de los subsistemas basados en convenciones particulares.

sistema, es entender que la unidad y la diversidad pueden ser reconciliadas en un objetivo formal apolítico. El mantenimiento de su unidad es función y obligación de todos los Estados. Un orden legal internacional sólo puede existir en la medida que garantice a sus sujetos una unidad suficientemente orgánica y sustancial para servir como un marco eficaz para sus relaciones internacionales. Es indudable que la fragmentación crea el peligro de que surjan normas, principios o prácticas incompatibles entre sí o con el derecho internacional general, atacando, por lo menos conceptualmente, el valor de la unidad del derecho internacional. Pero, las amenazas de la unidad del ordenamiento jurídico internacional llevan implícitas en sí mismas, el reconocimiento de la existencia de esa unidad ³⁶. Para preservar otro valor afectado por el proceso de fragmentación, el de la seguridad jurídica, resulta esencial proteger y respetar las normas fundamentales del derecho internacional general para que éste pueda cumplir con sus funciones básicas. Unidad y eficacia del derecho internacional son premisas fundamentales. En efecto, es en la garantía de la eficacia del derecho internacional, donde radica la importancia de asegurar su unidad, unidos ambos conceptos, al de seguridad jurídica. Por ello, en todo caso, nunca puede perderse de vista la jerarquía de las fuentes del derecho. En este sentido, en general, la fragmentación ha respetado esa jerarquía manteniéndose dentro de límites razonables sin afectar el núcleo central de tales normas y principios del ordenamiento jurídico general. La eficacia de unidad necesaria en el sistema internacional normativo, dependerá de la percepción que los jueces tengan de la existencia y la coherencia de tal sistema, así como del conocimiento real de su contenido.

Cuestión ampliamente debatida en el orden interno como en el internacional, las denominadas lagunas del derecho están íntimamente relacionadas con la aplicación del derecho por parte de los jueces. Todas las variedades de lagunas tienen en común que describen un ámbito para el que no existe la aplicación de una norma predeterminada. Se dice que existe una laguna cuando: a) el orden jurídico no contiene una norma que sería conveniente que existiera (impropiamente denominada como tal ya que se trataría de una omisión *lege ferenda*); b) En otro sentido, se habla de “laguna técnica” cuando no existe una norma concreta que regule una

³⁶ SALINAS ALCEGA, ob. cit.

materia específica ³⁷; c) También se denominan “lagunas impropias u ocultas” aquellas que, cuando a pesar de existir la norma para el caso, ésta no contempla una situación de excepción. Si se reconoce la existencia de lagunas y los jueces se encuentran impedidos de un *non liquet*, se abre la puerta para que los tribunales puedan crear derecho. En cierto sentido, ante la inexistencia de una norma concreta que regule un caso o materia específica, los jueces siempre pueden acudir a los principios generales del derecho (que también es fuente). En estos casos la interpretación y aplicación del derecho, roza con la creación del derecho. ¿Existe en derecho internacional una norma, como en los derechos internos³⁸, que prohíbe a los jueces dejar de fallar un caso concreto por inexistencia de norma aplicable al caso? Dicho de otra manera, ¿en derecho internacional el juez podría fallar un *non liquet* por inexistencia de norma aplicable al caso? El derecho no puede admitir, sin renunciar a unas de sus funciones fundamentales, que haya situaciones que carecen de repuestas ³⁹. Una forma de negar la existencia de lagunas sería el principio general de derecho que establece “que todo lo que no está expresamente prohibido se encuentra permitido” (aplicado por la CIJ en el *caso Lotus*). Tal es el pensamiento de Kelsen ⁴⁰ que sostiene que si no existe una norma de derecho que imponga a un sujeto a conducirse de determinada manera, el sujeto se puede comportar de la forma que lo desee. Ello responde al principio fundamental de que aquello que no está jurídicamente prohibido está permitido. Por ello para este autor no existen las “lagunas del derecho”. Todo está legislado por un tratado, o una costumbre, y aun cuando ello no sucediera, de conformidad al artículo 38 del estatuto de la Corte, esta puede resolver un caso concreto aplicando los principios generales

³⁷ Por ejemplo, cuando no existían normas que regularan el espacio ultraterrestre se podía expresar que existía una laguna normativa, pero no una laguna del derecho, pues siempre cabía la posibilidad de aplicar otros principios generales del derecho.

³⁸ En el derecho civil argentino el art. 15 es claro: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”.

³⁹ Para Alejandro Rodríguez Carrión, la Corte en varios casos, se ha expedido en el sentido de aceptar el *non liquet*: *dictamen por daños (1949)*; *derecho de asilo (1950)*; *sentencia del sudoeste africano (1966)*; *asunto sobre competencias de pesquerías (1974)*. A. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Lecciones de derecho internacional público*, Tecnos, 1987.

⁴⁰ H. KELSEN, *Principios de derecho internacional público*, Argentina, El Ateneo, 1965.

del derecho. *La función de la jurisprudencia es de resolver el conflicto de oposición de derechos e intereses aplicando, en ausencia de una específica provisión de derecho, los corolarios de los principios generales. Al hacerlo, el tribunal crea derecho para el caso determinado (tal como otras fuentes no enumeradas, por ejemplo los actos unilaterales), ya sea que los “principios” sean presentados como generalizaciones de normas existentes de derecho internacional o como principios generales del derecho en la acepción del artículo 38* ⁴¹. En todo caso, cuando el juzgador utilice un principio general del derecho para dirimir una controversia, es necesario que explique por qué recurre a tal principio demostrando la pertinencia de la aplicación del principio invocado al caso concreto.

VIII. La supremacía de los principios generales del derecho internacional como fuente. Conclusiones

Para asimilar el concepto de fuente, o si se quiere, de los procesos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones internacionales, necesariamente el punto de partida es la existencia de una norma en vigor. Por ello, en el transcurso de la aplicación de las normas, resulta indispensable conocer su proceso de creación. En este sentido el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, presenta una importancia tan evidente como limitada. En consecuencia, junto a las fuentes allí enumeradas, debe admitirse la existencia de otras, que surgen, en su gran mayoría, como producto de las múltiples variedades en que se puede expresar el consentimiento de los Estados.

Como el artículo 38 del Estatuto está dirigido a la Corte, ésta se erige en intérprete de tal formulación. El consentimiento estatal no es el único y decisivo creador de normas y obligaciones internacionales. Existen otras fuentes, en las que el consentimiento no juega ese rol, sino que se adapta y respeta una norma preexistente, como es el caso de los principios generales. Toda fuente u obligación internacional (proceso de creación) tiene

⁴¹ KELSEN, ob. cit.

su origen directamente o por conexidad con una norma internacional preexistente. En efecto, esa norma internacional preexistente directa o conexas existe: Es un principio general del derecho, que en su caso establece que el consentimiento o la voluntad de los Estados los obliga como a la ley misma, ya sea este consentimiento compartido, recíproco, unilateral o pluralista.

Los principios generales del derecho internacional desempeñan un papel fundamental, junto con las otras normas internacionales, para considerar el ordenamiento jurídico internacional como un conjunto normativo pleno e íntegro. Desde esta perspectiva ambas categorías de principios (principios generales del derecho y principios generales del derecho internacional), como fuentes formales, desempeñan una función básica que permite a los órganos jurisdiccionales suplir las lagunas del derecho y evitar, en consecuencia, que se declarase un *non liquet*. Se trata de una forma para contribuir a la unidad del derecho internacional en virtud de que todas las cuestiones internacionales puedan ser consideradas como cuestiones de derecho, bien sea a través de la aplicación de las normas existentes o mediante la aplicación de disposiciones derivadas de otras normas y principios.

Los principios generales del derecho internacional marcan la supremacía del derecho internacional sobre otras fuentes, incluso a las enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte. No se puede poner en duda que los principios generales del derecho internacional expresados básicamente en la Carta de San Francisco y en la Resolución 2625 inspiran la estructura del derecho internacional, suponiendo la supremacía de este frente al derecho interno, constituyendo en consecuencia, un principio general de derecho y principio general de derecho internacional, circunstancia que se encuentra reflejada en las Resoluciones de las Naciones Unidas sobre el Estado de derecho en los planos nacional e internacional ⁴².

También de la práctica internacional (especialmente de las Naciones Unidas) se puede deducir el carácter primordial del principio de preeminencia del derecho internacional como principio general de este derecho

⁴² Asamblea General. Resoluciones 61/39 - 62/70 - 63/128 - 64/116 - 65/32 - 66/102 - 67/97.

tanto en la formación como aplicación de las normas internacionales. *Este principio informaría la totalidad del ordenamiento jurídico internacional y éste se estructuraría sobre aquel* ⁴³.

Entendemos que los principios generales del derecho constituyen, si se estableciera una jerarquía de fuentes, la más importante de todas, ya que incluso el consentimiento de los Estados como fuente de creación y elaboración de normas internacionales, derivaría de un principio general del derecho internacional. Los principios del derecho internacional son principios propios de la disciplina relacionados con los principios generales del derecho con base en la particular naturaleza de la realidad social internacional considerada. Estos principios generales internacionales, tales como la primacía del tratado internacional sobre la ley interna; el principio de la continuidad del Estado; el respeto a la independencia e igualdad de los Estados; la regla del agotamiento de los recursos internos para la procedencia de la acción de amparo diplomático, la libertad de navegación, la exploración y explotación del espacio ultraterrestre, la utilización de estándares mínimos en el trato debido a los extranjeros, etc., son por su propia naturaleza, de índole estrictamente internacional, y no deben confundirse con los principios generales del derecho.

Esta concepción reduciría y pondría límites al consentimiento estatal como fuente necesaria y única de las fuentes del derecho, y evitaría la necesidad de disfrazar los principios generales del derecho internacional a través de otras fuentes, para no darle la categoría que tienen: fuente principal del derecho internacional.

⁴³ César VILLEGAS DELGADO, *La preeminencia del derecho en derecho internacional*, Thomson Reuters - Arazandi, 2013, pág. 174.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO COMO BASE DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ¹

GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL PUBLIC LAW AS THE BASE OF INTERNATIONAL PUBLIC ORDER

*Zlata Drnas de Clément **

Resumen: El presente trabajo revisa las posiciones doctrinaria y jurisprudencial frente a los principios generales del Derecho internacional público, considerando su jerarquía normativa y las críticas que se hacen a las visiones constitucionalista y relativista de los principios generales del derecho internacional público.

Palabras-clave: Principios generales del derecho internacional público - Orden público - Doctrina -Jurisprudencia.

Abstract: This paper reviews the doctrinal and jurisprudential positions on the general principles of public international law, considering its legal hierarchy and the criticisms of the constitutional and relativist views of the general principles of public international law.

Keywords: General principles of public international law - Public policy - Doctrine - Jurisprudence.

Sumario: I. Percepción doctrinaria de los principios generales del derecho internacional público. II. Percepción jurisprudencial de los principios generales del derecho internacional público. III. PGDIP-Jerarquía normativa-Orden público. IV. Críticas a la visión constitucionalista de los PGDIP. Críticas al relativismo anti principista.

¹ Trabajo presentado para su publicación el 26 de noviembre de 2013 y aprobado el 16 de diciembre de 2013.

*Profesora Emérita de las universidades Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I. Percepción doctrinaria de los principios generales del derecho internacional público

Tal como el Doctor Rey Caro señalara en la primera sesión ordinaria del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de 2013, no hay consenso en la doctrina en lo que hace a la diferencia entre principios generales del derecho (PGD) y principios generales del DIP (PGDIP), como tampoco en torno a la naturaleza normativa de los PGDIP o la posibilidad de un enunciamiento aceptado por todos, de carácter universal y duradero.

Por ejemplo, la doctrina soviética y sus seguidores han entendido que no hay diferencia alguna entre los principios generales del derecho y los de derecho internacional². Han considerado al Derecho, en general, como instrumento en manos de la clase dominante (burguesía), considerando que no podían conciliarse los principios del capitalismo con los del socialismo. Han desconfiado, especialmente, del principio de cooperación y del principio de igualdad de los Estados desde la visión occidental³. Esta

² V. G. I. TUNKIN, "Co-existence And International Law", *Recueil des Cours* (1958), V. 95 págs. 21-23.

³ "It is extremely clear that bourgeois jurisprudence consciously or unconsciously strives to conceal this element of class. The historical examples adduced in any textbook of international law loudly proclaim that modern international law is the legal form of the struggle of the capitalist states among themselves for domination over the rest of the world. However, bourgeois jurists try, as much as possible, to silence this basic fact of intensified competitive struggle, and to affirm that the task of international law is "to make possible for each state what none could do in isolation, by means of co-operation between many states." Bourgeois private law assumes that subjects are formally equal yet simultaneously permits real inequality in property, while bourgeois international law in principle recognizes that states have equal rights yet in reality they are unequal in their significance and their power. For instance, each state is formally free to select the means which it deems necessary to apply in the case of infringements of its right: "however, when a major state lets it be known that it will meet injury with the threat of, or the direct use of force, a small state merely offers passive resistance or is compelled to concede." These dubious benefits of formal equality are not enjoyed at all by those nations which have not developed capitalist civilization and which engage in international intercourse not as subjects, but as objects of the imperialist states' colonial policy" (E. PASHUKANIS, *International Law*, Moscú, 1925. (<http://es.scribd.com/doc/20700601/4/International-Law>; <http://marxists.org/archive/pashukanis/1925/xx/intlaw.htm#f2>, consulta de 30 de junio de 2013).

posición sigue vigente en el socialismo y su concepción del derecho como fenómeno jurídico (Escuela de Frankfurt, Socialismo Siglo XXI y otros). Sin embargo, de acuerdo a conveniencias circunstanciales, varios Estados del bloque socialista propugnaron en varias oportunidades, la inclusión de los PGD en formulación equivalente a la del artículo 38 del ECIJ y su precedente ECPJI, como es el caso de la *Declaración de Principios Reguladora de los Fondos Marinos y Océánicos y de su Subsuelo fuera de la Jurisdicción Nacional* (Res. 2749 (XXV) de la AGNU de 17 de diciembre de 1970).

Ian Brownlie ⁴, a pesar de titular a una de sus obras más relevantes “Principios del Derecho Internacional Público”, bajo el subtítulo “Principios generales del Derecho Internacional”, señala que esa enunciación puede referirse a normas consuetudinarias, a principios generales del derecho o a proposiciones lógicas resultantes de los razonamientos judiciales sobre la base del derecho internacional existente y la analogía con el derecho interno. Destaca explícitamente que “lo que resulta claro es lo inapropiado de una categorización rígida de las fuentes”, reconociendo como PGDI a principios abstractos surgidos en foro doméstico como son el consentimiento, reciprocidad, igualdad de los Estados, la validez de los acuerdos, la buena fe, la libertad de los mares ⁵. Ello, por entender que esos principios han sido aceptados ampliamente en el tiempo y en el espacio y que, necesariamente, están conectados directamente con la práctica de los Estados. Vale la pena recordar que Brownlie se mostró partidario de la codificación de normas consuetudinarias (entre ellas las fundamentales) y promovió la adopción de una Convención en materia de responsabilidad por ilícitos, similar a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia han distinguido a los principios generales del derecho de los principios generales del DIP.

Los PGD han sido concebidos como enunciaciones nacidas en foro doméstico, de carácter general, abstracto, receptados en el art. 38.1. c)

⁴ I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford University Press, New York, 2003, págs. 18 -19.

⁵ Sorprende la inclusión de este último principio entre los principios surgidos en foro doméstico.

del Estatuto de la CIJ (fuente principal, autónoma)⁶. En cambio, los principios generales (fundamentales, esenciales) del DIP (PGDIP) se han entendido como formulaciones universales, de carácter normativo concreto, surgidas de la práctica internacional, alcanzando el carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional general, receptadas como

⁶ Con relación al *origen* de los principios generales del derecho como fuente normativa en el plano internacional, éstos surgen a partir de una comparación y sistematización de distintos derechos internos y del transporte del espíritu común de esos derechos al DIP. Ese espíritu común manifestado en preceptos, ideas jurídicas básicas o “saberes” jurídicos, no se deriva, necesariamente, del conjunto de todos los sistemas internos, sino más bien de aquellos que pueden hacer aportes pertinentes o significativos. Ello, atento la expresión del artículo 38 del Estatuto de la CPJI y de la CIJ relativa a los “principios reconocidos por las naciones civilizadas”. Dado el contexto histórico de colonialismo en el que fue pronunciado, debe entenderse que hace referencia a los que corresponden a los sistemas jurídicos organizados, desarrollados y no a los primitivos, salvajes o próximos al estado de naturaleza. Los principios generales del derecho han cumplido distintos roles. Así, se han empleado en la aplicación e interpretación de las normas internacionales concepción *secundum legem* o *infra legem*. Así, la Cámara (Sala) de la CIJ en su sentencia en el as. *Diferendo Fronterizo (Burkina Faso y Mali)* ha señalado que “(...) tomará en consideración la equidad tal como ella se configura *infra legem*, es decir, la forma de equidad que constituye un método de interpretación del derecho, siendo ésta una de sus cualidades” (CIJ Rec. 1986, págs. 567-568, par. 28). También se les ha reconocido un rol integrador, no sólo interpretativo de normas, permitiéndoles cubrir lagunas normativas pero no del derecho como integridad (*p. ej.* equidad *praeter legem* o *secundum jus*), evitando el *non liquet* judicial. La Cámara (Sala) de la CIJ en su sentencia en el *Asunto del Diferendo Fronterizo (Burkina Faso y Mali)* ha admitido tácitamente la posibilidad de aplicación de la equidad *praeter legem* al expresar: “(...) [l]a sala no puede estatuir *ex aequo et bono*. No habiendo recibido de las partes la misión de proceder a un ajuste de sus intereses respectivos, debe igualmente descartar la posibilidad de aplicar en el presente caso la equidad *contra legem*. La sala tampoco aplicará la equidad *praeter legem*” (CIJ Rec. 1986, págs. 567-568, par. 28). Es de observar la forma de expresarse de la Corte, la que al señalar que no aplicará la equidad *praeter legem*, sólo dice que no lo hará pero no que está inhabilitada para hacerlo, tal como sí lo ha señalado en relación a los pronunciamientos *ex aequo et bono* y *contra legem*. Este pronunciamiento más allá de la “ley” pero dentro del “derecho”, es propio de la labor de integración que efectúan los órganos jurisdiccionales. Al respecto, Weil recuerda la crítica de Jennings a la percepción de la equidad como fuente normativa directa al preguntarse qué diferencia habría entre ella y la decisión *ex aequo et bono*. Por nuestra parte, entendemos que ni siquiera la equidad *contra legem* podría ser considerada como manifestación de *ex aequo et bono* (“jurisdicción de equidad”), ya que el pronunciamiento en aplicación de los principios generales del derecho no es libre ni de interpretación personal de los jueces, desligada del conjunto normativo aplicable al caso como permite el acuerdo de “jurisdicción de equidad”. Weil,

“fuente” normativa en el art. 38.1. b) del Estatuto de la CIJ⁷. Así, Julio Barberis⁸ expresa: “(E)s preciso diferenciar entre los principios generales del derecho y los principios generales del derecho internacional. Estos últimos son las normas fundamentales del derecho de gentes, tienen un origen consuetudinario, y por lo tanto, se hallan

además, argumenta que el Derecho internacional se compone de normas cuya inspiración y finalidad se halla en los valores humanos, morales o sociales y que la equidad constituye más bien una fuente material de Derecho internacional que formal. Sin embargo, a nuestro criterio tal afirmación podría ser válida para todas las otras fuentes formales del derecho. *I.a.*: as. *Plataforma Continental del Mar del Norte* (CIJ Rec. 1969, pág. 47, par. 85 y pág. 48, par. 88); as. *Tunez/Libia*, (CIJ Rec. 1982, p. 60, par.71) (“la noción jurídica de equidad es un principio general del derecho directamente aplicable en tanto derecho”); as. *Libia c. Malta* (CIJ Rec. 1985, pág. 39, par. 45) “la justicia, de la que la equidad es una emanación, no es una justicia abstracta, es la justicia de conformidad a la regla de derecho”); *Vid.* As. *Jan Mayen* (CIJ, Rec.1993, págs. 127-128, 192-193, 226 y ss. y opiniones individuales de Schwebel, Shahabuddeen, Weeramantry). La CIJ en distintas sentencias ha asignado a los principios generales rol de fuente normativa directa de derechos y deberes -tal como lo enuncia el artículo 38 del ECIJ-, haciendo referencia a la “regla de equidad”. 45 La aplicación de los principios generales *contra legem* o *contra jus* no es admitida a menos que las partes hubiesen facultado al tribunal a pronunciarse *ex aequo et bono* en sentido amplio (jurisdicción de equidad). Entendemos que los pronunciamientos conforme a la cláusula *ex aequo et bono* no pueden ser considerados fuentes del Derecho internacional, aun cuando “adjudiquen” derechos y obligaciones a los litigantes, en tanto implican un facultamiento al tribunal para se pronuncie conforme lo que ella considera bueno y justo, sin ataduras jurídicas. Hasta la fecha, ningún Estado ha otorgado tal habilitación a la Corte. Hay antecedentes de concesión de tal tipo de capacidades a tribunales en los Protocolos Instituyentes de las Comisiones Arbitrales Mixtas Venezolanas de 1902 y 1903, las que estaban facultadas para emitir sus fallos “sobre la base de la equidad absoluta, sin tener en cuenta las objeciones de naturaleza técnica o las reglas de legislación local”. Los principios generales del derecho hasta la fecha sólo han sido utilizados por la CIJ *infra legem*. Si bien, los principios generales tienen un carácter abstracto, (a diferencia de las normas consuetudinarias internacionales), debiendo el juez adaptarlos a la hora de definir el derecho aplicable a un caso concreto. El juez realiza su pronunciamiento en el conjunto de todas las normas pertinentes, incluidos los principios generales del derecho. Si bien, en su origen, los principios generales del derecho tienen base consuetudinaria en el derecho interno de los Estados, se diferencian de la costumbre en tanto, incluso en el derecho interno, no tienen perfil concreto como la costumbre internacional (producto directo de los actos de la práctica) sino general, abstracto. Por ello, no deben confundirse los denominados principios generales del DIP con los principios generales del derecho. Entre los principios generales del derecho figuran: *pacta sunt servanda*, buena fe, no abuso de derecho, equidad, *alterum non laedere*, obligación de reparar el daño causado, *rebus sic stantibus*, etc.

previstos en el art. 38.1 b) del Estatuto". Un ejemplo claro de estos dos planos se halla en el principio general del derecho de la "buena fe" (general, abstracto) y el principio general del DIP: "cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas" (general, concreto, propio de las relaciones internacionales y el derecho internacional).

Lord Phillimore, en el Comité de Juristas de 1920 durante los trabajos preparatorios del Estatuto de la CPJI, recuerda que los principios generales del derecho son aceptados por todas las naciones -como conjunto- en el foro doméstico y que son válidos tanto para el derecho interno como para el internacional⁹. Sørensen¹⁰ los consideró principios base de cohesión del derecho internacional con el interno. En tanto los PGDI son principios de cohesión del Derecho Internacional.

González Campos¹¹, señala las distintas expresiones que se han utilizado para designar a los principios fundamentales de DIP "principios *estructurales*". También se ha hecho referencia a "*comunes*", "*fundantes*" del ordenamiento internacional" (principios que reflejan los valores jurídicos *fundamentales* de sistema jurídico internacional), los que se han ido formando en distintos períodos de la evolución del sistema jurídico internacional (por ejemplo, en el siglo XVI, el principio de igualdad soberana de los Estados; en el siglo XIX, el principio de cooperación internacional). Entiende que los que corresponden al actual ordenamiento internacional se reflejan en el marco de las Naciones Unidas en la Res. AGNU 2625 (XXV) "*Declaración sobre los Principios de DI referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Esta-*

⁷ Los principios generales del DIP son normas consuetudinarias, que han ido surgiendo de la práctica de los Estados o de la labor de las OI. El que la formulación sea "principalista" no significa que sea una enunciación abstracta, inconcreta.

⁸ Julio A. BARBERIS, *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, pág. 235.

⁹ V. W. G. F. PHILLIMORE, "Droits et devoirs fondamentaux des Etats", *Recueil des Cours*, V. 1 (1923), pág. 72 y ss.

¹⁰ M. SØRENSEN, "Principes de droit international public", *Recueil des Cours*, vol. 101 (1960), págs. 1-254

¹¹ J.D GONZÁLEZ CAMPOS - L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ - M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1992, págs. 25-27, 29-32.

*dos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” (Declaración de los siete principios)*¹².

¹² González Campos en la obra referida precedentemente recuerda que Elisa Pérez Vera efectuó una distinción entre los principios de la Res AGNU 2625 (XXV): *algunos presuponen a estructura política de la sociedad internacional (igualdad soberana, solución pacífica de controversias, cooperación y buena fe); *otros, aspiran a regular el cambio social en la comunidad internacional (no injerencia, abstención de la amenaza y uso de la fuerza, libre determinación). Además, consideró críticamente que la enunciación de los principios de la resolución es incompleta porque solamente en forma incidental se alude al respeto de los derechos humanos, el que en la actualidad constituye uno de los principios estructurales del sistema. No coincidimos con la opinión de la jurista en tanto el enunciado mismo de la Resolución se refiere a las relaciones entre Estados, resultando más que significativa la amplitud de compromiso que implican las referencias a los derechos humanos que contiene, en particular: Res. AGNU 2625 (XXV): Párrafo tercero preambular: *“Teniendo presente la importancia de mantener y fortalecer la paz internacional fundada en la libertad, la igualdad, la justicia y el respeto de los derechos humanos fundamentales y de fomentar las relaciones de amistad entre las naciones, independientemente de las diferencias existentes entre sus sistemas políticos, económicos y sociales o sus niveles de desarrollo”*. Res. AGNU 2625 (XXV): Párrafo segundo del principio cuarto: *La obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta (...) b) los Estados deben cooperar para promover el respeto universal a los derechos humanos, y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades, y para eliminar todas las formas de discriminación racial y todas las formas de intolerancia religiosa*. Res. AGNU 2625 (XXV): Párrafo segundo del principio quinto: *El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos (...) b) poner fin rápidamente al colonialismo, teniendo debidamente en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos a la subyugación de que se trate; y teniendo presente que el sometimiento de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una violación del principio, así como una denegación de los derechos humanos fundamentales, y es contraria a la Carta de las Naciones Unidas*. Res. AGNU 2625 (XXV): Párrafo tercero del mismo principio: *Todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y la efectividad de tales derechos y libertades de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*. Res. AGNU 2625 (XXV): Párrafo séptimo de ese mismo principio, el que si bien no emplea el término “derechos humanos”, coloca a éstos por encima del derecho de soberanía e integridad territorial de los Estados: *Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color*. Al respecto, Gutiérrez Espada (C. GUTIÉRREZ ESPADA -

Destacamos que, tal como lo recuerda Antonio Remiro Brotóns, según un Memorandum de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de Naciones Unidas de 1962, el término “Declaración” es empleado para encabezar resoluciones que, con carácter formal y solemne, enuncian principios de gran y duradera importancia, creando en el órgano que las enuncia una fuerte expectativa de que serán cumplidas, manifestando con ello el carácter normativo general de sus enunciados, máxime cuando es adoptada por unanimidad o consenso, como ha sido el caso de la Res. AGNU 2625 (VXXV). En idéntico sentido se ha expresado la conclusión 13 de la resolución del *Institut de Droit International* de 1987¹³.

Al respecto, la propia resolución AG 2625 (XXV), en su art. 3 de cierre del instrumento declara: “*Los principios de la Carta incorporados en la presente Declaración constituyen principios básicos de Derecho Internacional y, por consiguiente, insta a todos los Estados a que se guíen por estos principios en su comportamiento internacional y a que desarrollen sus relaciones mutuas sobre la base de su estricto cumplimiento*”.

M.J. CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional en la Encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, Madrid, Trotta, 2008, pág. 33 y ss.) designa a los principios de la Res. 2625 (XXV) como *principios comunes* que enuncian los valores fundamentales del sistema jurídico en su totalidad y considera que la lista no debe considerarse como un *corpus* rígido y cerrado sino como una enumeración abierta a la evolución del DIP, la que ha ido incorporando el principio de protección de los derechos humanos, de la protección del medio humano, la cooperación para el desarrollo, entre otros.

¹³ IDI, Cairo 1987 Resolution: *The Elaboration of General Multilateral Conventions And of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective (Thirteenth Commission, Rapporteur: Mr Krzysztof Skubiszewski)*, la que, en su conclusión 4, expresó: “*A law-declaring Resolution purports to state an existing rule of law. In particular, it may be a means for the determination or interpretation of international law, it may constitute evidence of international custom, or it may set forth general principles of law.*” V. asimismo, A. REMIRO BROTONS *et al.*, *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pág. 346 y ss. V. *infra* lo relativo a las sentencias de la CIJ en el Caso de las *Acciones militares y para militares en y contra Nicaragua*.

II. Percepción jurisprudencial de los principios generales del Derecho internacional público

Con relación a los PGDIP, debemos recordar que, en el *Caso Mavromatis Jerusalem Concessions* (Objeciones a la jurisdicción) (Grecia v. Gran Bretaña), en la sentencia de 30 de agosto de 1924 ¹⁴, la CPJI expresó: P. 15. *It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. P. 23. Neither the Statute nor the Rules of Court contain any rule regarding the procedure to be followed in the event of an objection being taken in limine litis to the Court's jurisdiction. The Court therefore is at liberty to adopt the principle which it considers best calculated to ensure the administration of justice, most suited to procedure before an international tribunal and most in conformity with the fundamental principles of international law*".

En la sentencia en el mismo caso (*Mavromatis*) de 26 de marzo de 1925 ¹⁵, la CPJI expresó: P. 89. *Article 4 of Protocol XII, which is closely connected with -Article I which lays down the fundamental principles of the maintenance of contracts and agreements duly entered into, is, as compared with Article 6, in the nature of a rule, whereas the latter article is merely an exception.*

En la sentencia de 10 de octubre de 1927 sobre la *Readaptación de la Mavromatis Jerusalem Concessions (Jurisdiction)* ¹⁶, la CPJI expresó: 66. *The institution of this control was due to the fact that the Powers did not wish to leave a mandatory at liberty to govern mandated territories entirely at his discretion. Certain limits were to be fixed, not only with a view to harmonizing the principles established under the various mandates, but also with a view to establishing special rules in regard to each country, that is to say, a guarantee that the administrations should act in accordance with the principles*

¹⁴ CPJI Serie A N° 02.

¹⁵ CPJI Serie A N° 05.

¹⁶ CPJI Serie A N° 11.

adopted in the interests of the community of nations by the Covenant. 129. It is by reference to the spirit of Article 22 of the Covenant of the League of Nations that one finds the essential element underlying the Mandate from the point of view of the full powers in question ; indeed, it is upon the idea of "development" that the principles of Article 22 are mainly based; whenever the exercise of the full powers is therefore concerned, the Administration has an obligation to exercise them, because in the development of the country a great deal of its mission and all its activities are comprised. It could not be otherwise, having regard to the responsibility voluntarily assumed by the Mandatory when accepting the Mandate; a limit, however, was placed upon the exercise of these full powers: it was the reservation made with regard to the international obligations accepted by the Mandatory; clearly, this was an application of a principle of international law as against which the powers granted by the Mandate could not be applied; this tutorship had to be determined without, however, for the purpose of its exercise, granting powers which would infringe upon the principles of international law from which international obligations arise. Indeed, the concessions granted prior to October 29th, 1914, had to be maintained and this principle of international law had to be respected. The terms of the treaty guaranteeing the maintenance of this principle on every occasion on which the full powers of control would be exercised, must contemplate not only positive acts but also negative acts, in this sense that the Palestine Administration would be obliged to respect international obligations accepted by it, not only when it granted concessions, but also when it exercised its powers in a manner which would cause injury to the concessionaire; indeed, it could not be otherwise because it would confer upon the Palestine Administration powers of action and at the same time give it complete liberty every time that acts were concerned which constituted, [p52] as regards their application or their effects, a failure to observe these international obligations; and this is all the more true since the purpose itself of safeguarding public interests is closely connected with the idea of control; the Administration must see that all the natural resources, the use of which it allows, and all public works and utilities, the carrying out of which it authorizes, should tend to safeguard the interests of the community and the development of the country. And, as has been

stated, the Palestine Administration is not by the nature of the Mandate itself an administration similar to others. It has a purpose, expressed at the time of the origin of its rights, which differs from that of any other public administrations, in the sense that it could not have acted if there had been no Mandate or this tutorship, which was conferred upon it by Article 22 of the Covenant. Owing to the nature sui generis of the Mandate and owing to its purpose or special mission of tutorship, a tutorship which dominates the whole of the Mandate, the exercise by the Administration of its full powers becomes compulsory, whether it is a question of deciding with regard to a public ownership or public control ; in other words, it is obliged, in order to safeguard the interests of the community, to decide whether it has to exercise these full powers by the method of ownership or by that of control ; hence, the words “provide” or decider have a specific and identical legal meaning. Similarly, the words “ownership” and “control” cannot be separated from the word “public”. Furthermore, the words “public control”, whilst supporting the restricted meaning attributed to sequestration or intervention by the Court, acquire an obligatory character. That is to say that the Administration, in deciding to exercise its full powers, must decide whether it is going to exercise them by sequestration or by intervention; it is obliged to do one or the other.

En el *Asunto Lotus* (CPJI. *Caso Lotus (Francia v. Turquía)*, sentencia de 7 de septiembre de 1927 ¹⁷, la CPJI señaló que se trataba de normas consuetudinarias internacionales de carácter universal (“DI aplicado entre todas las naciones pertenecientes a la comunidad de Estados” para regular la “coexistencia” entre las comunidades independientes o para “alcanzar propósitos comunes”): [37] *The Court must recall in this connection what it has said in some of its preceding judgments and opinions, namely, that there is no occasion to have regard to preparatory work if the text of a convention is sufficiently clear in itself. Now the Court considers that the words “principles of international law”, as ordinarily used, can only mean international law as it is applied between all nations belonging to the community of States. (...). [44] International law governs relations between*

¹⁷ CPJI Serie A N° 10.

independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims.

En el *Caso del Estrecho de Corfú* (Gran Bretaña v. Albania), sentencia de 9 de abril de 1949, I.C.J. Reports 1949, p. 22, la CIJ ha expresado: 22. *The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them. Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VTII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war ; the principle of the freedom of maritime communication ; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.*

Con relación a los PGD, en los *Asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania vs. Dinamarca; República Federal de Alemania vs. Holanda), con relación a la sentencia de la CIJ de 20 de febrero de 1969¹⁸, el juez Fouad Ammoun en opinión separada¹⁹, haciendo valer la importancia de la incorporación de los PGD al derecho de gentes su contribución a la unidad del derecho y a la moralización del DIP, expresó: 33 (...). *Aussi les principes généraux du droit, quand ils synthétisent et condensent le droit in foro domestico des nations -de l'ensemble des nations- paraissent-ils plus proches que les autres sources du droit, de la morale internationale. En s'incorporant au droit des gens, ils se dépouillent de toute teinte nationaliste pour représenter, tel le principe de l'équité, les plus pures valeurs morales. Ainsi véhiculé par ces valeurs sur la voie du développement, le droit des gens se rapproche de plus en plus de l'unité".* 35 « [...] Les principes généraux de droit sont, sans con-

¹⁸ ICJ Reports 1969.

¹⁹ Texto original en francés.

teste, des facteurs de moralisation du droit des gens, en tant qu'ils empruntent au droit des nations des principes de l'ordre moral tels que ceux de l'égalité, de la responsabilité et de la faute, de la force majeure et du cas fortuit, de l'estoppel, du non-abus des droits, de la due diligence, de l'interprétation des actes juridiques fondée non moins sur l'esprit que sur la lettre du texte, enfin de l'équité dans la mise en œuvre des règles juridiques, et dont dérivent l'enrichissement injuste ou sans cause l, ainsi que la bonne foi[...] qui n'est qu'un reflet de l'équité et qui en est née[...]²⁰”.

En el *Caso Acciones Militares y Para Militares en y contra Nicaragua* (Nicaragua v. Estados Unidos), la Corte en su sentencia de 26 de noviembre de 1984 ha expresado que ciertos PGDIP pueden ser receptados por convenciones pero no por ello pierden su valor de normas consuetudinarias independientes:

73 (...)»*cannot dismiss the claims of Nicaragua under principles of customary and general international law, simply because such principles have been enshrined in the texts of the conventions relied upon by Nicaragua. The fact that the above-mentioned principles, recognized as such, have been codified or embodied in multilateral conventions does not mean that they cease to exist and to apply as principles of customary law, even as regards countries that are parties to such conventions. Principles such as those of the non-use of force, nonintervention, respect for the independence and territorial integrity of States, and the freedom of navigation, continue to be binding as part of customary international law, despite the operation of provisions of conventional law in which they have been incorporated*»²¹ (I.C.J.Reports1984, p. 424, para. 73).

²⁰ En nota, el Juez recuerda expresiones de doctrinarios y jurisprudencia relativa a la aplicación de la equidad, *i.a.*: “Cf. aussi Ch. de Vischer, *Théorie et réalités en droit international public*, p. 482, qui souligne à son tour qu’ il est significatif que dans le cas où certains membres ont expressément invoqué les principes généraux. ils l’ont fait sous le couvert de quelques-unes des données les plus élevées et les **plus générales de l’ordre juridique. telles que la justice ou l’équité**. Voir decision du 11 novembre 1912 du tribunal arbitral dans l’affaire des *Indemnités russes contre l’Empire ottoman*, qui fait état de l’équité pour apprécier la responsabilité de l’Etat et sa mise en oeuvre”.

²¹ I.C.J. Reports1984, pág. 424, par. 73.

En el mismo caso, pero en la sentencia de 27 de junio de 1986, la CIJ, a más de recordar lo señalado en su sentencia de 1984, agregó que las afirmaciones de ambas partes (Nicaragua y Estados Unidos) sustentadas en principios generales encuentran su fundamento en la costumbre internacional, y que ciertas resoluciones como la Res de la AGNU 2625 (VVV) reflejan la *opinio juris* en la materia: 188. *The Court thus finds that both Parties take the view that the principles as to the use of force incorporated in the United Nations Charter correspond, in essentials, to those found in customary international law. The Parties thus both take the view that the fundamental principle in this area is expressed in the terms employed in Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter. They therefore accept a treaty-law obligation to refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations. The Court has however to be satisfied that there exists in customary international law an opiniojuris as to the binding character of such abstention. This opinio juris may, though with all due caution, be deduced from, inter alia, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions, and particularly resolution 2625 (XXV) entitled "Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations". "The effect of consent to the text of such resolutions cannot be understood as merely that of a "reiteration or elucidation" of the treaty commitment undertaken in the Charter. On the contrary, it may be understood as an acceptance of the validity of the rule or set of rules declared by the resolution by themselves. The principle of non-use of force, for example, may thus be regarded as a principle of customary international law, not as such conditioned by provisions relating to collective security, or to the facilities or armed contingents to be provided under Article 43 of the Charter. It would therefore seem apparent that the attitude referred to expresses an opinio juris respecting such rule (or set of rules), to be thenceforth treated separately from the provisions, especially those of an institutional kind, to which it is subject on the treaty-law plane of the Charter." 191. "As regards certain particular aspects of the principle in question, it will be necessary to distinguish the most gra-*

ve forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms. In determining the legal rule which applies to these latter forms, the Court can again draw on the formulations contained in the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (General Assembly resolution 2625 (XXV), referred to above). As already observed, **the adoption by States of this text affords an indication of their opinio juris as to customary international law on the question.** Alongside certain descriptions which may refer to aggression, this text includes others which refer only to less grave forms of the use of force. In particular, according to this resolution : “Every State has the duty to refrain from the threat or use of force to violate the existing international boundaries of another State or as a means of solving international disputes, including territorial disputes and problems concerning frontiers of States. States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force. Every State has the duty to refrain from any forcible action which deprives peoples referred to in the elaboration of the principle of equal rights and self-determination of that right to self-determination and freedom and independence. (...)”.

En su OC en el asunto *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, en dictamen de 9 de julio de 2004, la CIJ expresó:

87 “(...) On 24 October 1970, the General Assembly adopted resolution 2625 (XXV), entitled Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States” (hereinafter “resolution 2625 (XXV)”), in which it emphasized that “No territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal”.

Además, recuerda: 87 “(...) As the Court stated in its Judgment in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, the **principles as to the use of force incorporated in the Charter reflect customary international law** (see *J.C.J. Reports 1986. pp. 98-101, paras. 187-190*); the same is true of its **corollary entailing the illegality of territorial acquisition resulting from the threat or use of force**”.

Teniendo en cuenta la posición mayoritaria de la doctrina internacional, la jurisprudencia, y al art. 3 de la Res. de la AGNU 2625 (XXV), cabe preguntarnos si los PGDIP, considerados esenciales, fundantes, indispensables para el Derecho de Gentes están en la base del orden público internacional conllevando una naturaleza *erga omnes*.

III. PGDIP-Jerarquía normativa-Orden público

Con distintos matices el “orden público ha sido receptado en distintos derechos internos. Así, en el derecho interno francés con la **designación** de *ordre public*, en el italiano: *ordine pubblico*, en el alemán: *öffentliche Ordnung*²², en el angloamericano: *public policy*²³.

Roel de Lange²⁴, ha señalado que el orden público es multifacético. En Francia, al igual que en los países de tradición civilista, el término se refiere a las reglas *no escritas* que hacen a la estructura jurídica básica indispensable en una sociedad dada para permitir la convivencia social ordenada, lo que incluye la protección de los derechos humanos fundamentales. Bien diferente es el concepto de “*public policy*” en el derecho anglosajón (*common law*), ya que no se refiere a la estructura básica de la república (u otra entidad) o a sus principios fundamentales, o a los valores públicos esenciales para la comunidad, como tampoco a los derechos fundamentales de los ciudadanos, sin que se centra en la seguridad pública como rama administrativa de la acción de gobierno, en el debido proceso en caso de conflicto de normas y ejecución de sentencias, o bien, se relaciona a respuestas que el Estado puede dar a las demandas de la

²² El Tribunal Constitucional Federal alemán entiende por “orden público” todas las reglas *no escritas* cuyo respeto a los puntos de vista sociales y éticos imperantes se considera un requisito indispensable de la convivencia humana ordenada dentro de un determinado territorio. (BVerfGE 69, 315 (352) – Brokdorf-Beschluss).

²³ V. Pedro Antonio FERRER SANCHÍS, “Los conceptos *Jus Cogens* y *Jus Dispositivum* y la labor de la Comisión de Derecho Internacional”, *REDI*, N° 21, 1968, págs. 778-779. La CDI ha tendido a equiparar los términos *jus cogens* y orden público (CDI Anuario, 1963-I, pág. 67).

²⁴ R. DE LANGE, “The European public order, constitutional principles and fundamental rights”, *Erasmus L. Rev.* 3 (2007-2008), págs. 3-24.

sociedad. Suele hacerse referencia a *transnational public policy* para referirse a las relaciones internacionales.

En el Derecho internacional público, desde el siglo XVIII comenzó a hablarse de un derecho de gentes “ineludible”.

Así, Emer de Vattel hizo referencia a un “derecho de gentes necesario”, quedando definido como aquél que no puede prescindirse, que no puede ser modificado unilateralmente, que invalida toda convención voluntaria particular contraria a sus prescripciones²⁵.

Johann Caspar Bluntschli distinguió entre violaciones ordinarias de Derecho internacional de aquellas que socavan los cimientos del orden jurídico, “atentatorios a los derechos generales de la humanidad o a los principios necesarios del derecho internacional”²⁶.

Marcel Siebert se pronunció por un “orden público internacional” de bases positivas, entendiéndolo por orden público al conjunto de reglas indispensables para el mantenimiento del orden y de la paz para todos²⁷.

Gerald Fitzmaurice, en la CDI al ocuparse del Proyecto sobre de Derecho de los Tratados, en el tercer Informe de 1958, ha hecho referencia a tratados de “carácter inmoral”, a tratados que “van en contra de la humanidad, las buenas costumbres y el orden público o de los principios conocidos de ética que rigen la conducta internacional”: *Art. 20. Moralidad del objeto. “El carácter inmoral de un tratado, que por lo demás no sea realmente ilícito en virtud de los Art. 16 a 19, no podrá per se ser causa de invalidez entre las Partes que lo hayan conclui-*

²⁵ “Es necesario porque las naciones están absolutamente obligadas a observarlo (...); este derecho es inmutable y la obligación que impone, necesaria e indispensable; las naciones no pueden modificarlo en sus convenciones, ni dispensarse a sí mismas de él o recíprocamente una a la otra”. E. DE VATTEL, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués a la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, 1758, paras. 7-9 y Libro II, párr. 161; Ernesto DE LA GUARDIA, op. cit., “Derecho de los (...)”, p. 75.

²⁶ J. C. BLUNTSCHLI, *Das Moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, vers. francesa *Le Droit International Codifié*, 2ª ed., París, Guillaumin et Cie., 1874. Expresa que “serán nulos los tratados atentatorios a los derechos generales de la humanidad o a los principios necesarios del derecho internacional”. Conf. *ibidem*, pág. 77.

²⁷ M. SIBERT, *Traité de Droit International Public*, París, Dalloz, 1951, t. I, págs. 16 y 17; t. II, págs. 212 y 213. Conf. Ernesto DE LA GUARDIA, op. cit. “Derecho de (...)”, pág. 80.

do (y en todo caso, el tratado carecerá de fuerza contra terceros). Pero cualquier Tribunal podrá negarse a tener en cuenta o aplicar el tratado (incluso las Partes y aunque no se niegue su validez) en los casos en que el mismo vaya claramente en contra de la humanidad, las buenas costumbres y el orden público internacional o de los principios reconocidos de ética que rigen la conducta internacional” (Anuario de la CDI, 1958, Vol. II, pág. 21 y ss.).

Humphrey Waldock en su segundo Informe (1963) en el mismo proyecto, ha incluido una enunciación no taxativa de tratados contrarios a norma de *jus cogens*, anunciadora de la posterior indefinición de los contenidos de tal tipo de normas, si bien aparece un elemento anticipador de la idea de violaciones *erga omnes*. En el art. 13.2.c del proyecto se expresa: *Art. 13.2. c) Cualquier acto u omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el Derecho internacional”*.

Destacamos la expresión ‘deba’, lo que es propio a nuestro entender de las obligaciones *erga omnes* y, en particular, de las normas de *jus cogens*.

Antonio Truyol-Serra recuerda y pondera la opinión disidente del Juez Tanaka en la sentencia en el asunto sobre el *Sudoeste africano*. *Segunda fase* (CIJ *Recueil* 1966, p. 300) en la que señala que, desde un punto de vista positivista, voluntarista, las convenciones -y en segundo lugar la costumbre- se perciben como las fuentes formales más importantes del DIP, considerándose a los PGD mera fuente supletoria; por el contrario, desde un punto de vista objetivo supranacional, los principios se colocan adelante. Agrega Tanaka que, si se acepta el hecho de que los convenios y la costumbre frecuentemente son manifestación y concretización de principios generales ya existentes, debería adjudicarse posición primaria a los PGD con relación a las otras fuentes ²⁸.

Bruno Simma destacó que las normas de *jus cogens* constituyen obligaciones absolutas (“absolute Völkerrechtspflichten”), agregando que pertenecen al *orden público* de una sociedad determinada, no pudiendo ser modificadas ni encerradas en el estrecho círculo de los acuerdos:

²⁸ A. TRUYOL-SERRA, *Théorie du Droit International Public Cours Général, Recueil des Cours*, V. 173 (1981-IV), pág. 258.

*“Ebenso wie in allen anderen Rechtsgemeinschaften stehen auch in der Völkerrechtsgemeinschaft Normen in Geltung, die durch Abschprachen im engeren Kreis nicht aufgehoben oder abgeändert werden können, weil sie zum ordre public dieser Gemeinschaft gehören”*²⁹.

Por nuestra parte, entendemos que el hecho de que las normas de *juscogens* constituyan el núcleo duro del orden público (normas *erga omnes*), no debe llevarnos a identificar al *jus cogens* con todo el orden público internacional (*i.a.* Art. 53 y 64 de la CVDT con al art. 103 de la Carta de Naciones Unidas).

La Carta de las Naciones Unidas, concibiendo la proyección institucional de la Organización como estructuradora del desarrollo del ordenamiento internacional, ha puesto en la cúspide normativa a su propia Carta. Así, el art. 103 de la CNU establece: *“En caso de conflicto entre las obligaciones contraída por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta*³⁰ *y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”*.

Ese rol privilegiado de la Carta también se repite en la Res. de la AGNU 2625/XXV) en su art. 2, el que no solo se refiere a la condición superior de la Carta como convenio internacional sino que, también establece el modo en que deben jerarquizarse los PGDIP que enuncia: *“Declara que: Por lo que respecta a su interpretación y aplicación, los principios que anteceden están relacionados entre sí y cada uno de ellos debe interpretarse en el contexto de los restantes”*. *“Nada de lo enunciado en la presente Declaración se interpretará en forma contraria a las disposiciones de la Carta o en perjuicio de los derechos y deberes de los Estados Miembros en virtud de la Carta o de los dere-*

²⁹*Praxis*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, pág. 262. V. *i.a.* Alfred VERDROSS, “*Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*”, en *AJIL* 60, 1966, pág. 55 y ss.; FERRER SANCHIS, op. cit “*Los Conceptos (...)*”, pág. 763 y ss.; NISOT, “*Le concept de Jus Cogens Envisagé par Rapport au Droit International*”, en *RBDI*, N° 4, 1968, pág. 1 y ss.

³⁰ Por la estructura de la Carta, la labor de los distintos órganos de las Naciones Unidas (en particular AG y CIJ) debe darse especial posición a los propósitos y principios de los art. 1 y 2 dentro de la misma estructura de la Carta.

chos de los pueblos en virtud de la Carta, teniendo en cuenta la formulación de esos derechos en la presente Declaración”.

Georg Schwarzenberger³¹ ha señalado que, dado los principios fundamentales del DIP hacen una especial contribución por sí mismo a la estructura universal del derecho internacional, todas las demás normas encajan *a través de los principios fundamentales en el sistema*.

En vista a lo precedentemente señalado, al art. 103, los principios de la Res. de la AGNU 2625 (XXV), junto a otras normas fundamentales del DIP conforman el orden público de la sociedad internacional contemporánea, constituyendo formulaciones jurídicas *erga omnes*.

Esta visión sistemática, racionalista, jerárquica, es discutida desde las posiciones críticas del derecho, propias de la postmodernidad. Asimismo, el criticismo relativista es cuestionado a partir de sus postulados y su práctica.

IV. Críticas a la visión constitucionalista de los PGDIP - críticas al relativismo anti principista

Al amparo de la “globalización” como *factum*, buena parte de la doctrina contemporánea se ha visto seducida por una tendencia a-jurídica, que entiende -desde el modelo “jurídico” multidimensional de la complejidad indivisa- que el “derecho” es sólo una “práctica social”, un “hecho social”, desconociendo desde el agnosticismo y el escepticismo las capacidades en las que el racionalismo y positivismo lógico confiaban para generar normas generales, válidas, reguladoras de la sociedad, capaces de asegurar la vigencia de un orden de paz y justicia para todos, especialmente, normas como los PGDIP. La “nueva” doctrina³² pone el

³¹ SCHWARZENBERGER, ob. cit., p. 372 y ss.

³² Destacamos la expresión “nueva”, atento a que sus raíces argumentales se hallan en el sofismo griego. Los sofistas (gr: *sofos*=sabio, si bien desde Platón tiene percepción peyorativa) entendieron que: - no puede haber saber universalmente válido ya que no puede haber saber objetivo de la sustancia (Gorgias de Leontinos: “Nada existe; si algo existiera no sería cognoscible y si fuera cognoscible, sería imposible de comuni-

acento en lo inter-relacional de los entendimientos, su provisionalidad, su particularidad. Los conflictos se solucionan a través de la negociación, Los consensos, la responsabilidad social auto asumida. Se desconoce el “derecho” como tal, en su forma de norma dispositiva emanada de autoridad legítima y se promueve el estudio de las manifestaciones regulatorias emergentes de las interactuaciones de las redes transnacionales (coalición de voluntades descentralizadas, poco sistemáticas y estables; acuerdos informales reguladores de intereses comunes, separados de consideraciones morales). Los únicos “requerimientos” de esa gobernanza global -tal como ya lo señaláramos- son la transparencia, la participación, la negociación, el auto-gobierno, la auto-responsabilidad y la libertad de obrar

car”.); - hay una oposición entre la justicia y la legalidad (nomos): la primera es ley de la naturaleza y mantiene siempre su validez en todo lugar; la segunda es ley humana, variable, engendradora de poder tiránico y arbitrario (Hípias de Élida); -toda legalidad, sin importar el tipo de Estado, representa los intereses de los más fuertes (Trasímaco de Calcedonia); el “areté” político, el arte de gobernar, se puede enseñar a todos e, incluso, que no hace falta estar formado para gobernar (Antifón); - la solución pacífica de los conflictos debe alcanzarse a ultranza para lograr la armonía y la paz sobre la base de la satisfacción mutua, sin reconocer principios generales de justicia (Gorgias); - en la injusta distribución de la tierra y en la desigualdad estaban las causas de la miseria, del impulso a la criminalidad y de las revoluciones; - los ciudadanos deben ser iguales en dos cosas: la propiedad y la educación (Faleas de Corinto); - las diferencias individuales impiden la uniformidad en el conocimiento de la realidad (Protágoras de Abdera: “el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto son y de las que no son en cuanto no son”). (V. PLATÓN, *Diálogos. Obra completa en 9 volúmenes*. Obtenible en forma completa en <http://www.filosofia.org/cla/pla>). En nuestros tiempos, los Postmodernos, *Relativistas*, sostienen similares premisas: -la imposibilidad de alcanzar la verdad; - la imposibilidad de un enfoque de la realidad objetivo y verificable; - la imposibilidad de construir teorías. Los *Criticistas* (Neomarxistas que anclan en la Escuela de Frankfurt, entre ellos, Horkheimer, Adorno, Marcuse, Habermas) sostienen: -la imbricación entre sujeto cognoscente y objeto de conocimiento; - la prevalencia de intereses (particularmente manifestados en las leyes) que consolidan sociedades injustas; - la imposibilidad de hacer ciencia objetiva; -la singularidad de los acontecimientos y la complejidad del mundo real, lo que requiere una visión global del “fenómeno” jurídico. Los *Constructivistas Postmodernos* entienden que: -las instituciones o estructuras surgen de la acción-voluntad de los actores (*i.a.* construcción de normas); -creadas las instituciones o estructuras se reifican; - las comunidades epistémicas son creadoras de creencias intersubjetivas que actúan como vehículos de supuestos teóricos, interpretaciones y significados colectivos que ayudan a “crear” la realidad social; la realidad no existe en tanto es mera narrativa social que varía según el espectador y depende de las comunicaciones.

de individuos y entidades³³. Si la “discusión normativa” ha de darse en el marco del constructivismo, surge el problema de si se dan o no la “real” participación, la “verdadera representatividad”, la “transparencia” en el diálogo, la “recta” negociación, la “plena y no digitada” construcción del nuevo acuerdo (nuevo pacto social en permanente mutación). Ese nuevo pacto, frecuentemente, suele promover desde su relativismo, un estado de confusión de las sociedades sobre la corrección de ciertos comportamientos sociales o decisiones públicas. En estos modelos, incluso el *pacta sunt servanda* pierde su valor al amparo de una presunta voluntad del colectivo expresado mayoritariamente. Koskenniemi³⁴ sostiene que una reforma de la Carta de Naciones Unidas a estas alturas está desprovista de significado político, ya que el mundo ha girado hacia un modelo no dispositivo en los que predominan regulaciones no vinculantes, particularistas, relativistas, a consensuar cooperativamente, carentes de absolutismos. El autor considera que la visión federativa cosmopolita de Lauterpacht (al igual que la constitucionalista de Oppenheim y Verdross) queda reducida a la nostalgia de la dominación europea y su misión sagrada de civilización. Koskenniemi en los paras 323 y 324 de su Informe a la CDI en el proyecto sobre “Fragmentación del DIP”³⁵ manifestó su escasa confianza en la capacidad aglutinadora del sistema jurídico a través del *jus cogens*, las normas *erga omnes* o el art. 103 de la Carta de Naciones Unidas.

Nico Kirsch³⁶ ha afirmado que “El constitucionalismo inevitablemente implica “a dream of reason”, irrealizable en el tiempo, consolidador de una estructura social injusta.

³³ Es de observar que los países en que se aplicado el modelo, en su mayoría, no han logrado garantizar cabalmente esos presupuestos, y han hecho un uso político partidario de los beneficios que podía ofrecerles cada requisito de los enunciados, desvirtuando las legítimas causas de sus enunciados.

³⁴ M. KOSKENNIEMI, “El Destino del Derecho Internacional Público: Entre la Técnica y la Política”, *Revista de Derecho Público*, N° 24 (marzo de 2010), Universidad de los Andes (traducción de la obra “The Fate of International Public Law: Between Technique and Politics”, *The Modern Law Review*, vol. 70, 2007, págs. 1-30).

³⁵ CDI *Anuario* 2008, pág. 138 y ss.

³⁶ V. <http://www.ejiltalk.org/cosmopolitan-constitutionalism-a-response-to-nico-kirsch/> V. asimismo, N. KRISCH, *Global Administrative Law and the Constitutional Ambition*, *LSE Legal studies working paper* No. 10/2009, at 3-4, available at <http://papers.ssrn.com/>

Para Oliver Kozlarek la globalización (y su problemática regulatoria) es un proceso de proliferación del problema de los valores, ya sea por la multiculturalización o por una pretendida disolución de los valores³⁷. Señala asimismo que para Luhmann existe una imposibilidad de llegar a una integración normativa de la sociedad mundial ya que la codificación de lo binario (bueno/malo; legal/ilegal) no es aplicable a otros sistemas funcionales con códigos valorativos propios. Por ello considera que las expectativas morales deben ser sustituidas por expectativas cognitivas que traten de cambiarse a sí mismas (adaptación cognitiva) y no de cambiar al objeto como se da en las expectativas normativas. Esto nos lleva al problema de cómo teorizar la globalización ya que lo global, es una categoría de análisis, es un nuevo constructo metodológico (que responde a un nuevo constructo social, a una nueva forma de estar en el mundo) a partir del cual las ciencias sociales realizan una aproximación a los fenómenos sociales, económicos, políticos entre otros. Según María de la Luz Casas Pérez³⁸ este sistema “inventado”, “construido”, reemplazará la visión lineal de la Historia. El pluralismo internacionalista de Andreas Fischer-Lescano y Gunther Teubner, vinculado a la teoría social de sistemas de

sol3/papers.cfm?abstract_id=1344788. Asimismo, ha expresado: “*Both global constitutionalism and global administrative law are, in their different ways, attempts at tackling the perceived legitimacy deficit of global governance. With the relocation of public power to the global level, legitimacy standards for transnational institutions have come to approximate more closely those we apply to domestic governments, and seen in this light, most transnational institutions fail badly – be it the UN Security Council with its unrepresentative membership and secretive decision-making, the World Bank with its unfairly weighted voting, or the Codex Alimentarius Commission with its skewed procedures for reaching decisions. None of them seems to satisfy democratic principles even remotely, legality appears as at most a weak factor in decision-making, and rights play only a marginal role. Yet some argue that the full application of domestic standards of legitimacy is mistaken, or at best premature, as the problems raised by global institutions are of a different kind to those we face in domestic politics and that they can largely be addressed through the channels of domestic constitutional orders, thus obviating (or at least alleviating) the need to develop new global frameworks.*” (p. 5). V.

³⁷ O. KOZLAREK, “La sociedad mundial y la carencia de reflexiones normativas en las teorías de Niklas Luhmann y Norbert Elias”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año XLIV, N° 177-178, septiembre 1999/abril 2000).

³⁸ CASAS PÉREZ, M. de la L. Consideraciones y Consecuencias Metodológicas en torno a la Globalización y la Comunicación“, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año XLIII, Número 171, enero-marzo 1998, págs. 31-50.

Niklas Luhmann sostiene que los sistemas sociales no están conformados por hechos ni acciones sino por comunicaciones. Ello, en base a la idea constructivista de que el conocimiento no guarda relación con la realidad directa, con la realidad ontológica, sino que es un proceso que se construye. Así, el derecho no existe, es una mera narrativa que varía conforme la posición de espectador ya que, quien maneja la comunicación, crea la realidad. Para esta corriente y sus variables el *Derecho Internacional de la era global* es el conjunto de racionalidades de los múltiples sistemas y regímenes autónomos no dispositivos del espacio global. Desecha de plano la posibilidad de construcción de normas generales fundamentales de una sociedad.

Hace más de 20 años atrás Prosper Weil ³⁹ hacía referencia a la dilución del DI a través del *jus cogens* y el soft law que permiten reemplazar la visión de un DI único y unitario por la imagen de las *constelaciones de disciplinas* más o menos autónomas. Señalaba que lo único que mantenía la unidad lógica del DI era la soberanía del Estado, principio altamente atacado desde distintos flancos (ambiental, humanitario, desarrollo, etc.) en estos últimos años. Se ha venido señalando que el Derecho del estado se vería reemplazado por normas técnicas y económicas.

Los principales ataques al DI como un orden de paz planetario se dan por el cuestionamiento a la legitimidad de su normativa, el debate sobre la legitimidad del orden social, a la debilidad del rol del individuo, al crecimiento de transacciones internacionales fuera del Estado (incluso el DIH con la ciberguerra, la seguridad privada, la tercerización de servicios, la piratería de armamentos, la privatización del acceso a las armas bélicas, el surgimiento de nuevos actores, etc.) ⁴⁰.

³⁹ P. WEIL, "Towards relative normativity in international law", AJIL 77(1983), p. 413.

⁴⁰ J.L. DUNOFF, "International Law in Perplexing Times", *Maryland Journal of International Law*, vol. 25 (2010), págs. 11-36; Th. KLEINLEIN, "On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State", *The European Journal of International Law (EJIL)*, 2010, vol. 21, N° 4, 2010, págs. 1075-1084. J.L. DUNOFF - J.P. TRACHTMANN, "A Functional Approach to International Constitutionalization", en DUNOFF-TRACHTMANN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, IL, and Global Governance*, 2009, págs. 3-36; M. KOSKENNIEMI, *The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?*, Chorley

Haciéndonos eco de las ponderaciones de Massini ⁴¹ sobre las posiciones de Leo Strauss y las falacias del relativismo en materia jurídica, recordamos que, según Strauss, es posible distinguir al menos cuatro formas principales de relativismo, al que concibe como la tesis de la imposibilidad de un conocimiento verdadero, *i.e.*, objetivo y universal, de normas y valores. Estas formas son:

- 1) la *liberal*, que personifica en la figura de Isaiah Berlin,
- 2) la *historicista*, que remite al historicismo alemán decimonónico,
- 3) la *positivista*, que centra en las ideas de Max Weber, y
- 4) la *nihilista*, cuyo representante originario es Nietzsche y a la que ve actualmente identificada con el existencialismo, en especial con el pensamiento de Heidegger.

Lecture 2006 (7 June 2006), London School of Economics; R. DOMINGO, “Gaius, Vattel, and the New Global Law Paradigm”, *The European Journal of International Law*, vol. 22, Nº 3, 2011, 627–647; E. ENGLE, “Taking the right seriously: Hohfeldan semiotics and rights discourse”, *3 Crit: A Critical Studies Journal* (Winter 2010), págs. 84 a 108; D. KENNEDY - D. KENNEDY, “A Critique of Adjudication: Fin de Siècle”, *22 Cardozo L. Rev.* 991, 997 (2001); D. KENNEDY, *The ‘death of reason’ Narrative in Legal History* ([http://duncankennedy.net/legal history/index.html](http://duncankennedy.net/legal%20history/index.html)); P. DOBNER, - M. LOUGHLIN, (eds.) *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 2010; Ph. GÉRARD, “Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit”, *Déviance et société*, 1988, vol. 12, Nº 1, págs. 75-90; Jean D’ASPREMONT, “Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, Nº 5, 2008, págs. 1075-1093; Anne-Charlotte MARTINEAU, “The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law”, *Leiden Journal of International Law*, 22 (2009), págs. 1–28; A. PINTORE, “Democrazia e diritti. Sette studi analitici”, *Nóesis*, vol. 9, Nº 18, enero / junio 1997; F. PARRA, “Transmigraciones denizens: exclusión política y migración internacional”, *Circunstancia (Investigaciones en Curso)*, año IV, Nº 10, mayo 2006 (http://www.ortegaygasset.edu/contenidos.asp?id_d=319); G. SHAFFER, “A Transnational Takeon Krisch’s Pluralist Postnational Law”, *The European Journal of International Law*, vol. 23, Nº 2(2012), págs. 565-582.

⁴¹ Carlos I. MASSINI CORREAS, “Ley Natural y relativismo. Consideraciones a partir de las ideas de Leo Strauss”, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, *Prudentia Iuris*, Nº 66/67, 2009 <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/ley-natural-leo-strauss.pdf>. V., asimismo, M. P. LONDOÑO SÁNCHEZ, “La obra de Leo Strauss y su crítica de la Modernidad”, *Analectopolit*, Vols. 2 -3, julio-diciembre 2012, Medellín-Colombia, págs. 59-77; L. STRAUSS, “Ciencia social y humanismo”, en *RPC*, págs. 51-62.

Strauss ha impugnado extensa y meticulosamente cada una de estas versiones del relativismo.

En el caso del *relativismo liberal*, el conocimiento objetivo de bienes y valores se contrapone contradictoriamente a la autonomía irrestricta del sujeto, es decir, se sacrifica la verdad práctico-ética en aras de la libertad entendida como independencia, i.e. como libertad negativa, para seguir la terminología de Berlin. Este autor en su conocido trabajo *Two Concepts of Liberty*, distinguía entre la que llamaba “libertad negativa”, i.e. la que consiste en que “alguna porción de la existencia humana debe permanecer independiente del control social” y la “libertad positiva”, i.e. la del individuo de participar en el control social al que está sometido. Para Berlin, la superioridad de la libertad negativa proviene de que es “demostrablemente falso” que exista una jerarquía objetiva entre los fines humanos y de que” la experiencia muestra que los fines de los hombres son muchos y, en “principio, no todos ellos son compatibles entre sí [...]. La necesidad de escoger entre afirmaciones absolutas es, por lo tanto, una característica ineludible de la condición humana. Esto confiere valor a la libertad [...] como un fin en sí mismo, y no como una necesidad temporaria”⁴². Si como entendía Berlin, es necesario optar entre los bienes humanos y no se puede conocer ninguna jerarquía objetiva entre ellos, es inevitable que la elección entre esos fines sea subjetiva y, en última instancia, relativa a quien elige. Además, según Berlin, quien sigue en este punto a John Stuart Mill, “la interferencia social en la persecución de fines sólo es legítima en la medida en que la búsqueda de un fin por parte de un hombre entra en colisión con la de otro hombre”.

El *relativismo historicista* niega la posibilidad de esa misma verdad en razón de la absoluta variabilidad temporal de normas, valores y principios prácticos; se trata del sacrificio de la verdad práctica en el altar de la historia y según el cual el ataque al derecho natural en nombre de la historia adopta, en la mayoría de los casos, la siguiente forma: el derecho natural reclama ser un derecho que es discernible por la razón humana y universalmente reconocido; pero la historia [...] nos enseña que un derecho así no existe; en lugar de la supuesta uniformidad, encontramos una

⁴² I. BERLIN, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, trad. A. Rivero, Madrid, Alianza, 2005, págs. 43-114.

infinita variedad de nociones de derecho y de justicia. O, en otras palabras, -concluye Strauss- no puede haber un derecho natural si no hay principios inmutables de justicia, pero la historia muestra que todos los principios de justicia son mudables”. Esta radical y esencial mutabilidad de todos los fenómenos humanos y sociales, impide por lo tanto -para el historicismo- la afirmación de cualquier principio transtemporal y universal, que sirva de baremo para medir la bondad o maldad, la elevación o la degradación, la perfección o la perversidad de normas, sistemas sociales, regímenes de gobierno o instituciones jurídicas, que no podrán ser valoradas de modo objetivo y que resultarán ser la mera consecuencia de la evolución y transformación temporal y efímera de instituciones y formas de vida. Strauss dedica largas páginas a la demolición del historicismo, páginas en las que se mezclan argumentos y se acumulan objeciones, de las cuales se hará aquí una referencia somera a dos de ellas. La primera de las impugnaciones lanzadas por el profesor de Chicago es la que afirma que el historicismo no es capaz de mantener su promesa principal: la de proporcionar un criterio empírico a la vez que sólido a la normatividad del derecho vigente en cada momento histórico.

Una de las principales críticas de Strauss al *relativismo positivista* -que niega la objetividad de normas y valores en homenaje a las ciencias empíricas, que serían las únicas capaces de proporcionar un conocimiento de ese carácter- está centrada en las ideas desarrolladas en ese punto por Max Weber, en especial en su *Wissenschaftslehre*, en la que asume como punto de partida la radical separación entre “hechos” y “valores”, entre “realidades” y “normas”. Conforme a esta tesis, asumida como indiscutible, Weber defiende una separación paralela entre el conocimiento de los hechos, *i.e.* la *ciencia*, y el conocimiento de los valores, *i.e.*, la *filosofía*. De este modo, la ciencia, para ser tal, aun cuando se trate de ciencias sociales, habrá de ser *Wertfrei*, *i.e.* libre de todo tipo de valoración. “La verdadera razón por la cual Weber -sostiene en este punto Strauss- insiste en el carácter éticamente neutral de la ciencia social, así como de la filosofía social, es [...] su creencia en que no puede haber un conocimiento genuino del deber”. El ámbito del deber, de las normas y valores, no es por lo tanto para Weber susceptible de conocimiento, sino exclusivamente el mero resultado de una elección irracional y, en última instancia, arbitraria. Encuentra una incoherencia substancial en la posición de Weber cuando éste afirma Sigue a Dios o al demonio, como tú quieras, pero, cualquiera que sea la elección que hagas, hazlo con todo tu

corazón, con toda tu alma, con todo tu poder”. De este modo, la ética se reduce a la fuerza o intensidad del compromiso autónomo con las propias opciones. Está claro que esto aboca necesariamente al nihilismo liso y llano. Una posición como ésta permitiría sostener que el pederasta perverso y sádico que realiza sus acciones con pasión y compromiso está llevando a cabo una acción ética positiva. Esto es claramente insostenible, salvo que se dé al término “ética” una significación desconocida por el común de la humanidad. Además, afirmar -como lo hace Weber- que la mera devoción a una causa, cualquiera que esta sea, es siempre excelente, mientras que la objetividad e imparcialidad son abyectas, significa descalificar también como abyecta la misma actitud científica que Weber exaltaba y con la que convivió durante toda su vida. En este punto, consigna Strauss que esta afirmación weberiana implica una directa e ineludible contradicción con los innumerables juicios de valor ético que Weber realizó a lo largo de toda su obra, en especial su -profunda y acertada- diagnosis acerca del futuro de la civilización occidental, para la que preveía una “petrificación mecanizada”, de no ocurrir una necesaria renovación espiritual. Además, Strauss -más allá de las contradicciones personales del Weber- inconsecuentemente, sostuvo la necesidad de juicios de valor para la selección de los temas y problemas propios de las ciencias, tanto sociales como naturales.

Finalmente, el *relativismo nihilista-existencialista* no es -para Strauss- nada más que el que corresponde a un historicismo radical, negador absoluto de todo sentido, aun del supuestamente producido por las ciencias exactas y naturales, la historia o la autonomía humana. En lo que respecta al relativismo radical o nihilista, Strauss pone de relieve que se trata, ni más ni menos, de la actitud intelectual que lleva el relativismo hasta sus últimas consecuencias. En efecto, en las anteriores formas del relativismo -liberal, historicista o científicista- quedaba siempre, en el marco de una negación de objetividad y de verdad práctica, un resabio de sentido y, por ende, de inteligibilidad: la defensa de la autonomía humana, en el relativismo liberal; el sentido de la historia, en el historicismo; la objetividad propia de las ciencias, en el relativismo positivista. Pero en el relativismo radical, representado por el existencialismo, se asiste al reconocimiento de la ausencia total de sentido: “Los diferentes valores -escribe Strauss a este respecto- respetados en las distintas épocas no tenían soporte objetivo, vale decir, eran creaciones humanas; debían su existencia a un proyecto humano libre que constituía el horizonte dentro del cual era posible

una cultura. Lo que el hombre hizo en el pasado en forma inconsciente, y con la ilusión de someterse a algo independiente de su acto creativo, debía hacerlo ahora de manera consciente. Este proyecto radicalmente nuevo -la revaluación de todos los valores- entraña el rechazo de todos los valores anteriores, porque han quedado sin fundamento al conocerse el carácter infundado de su pretensión de validez objetiva”.

Strauss -desde su visión naturalista- ha sostenido y buscado probar que ningún relativismo, agnosticismo puede sostenerse hasta el fin de modo consistente, ya que sería necesario no tener ninguna convicción, ninguna certeza, ni siquiera acerca del valor de la misma concepción liberal-relativista, pues de ese modo de este modo, el liberalismo estaría cortando la propia rama sobre la que está sentado: la necesaria relatividad de todas las certezas.

Al comienzo de su notable libro sobre *El cierre de la mente americana*, Allan Bloom, uno de los discípulos más destacados de Strauss, escribió esta frase reveladora: “*Hay una cosa -afirma- de la que un profesor puede estar absolutamente seguro: casi todos los estudiantes que ingresan a la universidad creen, o dicen creer, que la verdad es relativa. [...] Sólo tienen en común su relativismo y su fidelidad a la idea de igualdad. Y ambos se hallan relacionados en una intención moral. La relatividad de la verdad no es una percepción teórica, sino un postulado moral, la condición de una sociedad libre, o así al menos lo ven ellos*”⁴³.

Señala Massini que este postulado ético inconcuso es el que ha conducido a la mayoría de los jóvenes universitarios de Occidente al permisivismo moral, la desidia y el desinterés en el estudio, el desprecio por las jerarquías intelectuales y la pérdida del sentido de su existencia sobre la tierra. Entre quienes han comprendido la gravedad de esta situación, y han iniciado la búsqueda de alternativas superadoras, están aquellos que, como Leo Strauss, han intentado el camino del retorno a la filosofía racional, no como un ejercicio de anticuario sino como la posibilidad efectiva de encontrar una solución realista a la vez que justificada racio-

⁴³ A. BLOOM, *El cierre de la mente moderna*, trad. A. Martín, Barcelona, Plaza y Janés, 1989, pág. 25. El título original del libro es *The Close of the American Mind*.

nalmente (conforme las capacidades del ser humano) a la crisis de nuestro tiempo ⁴⁴.

Es probable que una alternativa “superadora” nunca pueda darse, en tanto estas posiciones jus filosóficas han crecido al amparo de las macro ideologías políticas. Así, el relativismo se enraiza en visiones ideológicas a-clasistas, antiburguesas, antiliberales. Por otra parte, de darse una visión “superadora” o un retorno a la visión racionalista, ello sucederá no muy prontamente ya que las democracias de izquierda y sociales, que durante la expansión de la era industrial y el constitucionalismo jurídico de la Sociedad de Naciones y la ONU tuvieron una etapa difícil, se están recuperando con fuerza en parte de Latinoamérica y tratan de recomponerse teóricamente en Europa y Estados Unidos. Téngase presente que ya en los primeros cursos de la Academia de Derecho Internacional de la Haya algunos doctrinarios han considerado la cuestión de la jerarquía de las normas considerando que se basaba en una cuestión de método; posición doctrinaria; posición macro-ideológica ⁴⁵. Ello arrastra e incluye a los PGDIP.

⁴⁴ J. CRONIN - G. ROSS - J. SHOCH (eds.). *What's Left of the Left: Democrats and Social Democrats in Challenging Times*, Duke University Press, Durham, 2011.

⁴⁵ G. SCHWARZENBERGER, “The Fundamental Principles of International Law”, *Recueil des Cours*, 1955-1, vol. 87, pág. 195 y ss.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA “IDEA DEL DERECHO” DE ALFRED VERDROSS ¹

THE GENERAL PRINCIPLES OF LAW IN THE «IDEA OF LAW» OF ALFRED VERDROSS

*Eduardo José Pintore**

Resumen: En la “Idea del Derecho” de Alfred Verdross está contenida su filosofía del derecho en general y del derecho internacional en particular. En ella, los principios generales del derecho desempeñan un importante rol, ya que constituyen el fundamento del sistema jurídico internacional. Esto no es sino una consecuencia de su concepción aristotélico-tomista del derecho natural, estableciéndose como un continuador contemporáneo de las enseñanzas de Francisco de Vitoria y Francisco Suárez, entre otros. Para Alfred Verdross los principios generales del derecho son principios del derecho natural. Con ello, Verdross defiende una fuente del derecho internacional que es objetiva y autónoma con respecto a la voluntad de los Estados.

Palabras - clave: Alfred Verdross - Idea del Derecho - Principios generales del derecho - Iusnaturalismo escolástico.

Abstract: In the “Idea of Law” of Alfred Verdross is contained his philosophy of law in general and that of international law in particular. In it the general principles of law play an important role as they are the basis of the international legal

¹ Trabajo presentado para su publicación el 28 de julio de 2014 y aprobado para su publicación el 2 de septiembre de 2014.

* Profesor Ayudante en Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Cs. Soc. de la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Católica de Córdoba. Es Doctor en Derecho y Magister Legum (LL.M.), ambos por la *Freie Universität Berlin*, Alemania. Completó sus estudios de derecho en la Universidad Nacional de Córdoba y realizó estudios e investigaciones doctorales en Derecho en la *Università degli Studi di Bologna*, Italia. Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina. E-mail: eduardojpintore@hotmail.com.

system. This is only a consequence of his Aristotelian - Thomistic conception of natural law, establishing itself as a contemporary follower of the teachings of Francisco de Vitoria and Francisco Suarez, among others. For Alfred Verdross the general principles of law are principles of natural law. Thereby Verdross defends a source of international law that is objective and autonomous from the will of the States.

Keywords: Alfred Verdross - Idea of law - General principles of law - Scholastic iusnaturalism.

Sumario: I. Introducción. II. La Idea del Derecho en Alfred Verdross. A. El concepto de finalidad en la Idea del Derecho. B. El concepto de orden social en la Idea del Derecho. C. El concepto de derecho. III. La Idea del Derecho y los principios generales del derecho. IV. Cualidades de los principios generales del derecho derivados de su naturaleza. V. La Idea del Derecho y la concepción universalista del derecho internacional. VI. Conclusiones.

I. Introducción

Como pequeña reseña bibliográfica, debemos destacar que Alfred Verdross nació bajo el Imperio Austrohúngaro, fue testigo de la Primera Guerra Mundial, de la disolución no sólo de la monarquía austrohúngara sino también del desmembramiento de dicho Estado y el nacimiento de la República de Austria, de la anexión de Austria al Tercer Reich, de la Segunda Guerra Mundial, de la derrota del Eje y de la instauración de la Guerra Fría, muriendo en pleno apogeo de ésta en el año 1980. Con ello vivió Alfred Verdross la caída de diversos Estados, con sus respectivos sistemas jurídico-políticos, y conoció diversas formas de organización de las relaciones internacionales, sea en tiempos de paz, sea en tiempos de guerra.

En cuanto a su vida académica, si bien Alfred Verdross perteneció en sus primeros años a la escuela vienesa de derecho adscripta al positivismo jurídico, siendo alumno de Hans Kelsen ², fue él quien tiene el mérito de haber abandonado la lógica abstracta de la teoría pura del derecho y haber incluido en el análisis del derecho elementos filosóficos, his-

² Thomas KLEINLEIN, "Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism?", en: *Goettingen Journal of International Law* 4 (2012) 2, págs. 385-416, pág. 390. Accesible en: <http://www.jura.uni-frankfurt.de/44105092/274-1443-1-PB.pdf>. Fecha de consulta: 2/9/14.

tóricos y sociológicos³. A partir de 1920 y más claramente del año 1923 del siglo pasado⁴, Alfred Verdross presentará un claro posicionamiento iusnaturalista neo-escolástico, el cual no cambiará en adelante⁵. Esto nos permite analizar su pensamiento a través de obras escritas en diversas épocas. El posicionamiento iusnaturalista de Verdross constituirá la base de su “Idea del Derecho” y nos ayudará a comprender el significado que los principios generales del derecho tienen en el pensamiento de este autor⁶.

³ Ver Hermann MOSLER, “La Escuela Clásica Española de Derecho Internacional. La influencia de España en mi vida”, discurso en la Universidad Nacional de Educación a Distancia con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa en Derecho, UNED, Madrid, 1996. Accesible en: http://portal.uned.es/portal/page?_pageid=93,25572703&_dad=portal&_schema=PORTAL. Fecha de consulta: 2/9/14.

⁴ Antonio TRUYOL Y SERRA, “Verdross et la théorie du droit”, en: *European Journal of International Law*, Vol. 5, 1994, págs. 55-69 (en adelante: TRUYOL Y SERRA, en: 5 *EJIL* (1994) 55-69), pág. 56. Truyol y Serra hace referencia a los artículos “Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten” (192) y “Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung” (1923).

⁵ Heribert Franz KOECK, “Alfred Verdross. A Visionary of Contemporary Doctrine and Practice of International Law”, en: *Studia Iuridica Toruniensia*, Vol. VIII, Torun, 2011, págs. 7-33, pág. 29. Koeck afirma en esa página que Verdross fue uno de esos autores que “trabajó en el renacimiento del pensamiento iusnaturalista en el campo internacional”. La traducción del inglés pertenece al autor de este trabajo. En contra, en el sentido de un cambio al menos en algunos aspectos de su pensamiento: Bruno SIMMA, “The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law”, en: *European Journal of International Law*, Vol. 6, 1995, págs. 33-54 (en adelante: SIMMA, en: 6 *EJIL* (1995) 33-54), pág. 35. Lo cierto es que, al menos en su fundamentación del derecho internacional público desde una perspectiva iusnaturalista escolástica, no se ven cambios fundamentales entre sus obras más tempranas como por ejemplo *Völkerrecht*, Berlin, 1937 (en adelante: *Völkerrecht*, 1937), pág. 1 y ss. o “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquelle. Zugleich ein Beitrag zum Problem der Grundnorm des positiven Völkerrechts”, en: *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre* (Alfred Verdross Edit.), Wien, 1931, págs. 354-365 y aquellas obras más actuales como por ejemplo “Der Beitrag der christlichen Naturrechtslehre zum Primat des Völkerrechts”, en: *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Wien, 1971, págs. 276-284, o “Zwei empirische Begründungen naturrechtlicher Normen. Eine vergleichende Untersuchung der Ermittlung des Naturrechts durch Johannes Messner und der sozialen Moral durch Viktor Kraft”, en: *Ordnung im sozialen Wandel. Festschrift für Johannes Messner zum 85. Geburtstag* (Edit. Klose/Schambeck/Weiler/Zsifkovits), Berlin, 1976, págs. 147 a 154, tal como se puede comprobar en el curso de este trabajo.

⁶ En el mismo sentido, remarcando que la mayor contribución que Verdross hiciera a la teoría de las fuentes del derecho internacional se da en los principios generales

II. La Idea del Derecho en Alfred Verdross

Bajo el concepto de la “Idea del Derecho” se analizan los fundamentos filosóficos de validez de las normas jurídicas, en este caso, internacionales. Con la Idea del Derecho se estudia aquello que hace que un orden normativo sea derecho y no mera moral o buenas costumbres. Es por ello que en la “Idea del Derecho” postulada por Verdross encontramos su filosofía del derecho en general y del derecho internacional en particular. Indagar sobre la Idea del Derecho de Alfred Verdross no es sino indagar su pensamiento iusfilosófico, cómo este autor concebía al derecho.

Analizando el derecho internacional vigente, Alfred Verdross concluye que el derecho positivo no tiene solamente un piso sociológico, sino también una base normativa ⁷. Con ello la cuestión de la vigencia de un orden jurídico puede tener dos significaciones: o que el orden jurídico recibe su vigencia de un orden suprapositivo constituido por el derecho natural, o que su vigencia se basa en su efectividad, en su facticidad. La primera afirmación depende de la filosofía de los valores, mientras que la segunda de la sociología. Es así que el derecho se ubica con su cabeza en el mundo de los valores, y es de este mundo de donde se deriva su vigencia normativa, y con sus pies se asienta sobre su piso sociológico, en donde se realizan las conductas humanas concretas ⁸.

En razón de lo expuesto queda claro que la base normativa está constituida por valores de los cuales el derecho positivo toma su fuerza obligatoria. Toda norma supone un valor que por ella debe realizarse. Es justamente el valor que la norma protege, lo que nosotros llamamos bien jurídico protegido, lo que le confiere no sólo su contenido sino también su

del derecho y esto responde, justamente, a su filosofía iusnaturalista escolástica. SIMMA, en: 6 EJIL (1995) 33-54, pág. 47.

⁷ VERDROSS, “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquelle. Zugleich ein Beitrag zum Problem der Grundnorm des positiven Völkerrechts”, en: *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre* (Alfred Verdross Edit.), Verlag von Julius Springer, Wien, 1931, págs. 354-365 (en adelante: “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze” (1931)), pág. 357.

⁸ VERDROSS, “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze” (1931), pág. 357. En la página 358 Verdross remarca que sin las conductas consecuentes la Idea del Derecho estaría paralizada y sin la Idea del Derecho las conductas serían ciegas.

fuerza obligatoria. Verdross advierte que el **valor orden** es un *fin* común a todos los ordenamientos jurídicos. Así concluye que la Idea del Derecho no es otra cosa que la formulación normativa de ese valor fundamental jurídico⁹. El vivir en un orden basado en el derecho pertenece a la esencia misma del hombre¹⁰.

La base normativa se arraiga para Verdross en la naturaleza humana¹¹. Esa naturaleza humana nos exige vivir en un orden de paz, pues **sólo en un orden de paz puede el hombre desarrollar con plenitud su esencia**. Esa *finalidad* impresa en la naturaleza del hombre y que se desarrolla en sociedad, como consecuencia de nuestra naturaleza social, determina la “idea del derecho”¹². Es decir que la finalidad de la existencia del ser humano es lo que exige la constitución de un orden social y ese orden social necesita de un derecho para mantenerse. Finalidad, orden social y derecho son conceptos de suma importancia en la “Idea del Derecho” de Alfred Verdross. A continuación analizaremos cada uno de ellos, tal como los pensó este autor.

A. El concepto de finalidad en la Idea del Derecho

Es necesario destacar la importancia fundamental que tiene la idea de *finalidad* en el concepto del derecho de Alfred Verdross: El ser humano no sólo posee una naturaleza sino que, exigida por esa naturaleza, posee también una finalidad¹³. De allí que la naturaleza humana en la concepción de Alfred Verdross no es neutral. Ella está provista de una “con-

⁹ VERDROSS, *Völkerrecht*, Fünfte neubearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, 1964 (en adelante: *Völkerrecht*, 1964), pág. 15.

¹⁰ A. VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*, Zweiteerweiterte und neubearbeitete Auflage, Wien, 1963 (en adelante: *Abendländische Rechtsphilosophie*), pág. 240.

¹¹ VERDROSS, *Völkerrecht*, 1964, pág. 14.

¹² VERDROSS, *Völkerrecht*, 1964, pág. 15.“

¹³ La naturaleza humana orientada a una finalidad es un hecho que, destaca Verdross, era también reconocido por Santo Tomás de Aquino. A. VERDROSS, “Primäres Naturrecht, sekundäres Naturrecht und positives Recht in der christlichen Rechtsphilosophie”, en: *Ius et lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max*

ciencia axiológica” que orienta al hombre hacia *determinados fines*¹⁴. La finalidad del ser humano es *sobrevivir, desarrollarse y perfeccionarse como ser humano*. Esta finalidad ha sido comprobada incluso, como lo demuestra Verdross, por parte de escuelas antagónicas del derecho¹⁵ y es común a todos los hombres, independientemente del tiempo histórico o de la sociedad en la que viven.

Basándose en la Política de Aristóteles, Verdross remarca que la constitución de la sociedad humana no es un fin en sí mismo sino que es un medio que sirve al desarrollo de la finalidad humana¹⁶. El ser humano necesita de la sociedad para alcanzar sus fines existenciales¹⁷. En ese sentido la constitución de la sociedad no es sino, podríamos decir nosotros, un fin instrumental, el cual sirve a la consecución de otro fin que es el fin último del ser humano: sobrevivir, desarrollarse y perfeccionarse.

A diferencia de los otros seres vivientes que son movidos por una finalidad de subsistencia y perfeccionamiento físico, el ser humano posee además una finalidad de desarrollo y perfeccionamiento espiritual y moral. Es así que el concepto “naturaleza humana” posee ese doble carácter físico, por una parte y espiritual-moral, por la otra¹⁸. Pero esa finalidad espiritual y moral no la puede alcanzar el hombre viviendo aisladamente, sino que sólo es posible en medio de una sociedad en la cual no sólo puede alimentarse físicamente sino también espiritualmente a través, por ejemplo, de la lengua que hable¹⁹.

Gutzwiller (editado por: Juristischen Fakultät der Universität Freiburg, Schweiz), Basel, 1959, págs. 447 - 455, pág. 451.

¹⁴ VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie*, pág. 253.

¹⁵ Verdross cita como ejemplos a Johannes Messner (iusnaturalista escolástico) y a Viktor Kraft (neopositivista). A. VERDROSS, “Zwei empirische Begründungen naturrechtlicher Normen. Eine vergleichende Untersuchung der Ermittlung des Naturrechts durch Johannes Messner und der sozialen Moral durch Viktor Kraft”, en: *Ordnung im sozialen Wandel. Festschrift für Johannes Messner zum 85. Geburtstag* (Edit. Klose/Schambeck/Weiler/Zsifkovits), Berlin, 1976, págs. 147 a 154 (en adelante: “Zwei empirische Begründungen”), pág. 148 ss.

¹⁶ VERDROSS, “Zwei empirische Begründungen”, pág. 148.

¹⁷ Verdross afirma esto en consonancia con las enseñanzas de Messner. VERDROSS, “Zwei empirische Begründungen”, pág. 151.

¹⁸ VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie*, págs. 246 y 247.

¹⁹ VERDROSS, allí mismo. A través de la lengua el ser humano no sólo intercambia ideas con sus semejantes, sino que desarrolla su propio pensamiento.

Es la finalidad última del hombre la que exige el establecimiento de una sociedad. Pero la vida en sociedad exige la creación de un orden que proteja a los individuos de los ataques que pudiera sufrir y a la vez que asegure el desarrollo cultural y económico. Ese orden puede ser establecido solamente a través de un sistema de derecho positivo que sirva a la consecución de esos fines impuestos por la naturaleza. De ello se explica por qué el “derecho natural primario” está constituido por normas generales, que si bien son necesarias para orientar el establecimiento de un orden social, no pueden por sí mismas constituir un sistema legal vigente único y definitivo para cada sociedad y para cada tiempo. Este conjunto de principios son necesarios para constituir un sistema jurídico en cada tipo de sociedad, pero la creación de un sistema positivo de derecho con un sentido pragmático es inevitable ²⁰. Esto se constata, dejando de lado las diferencias terminológicas empleadas, en doctrinas tan antagónicas en cuanto a su fundamento como aquellas de Messner y de Kraft ²¹.

Con este análisis Verdross demuestra cómo de un *orden del ser*, como es la naturaleza humana, se puede derivar un *orden del deber ser*, como es un sistema jurídico, lo cual era rotundamente negado por filósofos de la talla de Hume, Kant y Kelsen ²². El nexo de unión entre el ser y el deber ser es la finalidad última que posee el hombre impuesta por su naturaleza.

B. El concepto de orden social en la Idea del Derecho

El orden social viene exigido, tal como se ha visto, por la naturaleza social del hombre: El hombre necesita vivir en sociedad ordenada para poder alcanzar sus fines existenciales ²³.

²⁰ VERDROSS, “Zwei empirische Begründungen”, pág. 151.

²¹ VERDROSS, “Zwei empirische Begründungen”, págs. 151 ss.

²² VERDROSS, “Zwei empirische Begründungen”, pág. 147.

²³ Esta idea es desarrollada en un artículo posterior de Verdross. Allí se explica que para Aristóteles, la naturaleza social del ser humano implica que él solo puede desarrollarse en todas sus potencialidades dentro de una sociedad. En ese sentido, la *polis* empero no es un fin en sí mismo sino que su finalidad es ayudar a cada individuo que la

Ahora bien, una sociedad sólo puede subsistir si sus integrantes están obligados a respetar sus vidas y sus bienes ²⁴. Es la exigencia de la vida en sociedad la que origina el derecho ²⁵. Por ello pertenece también a la esencia del hombre vivir en un orden de derecho ²⁶.

Esa naturaleza humana llevó al ser humano a la creación de distintos tipos o niveles de sociedad hasta constituirse la sociedad internacional. También en esto sigue Verdross las enseñanzas de la escuela teológica española de los siglos XVI y XVII:

“La Idea del Derecho lleva en un comienzo a la formación de pequeños grupos, luego al nacimiento de Estados y Reinos y, finalmente, a la conformación de la comunidad de todos los hombres” ²⁷.

Ya en otro artículo había sostenido Verdross que la naturaleza social del hombre se expresa en los diferentes tipos de sociedad a los cuales ellos pertenecen, esto es familia, polis y comunidad internacional ²⁸.

En su concepción de orden social internacional Verdross sigue también al iusnaturalismo teológico español de los siglos XVI y XVII: La *civitas humana* o comunidad internacional no es, según su opinión, ni la suma de los “ciudadanos del mundo” tal como lo pensó la Estoa griega o un “reino mundial” como lo pensó la Estoa romana, sino que se trata de una *comunidad de pueblos y Estados* tal como lo describiera San Agustín en el cuarto libro de su obra *De civitate Dei* ²⁹. Esta idea fue defendida

conforma a desarrollarse de buena forma. Hay diversos tipos de sociedades humanas que se anteceden temporalmente y se incluyen las unas a las otras: la familia, la *polis* y la comunidad internacional. Ver A. VERDROSS, “Der Beitrag der christlichen Naturrechtslehre zum Primat des Völkerrechts”, en: *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Wien, 1971, págs. 276-284, (En adelante: Verdross en: Kelsen) págs. 276 y 277.

²⁴ VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie*, pág. 248.

²⁵ Truyol y Serra resalta esta idea fundamental en el pensamiento de Alfred Verdross. TRUYOL Y SERRA, en: 5 *EJIL* (1994) 55-69, pág. 59.

²⁶ VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie*, pág. 240.

²⁷ VERDROSS, *Völkerrecht*, 1964, pág. 15. Esta y todas las traducciones aquí realizadas del idioma alemán corresponden al autor de este trabajo.

²⁸ A. VERDROSS, “Die systematische Verknüpfung von Recht und Moral”, en: *Forum der Rechtsphilosophie* (Ernst Sauer Edit.), Köln, 1950, págs. 9 a 19 (en adelante: “Die Systematische Verknüpfung von Recht und Moral”), pág. 18.

²⁹ VERDROSS, en: KELSEN, pág. 277.

más tarde por la escuela de Salamanca. Así, Francisco de Vitoria rechazó la idea de un “Reino Mundial”, ya que toda potestad humana se conforma sólo en base al consenso de los súbditos. Si bien toda autoridad proviene de Dios, para la escuela de Salamanca, la elección de la forma de gobierno pertenece a la comunidad humana misma, a diferencia de la constitución de la Iglesia, la cual fue construida por Cristo mismo³⁰. En esta afirmación se constata cómo la escuela de Salamanca de los siglos XVI y XVII, seguida por Verdross, no hace sino expresar el principio de libre determinación de los pueblos, cuyo reconocimiento expreso de parte del derecho positivo, lo encontramos recién en la post-Segunda Guerra Mundial.

Verdross continúa explicando la idea de Francisco de Vitoria: *“Dado que los pueblos nunca se pusieron de acuerdo en elegir un monarca como rey de la humanidad, es claro que la civitas humana no puede constituir nunca una ‘monarquía mundial’, sino una ‘República mundial’ compuesta por todos los Estados. En ella cada miembro es igual a los demás y todos están vinculados a través del derecho internacional basado en el derecho natural, ya que no sólo los hombres sino también los pueblos organizados en Estados presentan una naturaleza social. Esto nos muestra claramente, que esta doctrina se basa en la enseñanza aristotélica del derecho natural pero que la desarrolla aún más, ya que la naturaleza social de los Estados se deriva de la naturaleza social de los hombres que los constituyen a todos y cada uno de ellos”*³¹.

En esta afirmación de Verdross, basándose en la escuela de Salamanca, se comprueba cómo la naturaleza humana determina a su vez las relaciones internacionales y con ello también el derecho interna-

³⁰ Verdross cita aquí a las obras de Francisco de Vitoria, *De postestate civil*, 5, y *Relectio de Indis*, II, 1. VERDROSS, en: KELSEN, pág. 278.

³¹ VERDROSS, en: KELSEN, pág. 278. El resaltado en bastardilla pertenece al autor de este trabajo. Verdross afirma que este pensamiento fue expuesto por primera vez por Francisco de Vitoria en sus *Relectio de Indis* y seguido luego por otros autores como Francisco Suárez, cuya impecable formulación del principio se encuentra inscrita en una tabla de bronce en la sala de reunión del Consejo de Seguridad: *“Humanum genus quantumvis in varios populos et regna divisum, semper habet aliquam unitatem non solum specificam sed etiam politicam et moralem... Qua propter licet unaquaque civitas perfecta... sit in se communitas perfecta... nihilominus quaelibet illarum est etiam membrum... huius universo prout genus humanum spectat”*.

cional. En base a este hecho, creemos nosotros, se puede explicar *por qué los principios generales del derecho reconocidos en el foro doméstico pueden ser trasladados y aplicados a la relación internacional, tal como lo dispone el artículo 38 inciso 1 párrafo c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Si la causa material del derecho internacional es la relación internacional y ésta no es sino relación humana³², es claro su carácter análogo con la causa material del derecho interno³³ y tanto una como otra serán regidas por principios análogos.

Comprobada la naturaleza social del hombre y los diversos tipos de sociedad que él constituye, Verdross hace notar que toda sociedad está orientada a servir al bien de sus integrantes, esta finalidad de la sociedad humana no cambia por el tipo de sociedad de que se trate. Familia, polis y comunidad internacional sirven al bien del hombre³⁴.

En el caso de la comunidad internacional esa finalidad de bien común se realiza de la siguiente manera: como los pueblos organizados en Estados son miembros de la *civitas humana* o comunidad internacional, éstos no pueden perseguir solamente sus propios intereses, sino que tienen la obligación de perseguir también el bien común de la humanidad. Verdross recuerda en este punto el concepto de bien común universal que dieran Francisco de Vitoria (*bonum commune omnium*) y Francisco Suárez (*bonum generis humani*). A ese bien común universal debe ordenarse el derecho internacional³⁵.

Otro aspecto importante del orden social en general y del orden social internacional en particular es su relación con el valor Paz: Paz y orden están íntimamente relacionados ya que la paz, siguiendo en esto Verdross a San Agustín, es un orden en armonía o, dicho de otra forma, un *orden con justicia*. El orden lleva a la paz. Es por ello que en Verdross,

³² Ver P. BAQUERO LAZCANO, *Tratado de Derecho Internacional Público profundizado*, Córdoba, 1993, t. I, pág. 18 y ss.

³³ La causa material del derecho internacional y del derecho interno está dada por las relaciones humanas. La diferencia entre una y otra es que mientras en el derecho interno la causa material es la relación humana el hombre, aquí actúa como generalmente individuo, la causa material del derecho internacional es relación humana pero el hombre actúa en ella generalmente como pueblo.

³⁴ VERDROSS en: KELSEN, pág. 277.

³⁵ VERDROSS, en: KELSEN, pág. 278.

al igual que en San Agustín, el concepto de orden no es la mera ausencia de conflictos, lo cual incluiría también aquel orden logrado por una tiranía efectivizada a través de la imposición de la fuerza o el miedo. No es difícil de advertir, que en una situación de tiranía, donde todos los conflictos, al igual que los hombres, están oprimidos a través de la fuerza, el ser humano no puede perfeccionarse como tal, es decir, no puede perseguir su *finalidad*. De esta forma, el concepto de orden está vinculado a los preceptos del derecho natural, los cuales sirven a la *finalidad natural del hombre, esto es, a su desarrollo personal* tal como lo entendió la escolástica: la comunión del hombre con Dios. Es por ello que para Verdross la Idea del Derecho está fundada en Dios mismo y es común a la totalidad de la humanidad agrupada en distintos Estados ³⁶.

En virtud de lo analizado, la Idea del Derecho es, en primer lugar, la idea de un *orden de paz* la cual, por ejemplo, prohíbe el uso de la fuerza de hombre a hombre y sólo como reacción a la violación del derecho por parte de la comunidad está permitida. Luego aparece como la idea de una *comunidad moral*, compuesta por una justicia conmutativa y una justicia distributiva, tal como Aristóteles y Santo Tomás de Aquino la entendieron. Este desarrollo se basa en la idea de que la prohibición del uso de la fuerza por sí sola no puede garantizar una paz duradera, sino hay que asegurarle y conseguir el pleno ejercicio de los derechos humanos a los integrantes de la comunidad para asegurar la paz social, situación que no se puede dar en una tiranía. Es por ello que el orden de paz de la comunidad internacional exige algo más que un simple silencio de las armas ³⁷.

En la descripción de la necesidad de un orden de paz que realiza Verdross, el cual va más allá del mero silencio de las armas y exige un orden justo, se puede establecer la conexión entre la finalidad del individuo, su perfeccionamiento como ser humano, y la finalidad de cada uno de los miembros de la sociedad internacional, esto es, su desarrollo integral: un “orden” internacional en donde reina la “paz” en virtud de que los Estados y pueblos están sometidos por el poder de las armas no provee las condiciones necesarias para el desarrollo de éstos. Si los Estados y los

³⁶ VERDROSS, “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze” (1931), pág. 358. Fundamentando esta afirmación, Verdross cita a pie de página a Victoria (*De Indis*), a Suárez (*De legibus ac Deo legislatore*), y a Kelsen (*Das Problem der Souveränität*).

³⁷ VERDROSS, *Völkerrecht*, 1964, pág. 15.

pueblos están sojuzgados y condenados al subdesarrollo económico, político, cultural, etc., es claro que cada uno de ellos, en su faz interna, no puede ofrecer a cada individuo que lo integra las condiciones básicas para su desarrollo personal, esto es, perseguir su finalidad existencial. De este modo, se observa cómo la negación de los derechos fundamentales de los Estados se traduce en una negación de los derechos humanos básicos de los individuos que constituyen esos Estados, y cómo la imposibilidad de cumplimentar la finalidad de cada uno de los miembros de la comunidad internacional a través de un orden injusto hace difícil, cuando no imposible, para los individuos que componen esos Estados y pueblos de perseguir sus propios fines existenciales. Lo que le pase al pueblo, esté o no organizado en un Estado, le pasará a los individuos que lo componen.

Retomando el pensamiento de Alfred Verdross, este orden de paz se basa en la *naturaleza social del hombre*, tal como ya lo ha enseñado Aristóteles, y respetando la dignidad natural que posee cada ser humano, como así también su vocación natural hacia la perfección. Pertenece a la esencia del hombre ser parte de una sociedad ordenada por el derecho, lo cual ya en la antigüedad condujo a suponer que existen principios jurídicos que no derivan del derecho positivo, sino que preexisten a él y le sirven de base. Estos principios jurídicos son llamados desde la antigüedad *derecho natural en sentido objetivo* o *ley natural* ³⁸.

Pero el ser humano, además de ser un ente social, es también un ente autónomo y autorresponsable que posee en sí una dignidad privativa de ellos. Esto tiene una consecuencia: *“Esto implica el deber de la comunidad de fomentar a su vez el desenvolvimiento de las disposiciones intelectuales y morales de sus miembros y concederles aquellos derechos de libertad que requiere necesariamente una vida humana digna de tal nombre”* ³⁹.

En razón de lo expuesto es de advertir que en la concepción de Verdross el respeto de la dignidad humana es central. El desarrollo económico y cultural de todos los hombres debe ser promovido, ya que la

³⁸ VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie*, pág. 241.

³⁹ A. VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, 4ª ed., traducción de la obra *Völkerrecht*, traducida al español por Antonio Truyol y Serra, Madrid, 1967 (en adelante: *Derecho Internacional Público*), pág. 22.

simple prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, no es suficiente para establecer una situación de paz duradera. Una paz así sólo puede establecerse cuando las necesidades esenciales de todos los hombres son satisfechas y ellos pueden llevar una vida digna ⁴⁰.

Es en esta altura del desarrollo que se analizará a continuación el concepto de derecho en general y de derecho internacional en Alfred Verdross.

C. El concepto de derecho

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, es claro que para Verdross, indisolublemente unido con la comunidad internacional está también la idea del orden que la constituye y con él, el orden jurídico que lo sustenta. En razón de ello, el derecho que está ligado a la esencia misma de la comunidad es denominado derecho natural (*lex naturalis*). Pero el concepto de naturaleza, explica Verdross, no es aquí el de las ciencias naturales, sino aquel que fuera desarrollado por la filosofía platónica-aristotélica-tomista, esto es, la totalidad del orden universal dado. Una parte constitutiva de ese orden universal es el *derecho natural* el cual se manifiesta como la Idea del Derecho, grabada en la naturaleza humana misma. “*Es por ello que puede ser conocido por la razón humana (naturalis ratio)*”, afirma Verdross ⁴¹.

Verdross señala que la idea de un “orden jurídico universal” existía ya en Hesíodo, el fundador de la filosofía occidental del derecho. Hesíodo realizó una distinción entre el *orden de la naturaleza física y animal* y el *orden de la naturaleza humana*. En el primero reina el *ser*, o dicho de otra forma, el *tener que ser* de forma necesaria (*müssen*), en el segundo reina el *deber ser (sollen)* ⁴².

Ese pensamiento fue seguido luego por la filosofía estoica, sobre todo por César, quien habla de un *orden jurídico universal*, el cual se

⁴⁰ VERDROSS, en: KELSEN, pág. 283.

⁴¹ VERDROSS, *Völkerrecht*, 1937, pág. 3.

⁴² VERDROSS, *Völkerrecht*, 1964, pág. 16.

basa en la ley eterna (*lex aeterna*). Esa enseñanza es tomada por la filosofía del derecho cristiana, sobre todo el concepto de *ley eterna* que en San Agustín no es otra cosa que la sabiduría ordenadora de Dios. Su expresión en la conciencia humana se denomina *ley natural (lex naturalis)* ⁴³. De esta ley natural surge el *derecho positivo* en dos formas: una como conclusiones que los hombres derivan de los principios del derecho natural, como por ej., del principio de no dañar al prójimo se deduce la prohibición de matar, violar, lesionar, robar, etc.; y otra forma es cuando la norma del derecho natural se concretiza a través de la obra del legislador. Como el derecho positivo actúa de una forma especial en la convivencia humana, sirve a la paz.

A su vez, dentro de la ley natural existe una diferencia entre derecho natural en sentido objetivo, constituido por los principios jurídicos de la ley natural y derecho natural en sentido subjetivo, que son los derechos subjetivos o pretensiones que en los primeros se fundamentan ⁴⁴.

A esta altura del análisis, advertimos que Verdross entendió el derecho natural no como lo entendieron las escuelas iusnaturalistas surgidas en la modernidad, cuya crítica analizaremos seguidamente, sino tal como lo entendió la iusnaturalismo escolástico. Esto se observa no sólo en las constantes citas que Verdross realiza de San Agustín, Santo Tomás de Aquino y la escuela española de los siglos XVI y XVII, sino también en la exposición de los derechos naturales realizada por Verdross y en los argumentos que él utiliza.

Desde su posición iusfilosófica Alfred Verdross critica tanto a las escuelas iusnaturalistas racionales como a las escuelas iuspositivistas con el siguiente pensamiento básico: el derecho natural le otorga al hombre la Idea del Derecho, es decir la idea de aquello que es derecho para distinguirlo de aquello que no lo es; por lo tanto, como consecuencia lógica, el derecho no puede poseer cualquier contenido para ser tal. Veamos las críticas que realiza.

A las teorías contractualistas de Hobbes, Locke y Rousseau, Verdross le reprocha la falta de prueba de la existencia de un estado precontractual

⁴³ VERDROSS, *Völkerrecht*, 1964, pág. 14. Allí Verdross cita a San Agustín: *Lex aeterna nobis impressa est*.

⁴⁴ VERDROSS, *Abendländisches Rechtsphilosophie*, pág. 241.

del hombre por un lado y, más significativo para el tema que estamos tratando, le remarca la contradicción insalvable de esas teorías, en el sentido de que para que un “contrato” sea válido como tal, debe preexistir por lo menos un principio general del derecho que le dé valor jurídico a la declaración común de voluntad y la haga vinculante, más allá de que las partes en el contrato tomen conciencia de tal principio recién al realizar el contrato mismo ⁴⁵. Con ello quiere demostrar Verdross, que *los principios generales del derecho preexisten a cualquier derecho positivo, incluso, al “contrato social” inicial*. Pero a la teoría del “contrato” se le pueden elevar las mismas críticas que Verdross realiza al iuspositivismo y que veremos a continuación.

A las escuelas iuspositivistas Verdross les remarca que tanto la norma hipotética fundamental de Kelsen y de Guggenheim, es decir aquella que prescribe que los Estados se comporten según los usos establecidos, y aquella que propone Anzilotti, esto es el *pacta sunt servanda*, pueden ser rellenas con cualquier contenido ⁴⁶. Aquí también se corrobora cómo Verdross se opone a la idea del pacto como fuente última del derecho internacional, esto es, a las *teorías contractualistas* como fundamento de éste. En efecto, el *pacta sunt servanda* por sí solo no asegura la justicia del contenido de lo pactado y el uso no es sino un pacto tácito que cumplen los Estados con su comportamiento ⁴⁷. *El principio de que los Estados deben cumplir con lo pactado, nada dice sobre el contenido del pacto*.

La indiferencia sobre el contenido de la norma es la crítica que Verdross le hace en general al concepto del derecho del positivismo jurídico: *“Para el positivismo jurídico el derecho puede tener todo tipo*

⁴⁵ VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie*, pág. 240.

⁴⁶ VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, pág. 23. La misma crítica en: VERDROSS, “Die Systematische Verknüpfung von Recht und Moral”, pág. 9. Verdross cita allí a Guggenheim, quien en su *Lehrbuch des Völkerrechts*, tomo I, del año 1947, dice textualmente: *“Cualquier contenido puede constituir derecho” (Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein)*.

⁴⁷ Verdross hace notar que para las escuelas positivistas, la fuerza obligatoria, tanto el acuerdo expreso (tratado) como el acuerdo tácito (costumbre) como normas de derecho positivo no es otra sino la *voluntad* concordante de los Estados. De allí que para Strupp, tal como lo manifiesta Verdross, los Estados son los únicos creadores del derecho internacional. VERDROSS, “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze” (1931), pág. 351.

de contenido. derecho es aquello que ordena quien detenta el poder en la sociedad bajo amenaza o aplicación de coacción” ⁴⁸.

Allí mismo, Verdross sostiene que si la coacción fuera el elemento esencial y distintivo del derecho, es claro que no sólo los Estados sino también las bandas criminales, que tienen sus propias normas y órganos de ejecución, estarían en condiciones de crear “derecho” ⁴⁹.

Apoyando esta valoración, Verdross cita a Gustav Radbruch. El ejemplo de Gustav Radbruch es interesante ya que éste, al igual que Verdross, tuvo un primer momento iuspositivista adscribiéndose con posterioridad al iusnaturalismo. De él dice Verdross: “*Gustav Radbruch trató efectivamente de suministrar dicha prueba* ⁵⁰, *sosteniendo que incluso un derecho de contenido erróneo sirve al valor de la seguridad jurídica. Pero más tarde reconoció Radbruch que las ordenaciones que tienen por contenido violaciones flagrantes de los derechos humanos no solo no son un mero derecho injusto, sino que carecen de toda obligatoriedad, pues frente a injusticias tales no pesa ya la seguridad jurídica*” ⁵¹.

En otros artículos y obras, Verdross reafirma las premisas de que la Idea del Derecho deriva de los derechos naturales y es la que le da contenido al orden jurídico ⁵². Repite también que no cualquier norma obligatoria constituye derecho: un orden de normas obligatorias que no se orienta a la Idea del Derecho no es un orden jurídico sino el gobierno de la arbitrariedad ⁵³.

⁴⁸ VERDROSS, A. “Zur Klärung des Rechtsbegriffes”, en: *Juristische Blätter*, año 72, Nr. 5, Viena, 1950, págs. 97- 99 (en adelante: “Zur Klärung des Rechtsbegriffes”), pág. 97.

⁴⁹ VERDROSS, “Zur Klärung des Rechtsbegriffes”, págs. 97 y 98. Allí pone de ejemplo los “Estados Piratas” existentes en el norte de África hasta el siglo XIX.

⁵⁰ Se refiere a la prueba de que el derecho sería una ordenación autónoma, herméticamente cerrada y absolutamente independiente de otros tipos de elementos.

⁵¹ VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, págs. 22 y 23.

⁵² VERDROSS, “Zur Klärung des Rechtsbegriffes”, pág. 99.

⁵³ VERDROSS, *Völkerrecht*, 1964, pág. 16.

En todas estas expresiones de Verdross se puede constatar su adscripción a la teoría de la *corruptio legis* que Santo Tomás de Aquino desarrollara en su *Summa Theologiae* ⁵⁴.

De lo analizado en estos títulos se desprende claramente el pensamiento iusnaturalista teológico o neotomista de Alfred Verdross. Su adscripción a este pensamiento es el resultado de largos y profundos estudios sobre el tema, muchos de cuyos resultados pueden ser conocidos en su obra sobre la Filosofía del Derecho titulada *Abendländische Rechtsphilosophie* ⁵⁵.

Otro punto importante que remarca Verdross es que los principios generales del derecho son anteriores tanto al contrato social como a la formación de la costumbre. En efecto, para que un acuerdo de voluntades sea tomado como jurídicamente vinculante es necesario el reconocimiento, como tarde al momento de realizar el pacto, de la existencia de un principio jurídico que hace jurídicamente obligatoria esa declaración común de voluntades. En cuanto a la costumbre, ella constituye derecho no por el mero hecho de que se repite una conducta, sino por la toma de conciencia de que esa conducta es legítima, correcta. Esto es la confluencia de la repetición de conductas con la *opinio iuris sive necessitatis*, que presupone la aceptación de la vigencia de ciertos principios jurídicos que le sirven de base. Es por ello que el derecho consuetudinario originario no es sino la positivización de principios generales del derecho ⁵⁶.

⁵⁴ Ver: SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología* (Edit. Martínez Ángel y otros), Madrid, 1989, t. II, parte II, cuestión 95, art. 2, págs. 741 y 742. La obra es accesible en: <http://biblioteca.campusdominicano.org/suma.htm>

⁵⁵ A. VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*, ZweiteerweiterteundneubearbeiteteAuflage, Wien, 1963. Una traducción al español de la obra puede ser consultada en la Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=456>. Fecha de consulta: 2/9/14.

⁵⁶ VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie*, pág. 240 ss.

III. La Idea del Derecho y los principios generales del derecho

El punto de conexión entre la Idea del Derecho y los principios generales del derecho en el sentido del art. 38, 1, c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en el pensamiento de Alfred Verdross, está dado por el *derecho natural*: es la naturaleza humana que exige que el hombre viva en sociedad. La vida en sociedad empero necesita de un orden y con él el derecho que lo sostiene. El contenido de ese derecho viene dado por la naturaleza misma del hombre por lo que el derecho positivo que de él se deriva no puede tener un contenido arbitrario. El conjunto de principios jurídicos esenciales para la existencia de la sociedad constituyen los principios generales del derecho. Es por ello que Verdross sostendrá que los principios generales del derecho del art. 38 inc. 1 c) son principios del derecho natural y es justamente ello lo que explica que hayan sido reconocidos de manera general por los principales sistemas jurídicos del mundo⁵⁷. En realidad, los principios generales del derecho que se encuentran *in foro domestico* de los diferentes sistemas jurídicos estatales no son sino principios del derecho natural positivizados: “*Los principios del derecho concordantes entre todos los pueblos constituyen una positivización del derecho natural, que influyeron de una manera determinante el nacimiento y el desarrollo del derecho internacional y en la actualidad son receptados formalmente como fuente del derecho internacional por el art. 38 1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*”⁵⁸.

Este pensamiento es explicado más detalladamente en el marco del análisis que Verdross realiza de la norma hipotética fundamental del iuspositivismo, en donde reconoce que esa norma está constituida por lo principios jurídicos que están reconocidos, en cierta manera, en el artículo 38 1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La conclusión es lógica: el derecho internacional positivo se ha formado en base a aquellos principios jurídicos sobre los cuales se asientan los ordenamientos

⁵⁷ A. VERDROSS, “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht”, en: *Die Freidenswarte*, año XXVIII, Berlin, 1928, págs. 100-101 (en adelante: “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze” (1928)), pág. 101.

⁵⁸ VERDROSS, A. *Völkerrecht*, 1964, pág. 12.

jurídicos de los pueblos civilizados. Es así “*que las normas del D.I. positivo se han ido constituyendo sobre la base de la conciencia jurídica común de los pueblos*”⁵⁹. Un ejemplo claro de esto es, según Verdross, el viejo derecho internacional de las culturas mediterráneas que brotó del *jus gentium* de los romanos o el derecho internacional de la Edad Media que surgió a partir de principios jurídicos comunes a los pueblos de cultura cristiana. Verdross advierte que muchos de estos principios fueron positivizados por el derecho consuetudinario y el derecho establecido por medio de tratados. Es así que en el pensamiento de Verdross son justamente los principios generales del derecho los que constituyen la norma fundamental (*Grundnorm*) del derecho internacional público. En ese sentido expresa Verdross: “*La norma fundamental del derecho internacional tendría entonces el siguiente contenido: Organizaciones jurídico-políticas soberanas y parcialmente soberanas condúzcanse en vuestras relaciones recíprocas de acuerdo a los principios generales del derecho, en tanto y en cuanto no se hayan formado en el tráfico internacional otras normas especiales vigentes y distintas a esos principios*”⁶⁰.

Sin embargo, es el art. 38 1 c) el que realiza una positivización general de estos principios jurídicos. Verdross realiza aquí una advertencia: “*Pero esta positivización no ha hecho perder a los principios generales del derecho su rango originario, toda vez que -lo mismo ahora que antes- constituyen en parte el fundamento del D.I. y en parte intervienen directamente en aquellos puntos en que el D.I. no ha establecido normas propias*”⁶¹.

⁵⁹ VERDROSS, *Derecho internacional*, pág. 23. El resaltado pertenece a Verdross.

⁶⁰ VERDROSS, “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze” (1931), pág. 362. El texto original dice: “*Die völkerrechtliche Grundnormwürde also etwa folgenden Inhalt haben: Souveräne und teilsouveräne Rechtsgemeinschaften verhalten Euch in Euerengegenseitigen-Beziehungennach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, soweit sich nicht im internationalen Verkehre besondere, von jenen Grundsätzen abweichende, gültige Normen herausgebildet haben*”. Verdross reconoce en una cita a pie de página incluida en este párrafo, que con ello corrige una concepción propia expresada en una obra anterior suya (*Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*), según la cual la norma fundamental estaría constituida por el principio *pacta sunt servanda*.

⁶¹ VERDROSS, *Derecho internacional público*, pág. 24.

IV. Cualidades de los principios generales del derecho derivados de su naturaleza

Identificados los principios generales del derecho con principios del derecho natural, es claro que derivan consecuencias importantes, muchas veces de significación práctica. Aquí veremos alguno de los rasgos característicos de estos principios y las consecuencias que de ellas se derivan.

Una particularidad fundamental del conjunto de valores que constituyen los principios del derecho natural es su carácter objetivo, no depende de los “deseos o afanes” de los diversos autores. Para conocer los principios del derecho natural se debe partir de una antropología filosófica que establezca la naturaleza del hombre en todas sus direcciones, y advierte: *“Ello excluye desde luego la elaboración de un sistema de derecho natural inmutable y completo; pero de los fines existenciales de la naturaleza humana pueden deducirse determinados principios generales de validez universal”*⁶².

Este cúmulo de valores que constituyen el derecho natural, al igual que el hombre mismo y sus relaciones, preceden al derecho positivo, tiene una existencia anterior a él⁶³.

El carácter objetivo de los principios generales del derecho tiene una consecuencia fundamental para todo el sistema jurídico internacional: si los principios generales del derecho mencionados en el art. 38 1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son principios del derecho natural, es claro que a diferencia del derecho pacticio o el derecho consuetudinario, los principios generales del derecho no vienen creados por la voluntad de los Estados y su aplicación al caso concreto

⁶² VERDROSS, *Derecho internacional público*, pág. 21.

⁶³ VERDROSS, *Derecho internacional público*, pág. 22. Allí se afirma: *“De esta suerte, la organización humana general nos remite a determinadas valoraciones fundamentales que ya una axiología empírica pudo suministrar. De lo cual resulta que **preceden** al derecho positivo no sólo los hombres y sus relaciones (lo que el positivismo jurídico reconoce), sino también las valoraciones determinadas por la naturaleza humana común”*. El resaltado pertenece a Verdross.

no depende del reconocimiento particular que el Estado demandado halla hecho de él ⁶⁴.

Más acorde con su iusnaturalismo escolástico, Verdross profundiza esta cuestión y expresa que esos principios no fueron creados por la voluntad humana sino por el Creador de la naturaleza humana: “*Pero incluso los principios jurídicos que han sido positivizados comúnmente por los ordenamientos jurídicos estatales, apuntan a una conciencia jurídica unitaria de la humanidad, **impresa en ella por el Creador**, y que les sirve de base, cuya existencia ha sido probada por W. Schmidt, Koppers, y confirmada por las investigaciones etnológicas más recientes*” ⁶⁵.

Aquí se manifiesta claramente que Verdross no se refiere a una naturaleza ya dada, sin cuestionarse de dónde proviene tal como lo concibiera el iusnaturalismo racional. Verdross ve a la naturaleza humana como un término intencional de la acción de Dios, su Creador.

Otro aspecto de los principios generales del derecho es que ellos constituyen una fuente distinta e independiente con respecto a los tratados y la costumbre, lo que es demostrado por el hecho de que, en sus inicios, el derecho internacional estaba constituido en su mayor parte por principios generales del derecho y no por tratados o costumbres. Estos principios generales eran sustraídos de los órdenes internos de los Estados y aplicados por los tribunales internacionales a sus relaciones recíprocas, antes que esas relaciones fueran reguladas por una costumbre o por un tratado ⁶⁶. Ese es el caso, por ejemplo, del principio de que los Estados deben responder por sus actos ilícitos. Este principio fue aplicado en un comienzo como principio general del derecho, luego se formó en base a él una costumbre y en la actualidad hay intentos de regularlo por un tratado ⁶⁷.

Otra característica de los principios generales del derecho aludidos en el art. 38 1 c) del Estatuto de la CIJ es que estos principios generales del derecho no son meros principios del derecho natural, sino que son

⁶⁴ VERDROSS, “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze” (1931), pág. 359.

⁶⁵ VERDROSS, *Derecho internacional público*, págs. 25 y 26. El resaltado pertenece al autor de este trabajo.

⁶⁶ VERDROSS, “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze”(1928), págs. 100 y 101.

⁶⁷ VERDROSS, “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze” (1931), págs. 360 y 362.

principios del derecho natural positivizados en los ordenamientos internos de los Estados y por lo tanto reconocidos por ellos ⁶⁸. Con la aclaración de que *lo que se aplica a la cuestión internacional no son las reglas mismas de los ordenamientos jurídicos internos, sino los principios jurídicos que le sirven de base* ⁶⁹. En definitiva, debemos concluir que un tribunal que aplica un principio general del derecho está aplicando, al menos en la mayoría de los casos, derecho natural. Esas normas del derecho natural empero son reconocidas (los principios generales de derecho *reconocidos* por las naciones civilizadas, dice el art. 38 1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) a través de su positivización en el orden interno. No se aplica cualquier principio del derecho natural, sino sólo aquellos reconocidos por los Estados. Sin embargo, existen otras formas de reconocimiento de esos principios, tales como las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas o a través de otras manifestaciones del consenso de los Estados, reconociendo estos principios, antes que sean adoptados en un tratado o a través de una costumbre ⁷⁰.

Es que Verdross realiza una diferencia entre los principios generales del derecho de acuerdo al art. 38 1 c) del Estatuto de la Corte y aquellos “principios originales del derecho internacional” ⁷¹, en tanto y en cuanto sostiene que los primeros sólo pueden ser positivizados fuera del derecho de los tratados y del derecho consuetudinario ⁷². Él le quita valor de fuente autónoma a los principios originales del derecho internacional porque sostiene que ya están contenidos en las otras dos fuentes, esto es, tratados y costumbre ⁷³.

⁶⁸ VERDROSS, “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht” (1928), pág. 101. El remarcado con bastardilla pertenece al autor de este trabajo.

⁶⁹ VERDROSS, “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze” (1931), pág. 364. El remarcado con bastardilla pertenece al autor de este trabajo.

⁷⁰ Alfred VERDROSS - Bruno SIMMA, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, Dritte Auflage, Berlin, 1984 (en adelante: VERDROSS-SIMMA, *Universelles Völkerrecht*), parág. 606, pág. 386.

⁷¹ VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, parág. 605, pág. 386. Esa distinción la confirma también SIMMA: SIMMA, en: 6 EJIL (1995) 33-54, pág. 49.

⁷² VERDROSS, “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze” (1931), págs. 363 y 364.

⁷³ VERDROSS-SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, parág. 605, pág. 386.

A nuestro modesto entender, habría aquí una contradicción ya que el mismo autor reconoce que muchos de los principios generales del derecho fueron absorbidos por el derecho consuetudinario y el derecho de los tratados. Siendo esto una realidad, es claro que tanto el derecho internacional convencional como el consuetudinario contienen en sus normas principios generales del derecho que pueden ser aplicados a Estados que no han firmado los correspondientes tratados o, con respecto a algunos principios fundamentales, incluso a aquellos Estados que se han opuesto a la formación de una costumbre internacional ⁷⁴. En cuanto a los principios que suelen ser caracterizados como “originarios” del derecho internacional, como por ejemplo la igualdad soberana de los Estados o la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, no tardaremos en encontrar principios análogos en los ordenamientos jurídicos internos ⁷⁵.

Otro aspecto importante propio de los principios generales del derecho que remarca Verdross es que ellos no son “creados” por el juez al momento de dictar el fallo de suerte tal que sólo regirían el asunto decidido. El fallo del juez constituye una norma individual para las partes en el conflicto, pero se la debe diferenciar del principio general del derecho que le sirvió de base. Con esto queda claro, que el principio general del derecho en cuestión ya regía al momento de producirse la conducta objeto del litigio, de modo tal que no sólo regía la conducta de las partes en litigio, sino la conducta de todos los Estados ⁷⁶.

V. La Idea del Derecho y la concepción universalista del derecho internacional

Cerrando ya el desarrollo del tema, debemos advertir que en la última obra de derecho internacional que Verdross publicara juntamente con

⁷⁴ Si bien esta temática desborda el marco de este trabajo, pensemos en el caso hipotético de un Estado que frente a la norma consuetudinaria de la responsabilidad por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, se quiera presentar, llegado el caso, como objetor persistente.

⁷⁵ En cualquiera de los principales sistemas jurídicos del mundo se encuentra el principio de igualdad ante la ley y en todos ellos está penado el matar, el lesionar, el amenazar.

⁷⁶ VERDROSS, “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze” (1931), págs. 364 y 365.

Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*⁷⁷, no aparece ningún desarrollo referido a la Idea del Derecho. Tal como Bruno Simma lo expresara, Alfred Verdross quiso orientar esa obra más a la práctica internacional reduciendo la fundamentación iusfilosófica del derecho internacional a un mínimo, sin por ello debilitar su convencimiento en su filosofía iusnaturalista. Se trató más de una actitud pragmática ya que una obra que contuviera demasiada fundamentación iusnaturalista no tendría mayor recepción en aquellos que no comparten esa filosofía o, simplemente, no se interesan por las cuestiones iusfilosóficas⁷⁸. Sin embargo, valoraciones similares a las realizadas por Verdross en obras anteriores bajo el título “La Idea del Derecho”, tal como fuera expuesta aquí, se observan también en la obra aquí comentada. Estas consideraciones se encuentran en su mayor parte bajo el título “*C. Die individualistische und universalistische Konzeption des Völkerrechts*”⁷⁹. Bajo este título contraponen una concepción universalista a una individualista del Derecho Internacional. La concepción universalista, al igual que la Idea del Derecho, se basa en la *societas humana*, tal como fuera expuesta en obras anteriores y basándose en las doctrinas de los autores allí expuestos. Es así que junto a las citas de Aristóteles, predominan las citas de San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria, entre otros. Como bien lo manifestara el co-autor de esta obra, Bruno Simma, la concepción universalista del derecho internacional está arraigada en la filosofía aristotélico-tomista que continuara la Escuela española de los siglos XVI y XVII⁸⁰.

En esta parte de la obra que estamos analizando se valoran a las concepciones universalistas del derecho internacional como predominantemente de carácter normativistas, referidas al “deber ser”. Mientras que a las concepciones individualistas se les atribuye una, a veces exagerada, tendencia de quedarse con el dato sociológico de las relaciones internacionales y dentro de ella la situación del derecho internacional, esto es, se basan más que nada en la descripción del “ser”. Aquí se distinguen las

⁷⁷ Alfred VERDROSS - Bruno SIMMA, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, Dritte Auflage, Berlin, 1984.

⁷⁸ SIMMA, en: 6 EJIL (1995), 33-54, pág. 34.

⁷⁹ VERDROSS-SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, parág. 14 y ss., pág. 11 y ss. Traducción: La concepción individualista e universalista del derecho internacional público.

⁸⁰ SIMMA, en: 6 EJIL (1995), 33-54, pág. 38.

bases sociológicas y normativas del Derecho Internacional que expusiera Verdross cuando explicaba la Idea del Derecho y que tratamos al inicio de este trabajo ⁸¹. Verdross y Simma remarcan la necesidad de analizar en esta disciplina el aspecto normativo sin descuidar el dato sociológico, ya que a diferencia de otros derechos, el derecho internacional posee una “especial cercanía a la realidad”. De no procederse de este modo, se correría el riesgo de percibir un mundo normativo imaginario, el cual ya no tendría ningún contacto con el mundo real ⁸².

En este sentido, podemos percibir que en esta contraposición entre el mundo del “deber ser” y del “ser” en el ámbito derecho internacional, no es sino la lucha entre el derecho y el poder, tan característica a este sistema jurídico. Aplicado a la concepción de Alfred Verdross y su enseñanza del derecho natural, es claro que éste no sólo no suele ser conocido sino que, siendo sus normas conocidas y reconocidas de manera general, en el caso concreto esas normas se contraponen a intereses precisos de los actores internacionales, por lo que éstos tienden a no cumplirlo. Esto debilita la creencia de la vigencia efectiva del derecho internacional en la gente, más allá del enorme daño que normalmente se deriva de su incumplimiento.

VI. Conclusiones

Analizada la Idea del Derecho de Alfred Verdross en diversas publicaciones en donde él la desarrolló y expuso, se constata la clara alineación de este autor al iusnaturalismo de tipo neo-escolástico.

Esta adscripción al iusnaturalismo neo-escolástico se observa en el desarrollo del derecho natural que este autor realiza, ubicándolo entre la ley eterna y el derecho positivo, formando parte así del sistema de tres escalones de leyes desarrollado por la escolástica. El derecho natural en la filosofía del derecho de Verdross surge de la naturaleza social del hombre el cual, de acuerdo con las enseñanzas de la escuela iusnaturalista teológica española, persigue la consecución de su finalidad existencial en tres tipos distintos de sociedades: la familia, el urbe y el orbe.

⁸¹ Ver más arriba lo expuesto bajo el título “La Idea del Derecho”.

⁸² VERDROSS-SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, parág. 22, pág. 17.

Su Idea del Derecho se puede exponer, a nuestro entender, a través de tres conceptos fundamentales presentes en la misma: la finalidad existencial del hombre, el orden social y el concepto mismo de derecho que viene determinado por los dos conceptos anteriores. El ser humano sólo puede alcanzar sus fines existenciales, esto es, el perfeccionamiento como persona, en sociedad. Pero para que la sociedad pueda subsistir se necesita asegurar un orden social basado en el derecho. Emanado de la naturaleza humana y determinado por sus fines, el derecho natural tiene un contenido predeterminado que no puede ser desconocido por el derecho positivo.

Verdross declara así que no toda norma es derecho, sino que hay que atenerse a su contenido. Esto se alinea con la teoría de la *corruptio legis* de Santo Tomás de Aquino.

La exigencia del contenido del derecho está dado por la finalidad del mismo de asegurar en las sociedades humanas un *orden de paz*. Este orden de paz está basado en la naturaleza social del hombre el cual, por exigencias de esa naturaleza, necesita vivir en sociedad con otros hombres para alcanzar su finalidad de subsistencia, desarrollo y perfeccionamiento. La sociedad es la única instancia donde el hombre puede desarrollarse en plenitud.

El derecho natural está constituido por una serie de valores que tienden al desarrollo del hombre en sociedad, que constituyen principios generales del derecho los cuales a su vez dan fundamento a todo el derecho positivo.

Esos principios generales del derecho positivizados por los distintos ordenamientos internos fueron reconocidos por el derecho internacional positivo en el art. 38 1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

No son las normas positivas de los ordenamientos jurídicos internos las que se aplican a la relación internacional, sino aquellos principios jurídicos que le sirven de base. El que estos principios estén reconocidos por el derecho positivo interno de la mayoría de los Estados, es una muestra de la existencia de un derecho natural vigente en las sociedades nacionales, más allá de su diversidad cultural.

Estos principios generales así reconocidos tienen una doble función: por un lado constituyen la base jurídica de todo el ordenamiento jurídico internacional, lo que hace referencia justamente el concepto de "Idea del Derecho", y por otro ofrecen soluciones en aquellas situaciones en donde el derecho positivo, esto es tratados o costumbre, no las ofrece.

La idea del derecho de Alfred Verdross, con sus principios generales del derecho emanados del derecho natural constituye un orden jurídico objetivo anterior, independiente y superior a la voluntad de los hombres y de los Estados. En ese sentido, la filosofía del derecho de Alfred Verdross constituye un gran aporte en la filosofía moderna del derecho internacional, ya que ella se eleva como contrapartida a las teorías positivistas, voluntaristas y relativistas⁸³, también presentes en el ámbito jurídico internacional, fundadas generalmente sobre la voluntad de las personas y de los Estados, que admiten cualquier contenido para la norma jurídica. Frente a ellas podemos afirmar con Alfred Verdross que el derecho, para ser tal, no puede estar provisto de cualquier contenido.

⁸³ En el mismo sentido: SIMMA, en: 6 EJIL (1995), 33-54, pág. 47.

EL PRINCIPIO DE LA ABSTENCIÓN DEL USO DE LA FUERZA Y LA AGRESIÓN ¹

PRINCIPLE OF ABSTENTION FROM THE USE OF FORCE AND AGGRESSION

*Luciano Pezzano**

Resumen: El presente artículo indaga en la relación entre el principio de la abstención del uso de la fuerza y la agresión, entendida ésta como la más grave de sus violaciones; su comparación con las demás violaciones al principio; y las consecuencias jurídicas particulares que plantea.

Palabras-clave: Principio de abstención de uso de la fuerza - Agresión - Relaciones - Consecuencias jurídicas.

Abstract: This article explores the relationship between the principle of non-use of force and aggression, understood the latter as the gravest violation of the principle; comparison with other violations of the principle; and the legal consequences of that relationship.

Keywords: Principle of abstention from the use of force - Aggression - Relations - Legal consequences.

Sumario: I. Introducción. II. El principio. III. La agresión. IV. Violación del principio de la abstención del uso de la fuerza. A. Distintas formas de violación del principio. B. Consecuencias jurídicas de la distinción. C. ¿Cuántas formas de violación del principio existen? V. Consideraciones finales.

¹ Trabajo recibido para su publicación el 9 de abril de 2014 y aprobado el 30 de mayo de 2014.

* Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (San Francisco-Córdoba). Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

I. Introducción

El principio de la abstención del uso de la fuerza es, indudablemente, uno de los principios cardinales del derecho internacional contemporáneo. El magistrado Simma, en su opinión separada en el caso de las Plataformas petroleras, sostuvo que se trata de “*la más fundamental de todas las obligaciones en virtud del derecho internacional actual*”². Su importancia ha motivado innumerables estudios e investigaciones, acerca de su naturaleza, contenido, sentido, alcance y excepciones, entre otros aspectos de interés.

En ese marco, el propósito de este artículo será indagar -sin pretensión de exhaustividad- en la relación entre el principio y la agresión, entendida ésta como la más grave de sus violaciones, su comparación con las demás violaciones al principio y las consecuencias jurídicas particulares que plantea.

II. El principio

La formulación del principio se encuentra en el artículo 2, párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, “Carta”): “*Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas*”.

La Carta consagra así una prohibición³ que se traduce en un *deber de abstención*⁴, cuyos destinatarios son los “Miembros de la Organiza-

² CIJ: *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Judgment*, I. C. J. Reports 2003, pág. 161, Opinión separada de Simma, pág. 330.

³ Utilizaremos en este artículo indistintamente las expresiones “prohibición del uso de la fuerza” y “deber de abstención del uso de la fuerza”, porque así son utilizadas, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina relevante.

⁴ Jiménez de Aréchaga lo caracterizó como una “obligación de contenido negativo” (E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, 1958, pág. 82).

ción”, que la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la resolución 2625 (XXV)⁵ de la Asamblea General de las Naciones Uni-

⁵ *El principio tiene un amplio desarrollo en la resolución 2625 (XXV): “Todo Estado tiene el deber de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. Tal amenaza o uso de la fuerza constituye una violación del derecho internacional y de la Carta de las Naciones Unidas y no se empleará nunca como medio para resolver cuestiones internacionales.*

Una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz, que, con arreglo al derecho internacional, entraña responsabilidad.

Conforme a los propósitos y principios de las Naciones Unidas los Estados tienen el deber de abstenerse de hacer propaganda en favor de las guerras de agresión.

Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza para violar las fronteras internacionales existentes de otro Estado o como medio de resolver controversias internacionales, incluso las controversias territoriales y los problemas relativos a las fronteras de los Estados.

Asimismo, todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza para violar las líneas internacionales de demarcación, tales como las líneas de armisticio, que se establezcan por un acuerdo internacional del que sea parte o que esté obligado a respetar por otras razones, o de conformidad con ese acuerdo. Nada de lo anterior se interpretará en el sentido de que prejuzga las posiciones de las partes interesadas en relación con la condición y efectos de dichas líneas de acuerdo con sus regímenes especiales, ni en el sentido de que afecta a su carácter temporal.

Los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza.

Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a ‘cualquier medida de fuerza’ que prive de su derecho a la libre determinación y a la libertad y a la independencia a los pueblos aludidos en la formulación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación.

Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado.

Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza.

El territorio de un Estado no será objeto de ocupación militar derivada del uso de la fuerza en contravención de las disposiciones de la Carta. El territorio de un Estado no

das (en adelante, la “Asamblea General”), hace extensiva a “Todo Estado”. De esa forma, el alcance subjetivo del principio viene referido a los Estados tanto, individualmente considerados como a los “grupos de Estados” -confr. la nota aclaratoria al artículo 1 de la Definición de la Agresión, aprobada por resolución 3314 (XXIX)⁶-. De tal modo, la prohibición internacional no se extiende a los pueblos, mientras que los “acuerdos u organismos regionales”, por su parte, necesitan la autorización del Consejo de Seguridad para adoptar medidas coercitivas (artículo 53 de la Carta).

Por lo que respecta al alcance objetivo del principio, la prohibición se circunscribe a la sola fuerza armada, según se desprende del Preámbulo de la Carta (penúltimo párrafo⁷) y lo confirma la resolución 3314 (XXIX), según veremos. De conformidad a la resolución 2625 (XXV), la prohibición del uso de la fuerza se extiende a supuestos en que no existe guerra

será objeto de adquisición por otro Estado derivada de la amenaza o el uso de la fuerza. No se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza. Nada de lo dispuesto anteriormente se interpretará en un sentido que afecte:

a) Las disposiciones de la Carta o cualquier acuerdo internacional anterior al régimen de la Carta y que sea válido según el derecho internacional; o

b) Los poderes del Consejo de Seguridad de conformidad con la Carta.

Todos los Estados deberán realizar de buena fe negociaciones encaminadas a la rápida celebración de un tratado universal de desarme general y completo bajo un control internacional eficaz, y esforzarse por adoptar medidas adecuadas para reducir la tirantez internacional y fortalecer la confianza entre los Estados.

Todos los Estados deberán cumplir de buena fe las obligaciones que les incumben en virtud de los principios y normas generalmente reconocidos del derecho internacional con respecto al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y tratarán de aumentar la eficacia del sistema de seguridad de las Naciones Unidas basado en la Carta.

Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se interpretará en el sentido de que amplía o disminuye en forma alguna el alcance de las disposiciones de la Carta relativas a los casos en que es legítimo el uso de la fuerza”.

⁶ Jorge CARDONA LLORENS, “Los Propósitos y los Principios de las Naciones Unidas”, en Manuel DIEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones Internacionales*, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2003, pág. 168.

⁷ En virtud del cual, los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos: “A asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la **fuerza armada** sino en servicio del interés común” (negrita añadida).

en el sentido tradicional, tales como “los actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza”, el “organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado” o el “organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos”, cuando éstos impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza. Asimismo, es ilícita la amenaza de la fuerza y no sólo el uso de ella, lo que entre otras cosas convierte en irregular al ultimátum que consista en una amenaza condicional de la fuerza⁸. La Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado sobre la cuestión: *“Las nociones de ‘amenaza’ y ‘uso’ de la fuerza en virtud del artículo 2, párrafo 4 de la Carta van juntas, en el sentido de que si el uso mismo de la fuerza en un caso dado es ilícito -por cualquier razón- la amenaza de uso de tal fuerza será igualmente ilícita”. [...] Que haya una ‘amenaza’ contraria al artículo 2, párrafo 2, depende del hecho de saber si el empleo preciso de la fuerza contemplada estaría dirigida contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado o iría en contra de los propósitos de las Naciones Unidas, o incluso si, en la hipótesis en que estuviera concebida como un medio de defensa, violara necesariamente los principios de necesidad y de proporcionalidad. En uno y otro caso, no solamente el empleo de la fuerza, sino también la amenaza de emplearla, serían ilícitos según el derecho de la Carta”*⁹.

No obstante ello, a los efectos de este artículo nos referiremos solamente a la prohibición del *uso* de la fuerza que emana de este principio.

Además de formar parte del derecho de la Carta, el principio tiene carácter consuetudinario y forma parte del derecho internacional general. La propia resolución 2625 (XXV) declara que los principios en ella incorporados *“constituyen principios básicos de derecho internacional”*, mientras que la Corte Internacional de Justicia ha declarado

⁸ Jorge CARDONA LLORENS, op. cit., pág. 168.

⁹ CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, párr. 47.

que “los principios sobre el uso de la fuerza incorporados en la Carta reflejan el derecho internacional consuetudinario”¹⁰.

El principio tiene la naturaleza de norma imperativa del derecho internacional, o *ius cogens*. Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional señaló que “las normas de la Carta por las que se prohíbe el uso de la fuerza constituyen por sí mismas un ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*”¹¹, lo cual fue recordado por la Corte Internacional de Justicia en el célebre caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*¹². La doctrina acepta esta caracterización de forma pacífica¹³, no obstante existir alguna discrepancia en torno del contenido de la norma imperativa: algunos autores sostienen que tanto la amenaza y cualquier uso de la fuerza armada prohibidos en virtud del principio están comprendidos por la norma de *ius cogens*, mientras que otro sector considera que sólo los usos más graves de la fuerza -los equivalentes a un ataque armado- están alcanzados por ésta¹⁴. Por nuestra parte, consideramos que la totalidad del principio, con su alcance objetivo antes señalado, y como se encuentra receptado en la Carta y en el derecho consuetudinario, tiene el carác-

¹⁰ CIJ: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, pág. 136, párr. 87, con cita de *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pág. 14, párr. 187-190.

¹¹ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, Nueva York, Naciones Unidas, 1967, vol. II, pág. 271.

¹² CIJ : *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pág. 14, párr. 190.

¹³ V. i.a., Jean Pierre COT y Alain PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies*, 3ª ed., Paris, Economica, 2005, t. I, págs. 459-461; Yoram DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, 4ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, págs. 99-104; Oriol CASANOVAS Y LA ROSA, “El principio de la prohibición del uso de la fuerza”, en Manuel DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de derecho internacional público*, 16ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, pág. 1037; Maurice KAMTO, *L’agresion en droit international*. Paris, A. Pedone, 2010, págs. 11-12; José A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 15ª ed., Madrid, 2011, pág. 620; Eduardo José PINTORE, *La legítima defensa en el derecho internacional*, Ciencia Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba, 2012, pág. 49.

¹⁴ Julio BARBOZA, *Uso de la fuerza. Responsabilidad internacional*, Buenos Aires, Zavalía, 2006, pág. 12 y nota 13.

ter de norma imperativa. Volveremos más adelante sobre las consecuencias de esta caracterización.

III. La agresión

Además de contener el principio de abstención de la amenaza y el uso de la fuerza, la Carta hace referencia a la agresión en varias de sus disposiciones¹⁵, entre las que se destacan los artículos 1.1¹⁶ y 39¹⁷, aunque no la definió.

Tras largas deliberaciones, en las que intervinieron diversos órganos subsidiarios, la Asamblea General aprobó en 1974 la ya mencionada Definición de la Agresión mediante su resolución 3314 (XXIX)¹⁸.

La naturaleza jurídica de la Definición puede ser discutible; en primer lugar, está contenida en una resolución de la Asamblea General, que no es en sí misma obligatoria¹⁹; aunque fue aprobada por consenso, tal circunstancia no le otorga *per se* el carácter de norma jurídica vinculante, no obstante pueda considerarse como presunción de una *opinio iuris* en ese sentido; al menos el artículo 3, apartado g) ha sido considerado por la Corte Internacional de Justicia como parte

¹⁵ También se encuentran referencias en el artículo 53.1, y en la versión francesa del artículo 51.

¹⁶ “*Los propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz...*” (negrita añadida).

¹⁷ “*El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión...*” (negrita añadida).

¹⁸ Sobre la historia de la Definición de la Agresión, v. Jaroslav ZOUREK, “Enfin une définition de l’agression”, *Annuaire français de droit international*, vol. 20, 1974, págs. 9-30; Bengt Baltzar BROMS, “The Definition of Aggression”, *RCADI*, 1977, págs. 299-400.

¹⁹ Discutimos el valor de las resoluciones de la Asamblea General en Luciano PEZZANO, “Fuentes de las obligaciones generales de los Estados en el sistema universal de protección de los derechos humanos”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XXI (2012), págs. 67-106, pág. 80.

del derecho consuetudinario ²⁰. Zourek, en cambio, considera que la resolución, por ser la definición de un término contenido en la Carta, es una interpretación auténtica de ésta, y es la propia Carta la que le otorga su valor jurídico ²¹.

Por nuestra parte, pensamos que con la adopción de los artículos 1 y 3 de la Definición en el artículo 8 bis del Estatuto de Roma (como veremos), puede considerarse -al menos en lo que respecta a la competencia de la Corte Penal Internacional, artículo 10 del Estatuto- que la Definición de la Agresión tiene carácter jurídico.

El artículo 1 de la Definición dispone: *“La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”* ²².

²⁰ CIJ : *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, pág. 14, párr. 195; Yoram DINSTEIN, op. cit., pág. 127.

²¹ Jaroslav ZOUREK, op. cit., pág. 28.

²² La definición general del artículo 1 se complementa con una enumeración en el artículo 3: *“Con sujeción a las disposiciones del Artículo 2 y de conformidad con ellas, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:*

a) *La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de” la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;*

b) *El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;*

c) *El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;*

d) *El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;*

g) *La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;*

f) *La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;*

De su sola lectura, se advierte una notable similitud con la formulación del principio de la abstención del uso de la fuerza ²³, a punto tal que podría decirse que existe una identidad de contenido entre el principio y la agresión ²⁴, constituyendo la agresión el uso de la fuerza prohibido por el principio. Dicho en otros términos, podría sostenerse que la agresión constituye la violación del principio, en lo que al uso de la fuerza se refiere.

Sin embargo, de otros pasajes de la propia Definición se desprende que la identidad no es tal. Así, en el quinto párrafo de su preámbulo, expresa que *“la agresión constituye la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza”*, lo cual señala que existen otros usos de la fuerza, que no obstante ser ilegítimos -es decir, en contravención al principio de la abstención del uso de la fuerza- no constituyen agresión, siendo esta solo una forma -la “más grave y peligrosa”- de los posibles usos ilícitos de la fuerza.

g) *El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos”*. La enumeración es ejemplificativa, ya que el artículo 4 dispone: *“La enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta”*.

²³ No nos referimos, naturalmente, a la amenaza de la fuerza, que, como señalamos, también integra el contenido del principio pero escapa a nuestro análisis.

²⁴ Dinstein, por otro lado, se esfuerza en señalar las diferencias entre el artículo 1 de la Definición y la formulación del principio en el artículo 2, párrafo 4 de la Carta: *“(i) se excluye la mera amenaza de la fuerza; (ii) el adjetivo “armada” se coloca luego del sustantivo “fuerza”; (iii) “la soberanía” es mencionada junto con la integridad territorial y la independencia política del Estado víctima; (iv) la víctima es descripta como “otro” (en lugar de “cualquier”) Estado; (v) el uso de la fuerza está prohibido cuando sea incompatible con la Carta de las Naciones Unidas en su totalidad, y no sólo con los Propósitos de las Naciones Unidas; (vi) se crea un vínculo con el resto de la Definición. Algunos de estos puntos son de significación periférica, si no nominal. Otros son de gran consecuencia. Así, la alusión a la inconsistencia con la Carta en su totalidad (en lugar de solo con los Propósitos de las Naciones Unidas) puede implicar que incluso las disposiciones técnicas de la Carta tienen que ser observadas, de modo tal que la violación de los procedimientos detallados en la Carta puede volver el uso de la fuerza armada en una agresión ilegítima. La diferencia cardinal con el artículo 2.4 es, sin embargo, la primera; la amenaza de la fuerza per se no califica como agresión, dado que se requiere de modo absoluto un uso actual de la fuerza armada”* (Yoram DINSTEIN, op. cit., págs. 127-128).

Este requisito de “gravedad” de la agresión también se reitera en el artículo 2 de la Definición cuando dispone: *“El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad”*. Es decir que para que quede constituida la agresión no basta con el mero uso de la fuerza armada contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o en cualquier otra forma incompatible con la Carta -a los efectos de nuestro trabajo, la violación del principio de la abstención del uso de la fuerza-, sino que tal uso de la fuerza, además, debe ser *grave*. Dicho de otra manera, si el uso de la fuerza de que se trate no es lo suficientemente grave, no obstante caer materialmente en la definición general del artículo 1 o en alguno de los supuestos del artículo 3 de la Definición, no será agresión, precisamente por carecer de esa característica fundamental.

De tal modo, y no obstante la aparente identidad de contenido entre la formulación del principio y el artículo 1 de la Definición, surge claramente que la agresión constituye solamente una forma posible de violación del principio del uso de la fuerza, la de mayor gravedad, según estudiaremos a continuación.

IV. Violación del principio de la abstención del uso de la fuerza

A. Distintas formas de violación del principio

Hemos afirmado que el principio de la abstención del uso de la fuerza reconoce distintas formas de violaciones según su gravedad. La Corte Internacional de Justicia se ha hecho eco de esta distinción en el ya citado caso de la *Actividades militares y para militares en y contra Nicaragua*: *“En lo que respecta a ciertos aspectos particulares del principio en cuestión [el principio de la abstención de la amenaza y el uso de la fuerza], será necesario distinguir la formas más graves del uso de la fuerza (aquellas que constituyen un ataque armado) de las formas*

*menos graves. Al determinar la regla jurídica que se aplica a estas últimas, la Corte puede abreviar nuevamente en las formulaciones contenidas en la Declaración de los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General). Como ya se ha observado, la adopción por los Estados de este texto provee una indicación de su opinio juris acerca del derecho internacional consuetudinario sobre la cuestión. Junto a ciertas descripciones que pueden hacer referencia a la agresión, este texto incluye otras que se refieren solamente a formas menos graves de uso de la fuerza”*²⁵.

Del pasaje surge claramente que la Corte hace una distinción entre “las formas más graves del uso de la fuerza”, que son las que constituyen un ataque armado o agresión, de “las formas menos graves”. En ese sentido, compartimos la posición de Stein cuando sostiene que la Corte usa los términos “ataque armado” y “agresión” “*de forma intercambiable, para referirse a las formas más graves del uso de la fuerza, en oposición a las formas menos graves que no constituyen ataque armado o agresión*”²⁶. La Corte reiteró su criterio de distinción, con cita al precedente *Nicaragua* en su fallo en el asunto de las *Plataformas petroleras*²⁷.

La jurisprudencia confirma así la distinción que venimos afirmando entre las diferentes violaciones al principio del uso de la fuerza: por un lado, la agresión (que la Corte equipara al “ataque armado”) y por el otro, los usos menos graves de la fuerza.

Frente a ello podemos plantear dos nuevos interrogantes. El primero es cuáles son las consecuencias jurídicas de tal distinción, y el segundo es si esta es la única clasificación que corresponde realizar entre las violaciones al principio de la abstención del uso de la fuerza.

²⁵ CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, pág. 14, párr. 191.

²⁶ Mark S. STEIN, “The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Security Council’s power to determine Aggression?”, *Indiana International & Comparative Law Review*, vol. 16 (2005), págs. 1-36, pág. 21.

²⁷ CIJ: *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2003, pág. 161, párr. 51.

B. Consecuencias jurídicas de la distinción

1. Rasgos comunes a todas las violaciones del principio de la abstención del uso de la fuerza

En lo que respecta a las consecuencias jurídicas de las violaciones del principio, cabe señalar en primer lugar dos rasgos en común de todas las violaciones de aquél: la generación de responsabilidad internacional del Estado infractor, y la activación del sistema de seguridad colectiva de la Carta.

Con respecto a la responsabilidad, la Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales, aprobada por resolución 42/22 de la Asamblea General, establece en su primer párrafo, luego de reafirmar el principio, que la amenaza y el uso de la fuerza prohibidos constituye *“una violación del derecho internacional y de la Carta de las Naciones Unidas y da lugar a responsabilidad internacional”*. En efecto, y de conformidad con el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado en segunda lectura en 2001 (en adelante, “el proyecto de 2001”) *“todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”* (artículo 1) y *“hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado”* (artículo 2). Un uso de la fuerza por parte de un Estado -tanto una agresión como un uso menos grave- contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas constituye una *“violación de una obligación internacional del Estado”*, y es, por tanto, un hecho ilícito, dando lugar a su responsabilidad internacional, con las consecuencias previstas en la segunda parte del proyecto de 2001: seguir cumpliendo la obligación violada (artículo 29) cesación y no repetición, si proceden (artículo 30) y reparación del perjuicio causado (artículo 31).

Así, por ejemplo, en el caso *Nicaragua*, la Corte determinó que los Estados Unidos habían violado *“su obligación en virtud del derecho internacional consuetudinario de no usar la fuerza contra otro Es-*

tado” y decidió que los Estados Unidos tenían el deber de inmediatamente cesar y abstenerse de todos los actos que pudieran constituir violación de sus obligaciones, así como la obligación de reparar a Nicaragua por todos los daños causados por tales violaciones²⁸.

Con respecto al segundo rasgo en común, toda violación del principio del uso de la fuerza es susceptible de activar el sistema de seguridad colectiva. De conformidad al artículo 1, párrafo 1 de la Carta, con el fin de mantener la paz y seguridad internacionales, el primer propósito de la Organización incluye “*tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz*”, medidas que están previstas en el Capítulo VII de la Carta, titulado precisamente “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz y actos de agresión”. Al no limitarse los supuestos de activación del sistema a los actos de agresión, quedan incluidos, en nuestra opinión, los usos menos graves de la fuerza, puesto que, como sostiene autorizada doctrina, “*la expresión “quebrantamiento de la paz” o “ruptura de la paz” es amplia, genérica y cubre a la agresión. Debemos recordar que el art. 1.1 de la Carta expresa entre sus propósitos el de “suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz”, con lo que establece esta relación de especie-género entre ambos tipos. Además, el art. 39, de conformidad a su redacción, permite distinguir “quebrantamiento de la paz” de “agresión”*”²⁹. Si la agresión, como forma más grave del uso ilícito de la fuerza, es una especie -evidentemente, también la más grave- del quebrantamiento de la paz, es lógico sostener que este último puede comprender otros usos menos graves de la fuerza en contravención del principio que estudiamos. Incluso, de no encontrarse los mismos comprendidos dentro de tal noción, también cabe la posibilidad de considerarlos como una “amenaza a la paz”, también de conformidad a los artículos 1.1

²⁸ CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, pág. 14, párr. 292, apartados 4, 11 y 12.

²⁹ Zlata DRNAS DE CLÉMENT, “Sentido y alcance de la determinación por parte del Consejo de Seguridad de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, *XXX Curso de derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano*, Secretaría General de la OEA, Washington, 2004, págs. 77-134. Disponible en www.acaderc.org.ar.

y 39 de la Carta. En todo caso, y como es sabido, la determinación de si una situación constituye una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión es -a los fines de la adopción de medidas conforme al Capítulo VII de la Carta- competencia del Consejo de Seguridad³⁰.

A modo de ejemplo, podemos mencionar la resolución 660 (1990) del Consejo de Seguridad, en la que determinó “*que, a causa de la invasión de Kuwait por el Iraq, existe un quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales*”. Aunque no mencionó explícitamente la violación del principio, lo hizo implícitamente al recurrir a uno de los tipos de uso ilícito de la fuerza previstos en el artículo 3, inciso a) de la Definición de la Agresión -la invasión-³¹, que calificó como un quebrantamiento de la paz (invocando el artículo 39 de la Carta), y activando así el sistema del Capítulo VII.

2. Consecuencias jurídicas particulares en caso de agresión

Habiendo repasado los rasgos comunes a todas las violaciones al principio del uso de la fuerza, corresponde que analicemos si existen consecuencias jurídicas diferenciadas en caso de agresión y, en tal caso, cuáles son.

a. Responsabilidad internacional del Estado por violación grave de una norma imperativa

En lo que respecta a la responsabilidad internacional, el artículo 5, segundo párrafo, de la Definición de la Agresión establece: “*La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional*”. ¿Es la responsabilidad inter-

³⁰ Sobre las facultades del CS en el Capítulo VII de la Carta, v. i. a., Jean Pierre COT y Alain PELLET (dir.), op. cit., pág. 1131 y ss.; Nico KRISCH, “Chapter VII Powers”, en Bruno SIMMA et al (ed.), *The United Nations Charter: A Commentary*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pág. 1237 y ss.; Zlata DRNAS DE CLÉMENT, op. cit.; Mark S. STEIN, op. cit. y Philippe WECKEL, “Le chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de Sécurité”, *Annuaire français de droit international*, vol. 37, 1991, págs. 165-202.

³¹ V. NACIONES UNIDAS, *Repertorio de la práctica del Consejo de Seguridad. Suplemento de 1989-1992*. Nueva York, 2009, pág. 725.

nacional originada por la agresión diferente a la ya mencionada, referente a toda violación del principio de la abstención del uso de la fuerza? Este interrogante fue de particular interés para los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en el examen del tema “Responsabilidad de los Estados”. Así, en 1976 la Comisión aprobó en primera lectura el artículo 19 de su proyecto, que establecía: “2. *El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.*”

3. *Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular: a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión...”.*

En su comentario al artículo, la Comisión sostuvo: “*La salvaguardia de la paz y la seguridad es desde hace mucho tiempo la principal preocupación de la comunidad internacional, su interés más vital. No es extraño que la Comisión haya encabezado su lista de ejemplos con las obligaciones internacionales relativas a ese fin fundamental. Las violaciones de tales obligaciones representan, en la conciencia jurídica de los Estados, los crímenes internacionales más graves. Como ejemplo concreto de un crimen internacional relativo a esta esfera, la Comisión ha elegido la violación de la obligación que prohíbe la agresión, es decir, el ejemplo más indiscutible, el crimen internacional por antonomasia*”³². De tal manera, la Comisión no sólo incluyó a la agresión dentro de la categoría de “crímenes internacionales”, por ser la “violación de una obligación internacional esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional”, sino que la consideró como “el crimen internacional por antonomasia”.

³² CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Nueva York, Naciones Unidas, 1977, vol. II (segunda parte), pág. 120.

Las consecuencias particulares del crimen internacional (es decir, por sobre las correspondientes a todos los hechos ilícitos) comprendían, además del levantamiento de ciertas restricciones en materia de reparación, a favor del Estado lesionado (artículo 52 del proyecto de artículos aprobado en primera lectura, en adelante, “el proyecto de 1996”), la creación de determinadas obligaciones para todos los demás Estados: a) no reconocer la legalidad de la situación creada por el crimen; b) no prestar ayuda ni asistencia al Estado autor del crimen para mantener la situación creada por dicho crimen; c) cooperar con otros Estados en el cumplimiento de las mencionadas obligaciones; y d) cooperar con otros Estados en la aplicación de medidas destinadas a eliminar las consecuencias del crimen (artículo 53 del proyecto de 1996)³³.

La cuestión de la distinción entre crímenes y delitos internacionales, como se sabe, fue ampliamente discutida y controvertida en los ámbitos académicos y políticos, y aunque presente en el proyecto de 1996, no fue contemplada en el proyecto de 2001. Sin embargo, persiste en este último la noción de que existen ciertas obligaciones cuya naturaleza es de tal importancia para la comunidad internacional en su conjunto, que su violación genera consecuencias jurídicas diferenciadas, según se dispone en el Capítulo III de la Segunda Parte del proyecto. Así el artículo 40 se refiere a la “*responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general*”, y en su párrafo 2, establece que “*la violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable*”. Como señala la Comisión en su comentario al artículo, éste establece dos criterios para distinguir las “violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general” de otros tipos de violaciones: el primero es el carácter de la obligación violada, que debe emanar de una norma imperativa de derecho internacional general; el segundo, es el carácter grave de la violación. Las consecuencias jurídicas particulares previstas en el Capítulo III sólo se aplican a las violaciones que cumplan ambos criterios³⁴.

³³ CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 48° período de sesiones*, Documento A/51/10, Nueva York, Naciones Unidas, 1996, pág. 156.

³⁴ CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 53° período de sesiones*, Documento A/56/10, Nueva York, Naciones Unidas, 2001, pág. 304.

A diferencia del artículo 19 del proyecto aprobado en primera lectura, la norma no aporta ejemplos de este tipo de violaciones. No obstante, la Comisión afirma en su comentario: *“Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanar de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales. Se conviene generalmente que, entre esas prohibiciones, la prohibición de la agresión ha de considerarse imperativa. Esto lo corroboran, por ejemplo, el comentario de la comisión a lo que luego fue el artículo 53 [de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ³⁵], las declaraciones no contradichas de los Gobiernos durante la Conferencia de Viena, las exposiciones de ambas partes en el asunto relativo a las Actividades militares y paramilitares y la posición de la propia Corte en ese asunto”* ³⁶. Aquí la Comisión parecería estar indicando, como ejemplo de norma imperativa, a la prohibición de la agresión; sin embargo, consideramos que, dados los antecedentes que cita -ya mencionados aquí-, nada obsta a considerar que es la prohibición del uso de la fuerza -y no solo la agresión- la que se encuentra en una norma imperativa. Ello no implica afirmar que toda violación al principio origine las consecuencias previstas en el Capítulo III de la segunda parte del proyecto, ya que para ello, como mencionamos, debe reunir el segundo criterio que establece el artículo 40: la gravedad. Al respecto, dice la Comisión en su comentario: *“La palabra “grave” significa que se precisa una cierta magnitud de violación para no trivializarla”* ³⁷. Como mencionamos, el párrafo 2 del artículo 40 dispone que la violación

³⁵ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados contiene la definición de lo que se considera una norma imperativa o de *ius cogens*, al disponer: *“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”*.

³⁶ CDI: op. cit. en nota 33, pág. 305.

³⁷ *Ibidem*, pág. 307.

es “grave” cuando implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación. La Comisión considera en su comentario que una violación es “sistemática” cuando se lleva a cabo de manera organizada y deliberada, mientras que el término “flagrante” se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos. Dichos términos no son mutuamente excluyentes, en el sentido de que las violaciones graves serán normalmente sistemáticas y flagrantes. A continuación agrega algo muy interesante a los fines de esta exposición: *“hay que tener presente que algunas de las normas imperativas de que se trata, muy especialmente las prohibiciones de la agresión y del genocidio, requieren por su propia naturaleza una violación intencional en gran escala”*³⁸. Y en nota incluye como ejemplos, los que se detallaban en el artículo 19 del proyecto aprobado en primera lectura, entre los que se encuentra, como sabemos, la agresión.

En definitiva, la agresión es considerada por la Comisión como un ejemplo casi paradigmático de la “violación grave de una norma imperativa”, quedando así subrayado el carácter de gravedad que es inherente a la agresión y que subraya su distinción de otras violaciones al principio de la abstención del uso de la fuerza, el que, como vimos, reviste el carácter de norma imperativa.

Las consecuencias jurídicas particulares para este tipo de violaciones están previstas en el artículo 41 del proyecto, que dispone: *“1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40. 2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación. 3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional”*.

Los párrafos 1 y 2, así como la primera parte del párrafo 3, del artículo 41 coinciden en general con lo que disponían los artículos 52 y 53, incisos a) a c), del proyecto de 1996, que ya comentáramos. Resulta interesante a los efectos de este análisis, la última parte del párrafo 3, que, de acuerdo al comentario de la Comisión, *“prevé que el derecho*

³⁸ *Ibíd*em, pág. 308.

internacional puede reconocer consecuencias jurídicas adicionales derivadas de la comisión de una violación grave en el sentido del artículo 40", agregando que "esto puede ser en virtud de la norma primaria individual, como en el caso de la prohibición de la agresión"³⁹. Estas consecuencias adicionales incluyen la activación del sistema de seguridad colectiva previsto en la Carta de las Naciones Unidas (aunque, como se vio, ello puede resultar común a todas las violaciones al principio de la abstención del uso de la fuerza) y, en particular, la legítima defensa, según veremos a continuación.

b. Legítima defensa

Tal como se mencionó, en su fallo en el caso *Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia igualó las nociones de "agresión" y "ataque armado" para diferenciarlas de los usos menos graves de la fuerza. Como surge del artículo 51 de la Carta⁴⁰ y sostuvo la Corte, también del derecho consuetudinario, la precondition para el ejercicio de la legítima defensa es el ataque armado. A los fines de determinar si se había dado un ataque armado que justificara la invocación de legítima defensa por parte de los Estados Unidos, la Corte abrevó en el párrafo g) del artículo 3 de la Definición de la Agresión⁴¹, señalando que éste, como ya se dijo, refleja el derecho internacional consuetudinario. La Corte realizó el mismo análisis en el caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*⁴², y en ambos fallos rechazó el argumento de legítima defensa.

³⁹ *Ibidem*, pág. 334.

⁴⁰ "Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales".

⁴¹ CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, pág. 14, párr. 195.

⁴² CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, pág. 168, párr. 146.

A nuestro entender, los elementos importantes que surgen de la jurisprudencia de la Corte son, por un lado, la identificación que la Corte realiza del ataque armado del artículo 51 de la Carta con la agresión, y por el otro, el recurso a la Definición de la Agresión -aunque solo sea al Artículo 3, inciso g)- que realiza a los fines de determinar si en el caso concreto se ha cometido un ataque armado, como precondition del ejercicio de la legítima defensa. De modo tal que, en nuestra opinión, las nociones de “ataque armado” y “agresión” pueden ser consideradas equivalentes a los fines de la legítima defensa y, por lo tanto, el ejercicio de esta última puede ser considerado como una consecuencia jurídica particular de la agresión.

c. Responsabilidad penal individual

Una tercera consecuencia jurídica particular de la agresión es que, además de dar lugar a responsabilidad internacional del Estado -una responsabilidad particular, como hemos mencionado-, puede dar lugar también a responsabilidad penal individual, según el derecho penal internacional. La criminalización de la agresión, como delito individual, recorrió un largo camino desde los Juicios de Nuremberg en 1946 hasta su incorporación en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en la Conferencia de Revisión de Kampala en 2010⁴³. De conformidad con el primer párrafo del artículo 8 bis del Estatuto, “*una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas*”. Para referirse al acto de agresión, el párrafo segundo combina -citando expresamente la resolución 3314 (XXIX)- la definición general del artículo 1 de la Definición de la Agresión, con la enumeración del artículo 3, como ya hemos

⁴³ V. i. a., Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional: “Examen histórico de la evolución en materia de agresión”, Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1, Nueva York, Naciones Unidas, 2002; Kai AMBOS, *El crimen de agresión después de Kampala*, Madrid, Dykinson. 2011; José Luis VALLARTA MARRÓN, “La incorporación del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2011, vol. XI, págs. 435-461.

mencionado. De la lectura del artículo parecería que no basta la mera comisión de un acto de agresión para generar responsabilidad penal individual, ya que el mismo “por sus características, gravedad y escala”, debe constituir “una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”. Esta cláusula, denominada “umbral de gravedad”, plantea una interesante discusión a las que nos referiremos más adelante. Baste por ahora mencionar que, en nuestra opinión, la gravedad es -como se desprende de lo expuesto hasta aquí- una característica inherente a la agresión y, por lo tanto, siempre genera responsabilidad individual.

En definitiva, la agresión, como la más grave violación del principio de la abstención del uso de la fuerza, tiene consecuencias jurídicas particulares, distintas a las de las violaciones menos graves del principio: en materia de responsabilidad internacional del Estado, como violación grave de una norma imperativa, genera nuevas obligaciones para los demás Estados; como equivalente de un “ataque armado”, constituye la precondition de la legítima defensa, habilitando al Estado agredido para su ejercicio; y, finalmente, puede generar responsabilidad penal individual para sus autores.

C. *¿Cuántas formas de violación del principio existen?*

Hemos señalado hasta aquí que existen al menos dos formas diferentes de violación al principio de la abstención del uso de la fuerza, y que el criterio para diferenciarlas es su gravedad: por un lado, las formas menos graves, y por el otro, la forma más grave, que recibe el nombre de agresión. Hemos visto también que el derecho internacional reconoce diferentes consecuencias jurídicas para unas y para otras, pero al momento de analizar puntualmente las consecuencias particulares de la agresión, parecieran surgir nuevas distinciones que es necesario considerar.

Así, y en lo referente al carácter de “violación grave de una norma imperativa” que la agresión reviste en materia de responsabilidad internacional, conviene tener presente un importante pasaje del ya citado caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*⁴⁴. Allí, la Corte

⁴⁴ Sobre el fallo, v., *i.a.*, Graciela R. SALAS, “Caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo”, en *Cuaderno de Derecho Internacional* N° VI. Academia Nacio-

Internacional de Justicia concluyó que *“Uganda ha violado la soberanía y también la integridad territorial de la RDC. Las acciones de Uganda constituyen asimismo una intervención en los asuntos internos de la RDC y en la guerra civil que allí se desarrolla. La intervención militar ilícita de Uganda fue de tal magnitud y duración que la Corte la considera como una violación grave de la prohibición del uso de la fuerza expresada en el artículo 2, párrafo 4 de la Carta”*⁴⁵.

El gran interrogante en esta cuestión es qué significa que la Corte haya considerado que la intervención armada de Uganda en el Congo era una “violación grave de la prohibición del uso de la fuerza”, un principio cuya naturaleza imperativa reconoció -indirectamente- en el precedente *Nicaragua*. ¿Está la Corte diciendo que se está ante una “violación grave de una norma imperativa” en el sentido del proyecto de 2001? Al respecto, Casanovas afirma: *“Al utilizar la noción de ‘violación grave’ la define como un tipo de hecho internacionalmente ilícito que según los recientes trabajos de codificación de la responsabilidad internacional de los Estados se predica de las obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general o de ius cogens y cuya violación tiene consecuencias específicas”*⁴⁶. Sería muy extraño, por otro lado, que la Corte utilizara términos que en el derecho internacional actual tienen un contenido muy específico con un sentido distinto. Pero, si la Corte en efecto reconoció que se estaba ante una violación grave de una norma imperativa, ¿por qué no sostuvo que se trataba de una agresión?

La posición de la Corte fue criticada desde el comienzo, incluso por dos de sus miembros, en sendas opiniones separadas a la sentencia de la Corte. El magistrado Elaraby dedica la totalidad de su opinión separada a esta cuestión, comenzando por señalar que la República Democrática del Congo a lo largo de todo el proceso caracterizó las acciones de Uganda como agresión y solicitó a la Corte que así lo declarara. Al comentar el

nal de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012; Phoebe N. OKOWA, “Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55 (2006), pág. 742-753.

⁴⁵ CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2005*, pág. 168, párr. 165.

⁴⁶ Oriol CASANOVAS Y LA ROSA, op. cit., pág. 1038.

pasaje en que la Corte considera la intervención como una “violación grave”, el magistrado sostiene: “*Así, mientras la Corte usa un lenguaje excepcionalmente fuerte para enfatizar la gravedad del uso de la fuerza en este caso, se abstiene de considerar la demanda adicional de la República Democrática del Congo de que tales actos, habida cuenta de su propia gravedad así como sus características específicas, constituyen agresión. La agresión es el núcleo y la esencia misma del uso de la fuerza prohibido en virtud del artículo 2, párrafo 4 de la Carta*”⁴⁷. En vista de la demanda del Congo, y de la gravedad de las violaciones reconocidas por la Corte, el magistrado Elaraby considera que corresponde a la Corte responder al serio planteo del Congo acerca de que las actividades de Uganda también constituyen una agresión prohibida por el derecho internacional. Menciona la resolución 3314 (XXIX) y recuerda que la Corte reconoció la naturaleza consuetudinaria del artículo 3, inciso g) en el precedente *Nicaragua*, y que tal reconocimiento es de considerable importancia en el caso, en particular para la demanda del Congo relativa a la agresión de Uganda. El magistrado considera que, dadas las circunstancias del caso, la Definición de la Agresión es aplicable *a fortiori*. En conclusión, el magistrado Elaraby opina que no hay razón que impidiera a la Corte declarar que las acciones de Uganda constituyeron agresión.

La misma fue la postura del magistrado Simma. Con breves términos, critica que la Corte haya omitido considerar la demanda del Congo acerca de la agresión de Uganda y afirma: “*Si alguna vez hubo una actividad militar ante la Corte que merezca ser calificada como un acto de agresión, es la invasión ugandesa de la RDC*”⁴⁸.

En lo que respecta al presente análisis, creemos que esta situación plantea al menos tres alternativas: 1) no obstante usar el lenguaje del artículo 40 del proyecto de 2001, la Corte no utilizó su contenido, declarando que la intervención de Uganda fue una mera violación de la prohi-

⁴⁷ CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, pág. 168, Opinión separada de Elaraby, pág. 328.

⁴⁸ CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, pág. 168, Opinión separada de Simma, pág. 335.

bición de la fuerza, pero no una agresión; 2) la Corte reconoció que la intervención ugandesa era una “violación grave” en el sentido del proyecto de 2001, pero que no equivalía a una agresión; y 3) la Corte, al declarar que la intervención era una “violación grave” reconoció implícitamente que se trataba de una agresión, pero omitió declararlo en forma expresa por otros motivos.

Por los motivos que hemos señalado *supra*, descartaremos la primera alternativa, concentrándonos en las otras dos. La segunda es sostenida por parte de la doctrina: “*la CIJ encontró a Uganda responsable por el uso lícito de la fuerza en la RDC, pero no sostuvo que la conducta de Uganda alcanzara el nivel de la agresión*”⁴⁹. Encontramos dificultades para compartir esta opinión: para hacerlo, deberíamos aceptar que las “violaciones graves” del principio de la prohibición del uso de la fuerza comprenden otras además de la agresión -que sería así “la más grave de las violaciones más graves”-, lo cual no se condice con los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en materia de responsabilidad internacional.

La tercera alternativa, entonces, es la que nos parece más viable: en primer lugar, en ningún momento la Corte rechaza expresamente los planteos del Congo en cuanto a la calificación de la cuestión; en segundo lugar, y más importante, al recurrir a los términos “violación grave” de la prohibición del uso de la fuerza, la Corte reconoce implícitamente que se trató de una agresión, con los efectos jurídicos que ella acarrea -ya que existe, en nuestra opinión, una identidad de contenido entre ambas nociones-, pero previniendo los efectos políticos que la calificación de “agresor” podría traer para Uganda, sobre todo, teniendo en cuenta, como lo señala la doctrina, que el Consejo de Seguridad ya había determinado la situación como una “amenaza a la paz”, sin usar el término “agresión”⁵⁰. El magistrado Simma tuvo muy presente esta cuestión en su crítica al accionar de la Corte: “*Es verdad que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, pese adoptar una serie completa de resoluciones sobre la situación en la región de los Grandes Lagos [...] nunca fue*

⁴⁹ Mark A. DRUMBL, “The push to criminalize aggression: something lost amid the gains?” *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 41 (2009), págs. 291-319, pág. 298.

⁵⁰ Robert UERPMANN-WITZACK, “Armed Activities on the Territory of the Congo

*tan lejos como para calificar expresamente la invasión ugandesa como un acto de agresión, incluso aunque esta aparezca como un ejemplo de libro de la primera de las definiciones de ‘la forma más seria y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza’ expresada en la resolución 3314 (XXIX de la Asamblea General. El Consejo habrá tenido sus propias razones -políticas- para abstenerse de tal determinación. Pero la Corte, como el órgano judicial principal de las Naciones Unidas no tiene que seguir ese curso. Su misma razón de ser es arribar a decisiones basadas en el derecho y nada más que en el derecho, teniendo en cuenta el contexto político ante ella, pero no desistir de afirmar lo que es manifiesto por razones relativas a tales consideraciones extrajurídicas”*⁵¹.

En definitiva, coincidimos con los magistrados citados y con la doctrina en que la Corte perdió la oportunidad de declarar explícitamente que se trataba de una agresión, pero sostenemos que, al afirmar que Uganda había cometido una violación grave del principio de la prohibición de la fuerza, implícitamente reconoció -por identidad de contenido- que la agresión se había perpetrado. La misma naturaleza de los conceptos jurídicos involucrados nos lleva a esa conclusión.

En lo referente a la precondition del ejercicio de la legítima defensa, la identidad entre la agresión y el “ataque armado” que aquí planteamos no es aceptada de forma pacífica por la doctrina. Así, Randelzhofer, luego de repasar los trabajos preparatorios de la Definición de la Agresión, sostiene que no se pretendió definir el “ataque armado” del artículo 51: *“Las nociones de ‘ataque armado’ y ‘acto de agresión’ no son coincidentes. Dejando de lado las incertidumbres relativas al alcance y el contenido de ambos términos, se sostiene que ‘ataque armado’ es el concepto más estrecho de los dos”*⁵². Zourek mantiene la visión

Cases”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible en: <http://www.socialglobalstudies.com/LAW%2012/maxplanckarmedactivitiesontheterritoryofthecongocases.pdf>

⁵¹ CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, pág. 168, Opinión separada de Simma, pág. 335.

⁵² Albrecht RANDELZHOFFER, “Article 51”, en Bruno SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, 2ª ed., Munich, Verlag C. H. Beck, 2002, pág. 795.

opuesta, al afirmar que la Definición dota de contenido a la noción del artículo 51 de la Carta⁵³. Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional, en sus comentarios a los artículos 19 y 34 (este último sobre legítima defensa como causa de exclusión de ilicitud) del proyecto de 1996, se ha referido a la agresión como la precondition del ejercicio de la legítima defensa sin efectuar disquisiciones al respecto⁵⁴.

Es verdad que los trabajos preparatorios de la Definición no aportan una idea clara en el sentido de la identidad entre ambas nociones. El propio Randelzhofer menciona una propuesta presentada por un grupo de Estados no alineados, que en su preámbulo expresaba que *“el ataque armado (agresión armada) es la forma de agresión más seria y peligrosa”*⁵⁵. Esta propuesta se transformó en el quinto párrafo de uno de los proyectos de preámbulo de la Definición, y disponía que *“la agresión armada constituye la forma más grave y peligrosa de agresión”*⁵⁶. Sin embargo, debemos recordar que la forma definitiva que tuvo ese párrafo, tal cual lo recomendó el Comité Especial y lo aprobó la Asamblea General, expresa que *“la agresión es la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza”*, sin hacer distinción alguna entre la “agresión” y la “agresión armada” o “ataque armado”.

En nuestra opinión, y partiendo de la base -como se ha planteado aquí- que la agresión es, en efecto, la forma más grave y peligrosa de uso ilícito de la fuerza, y el ataque armado por definición implica el uso de la fuerza, afirmar que este es solo una forma posible de agresión, implicaría sostener que, por sus propias consecuencias, es *más grave* que “la forma más grave”, lo cual bordea el absurdo. Nuestro planteo no debe interpretarse en un sentido favorable al debilitamiento de la noción de “ataque armado” del artículo 51 de la Carta, sino a favor del fortaleci-

⁵³ Jaroslav ZOUREK, op. cit., pág. 28. Debe tenerse presente que, como se mencionó, la versión francesa del artículo 51 se refiere a una “agresion armée”, de allí que la doctrina francesa tienda a igualar los conceptos de agresión y ataque armado.

⁵⁴ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Nueva York, Naciones Unidas, 1977, vol. II (segunda parte), pág. 103 y ss.; CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1980*, Nueva York, Naciones Unidas, 1981, vol. II (segunda parte), pág. 50 y ss.

⁵⁵ Asamblea General: *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión*. Documento A/9019, Nueva York, Naciones Unidas, 1973, pág. 8.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 14.

miento de la noción de agresión. Compartimos las posturas que consideran a la intensidad una característica esencial del ataque armado⁵⁷, pero creemos que ello es aplicable también a la gravedad de la agresión. Como ya se mencionó, si el uso de la fuerza de que se trate no es lo suficientemente grave, no obstante caer materialmente en alguno de los supuestos del artículo 3 de la Definición de la Agresión, no será agresión, ni ataque armado, y por lo tanto, no habilitará para el ejercicio de la legítima defensa de parte del Estado víctima.

Finalmente, en lo que se refiere al “umbral de gravedad” para la existencia de responsabilidad penal individual, recordamos que el párrafo 1 del artículo 8 bis del Estatuto de Roma dispone que para constituir un “crimen”, el acto de agresión debe ser tal *“que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”*. La doctrina ha analizado con detenimiento esta cuestión, aun antes de su aprobación en Kampala⁵⁸ y son interesantes al respecto las reflexiones de Remiro Brotóns: *“La idea del umbral a partir del cual la agresión se convierte en crimen es en sí misma razonable [...]; no obstante, también puede parecer redundante en la medida en que la importancia y gravedad de la agresión: 1) está implícita en los tipos del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, donde se menciona la agresión a continuación del quebrantamiento de la paz; 2) está expresa en la resolución 3314 (XXIX), donde ‘el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad’ es una de las circunstancias*

⁵⁷ Eduardo PINTORE, “La caracterización del concepto de ataque armado del art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas a través de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, en INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN, *Cuaderno de Derecho Internacional N° VI*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012, pág. 54 y ss., y los autores allí citados.

⁵⁸ V. al respecto, Sergey SAYAPIN, “A great unknown: the definition of aggression revisited”, *Michigan State Journal of International Law*, vol. 17 (2008-2009). N° 2, págs. 377-400, pág. 382; Drew KOSTIC, “Whose crime is it anyway? The International Criminal Court and the crime of aggression”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22 (2011), págs. 109-141, págs. 123-124; Silvia A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, “The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court”, *Fordham International Law Journal*, vol. 25 (2002), págs. 589-605, págs. 597-598.

*pertinentes para que el Consejo de Seguridad concluya ‘que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada’; y 3) está asimismo expresa en el Estatuto de la Corte Penal, al afirmarse su jurisdicción sobre los crímenes más graves. ¿Se pretende ahora sugerir que sólo los actos más graves del más grave de los crímenes más graves deben someterse a la jurisdicción de la Corte? ¿o más bien, lo que va de suyo, que hay usos de la fuerza prohibidos por el derecho internacional que sólo cuando traspasan un determinado umbral de gravedad son calificables de agresión, como ya en su día declaró la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua?’*⁵⁹. Los argumentos del jurista español no han perdido vigencia después de Kampala: la gravedad de la agresión está implícita en la Carta no sólo en el artículo 39, sino también en el artículo 1.1 cuando, al referirse a “actos de agresión y otros quebrantamientos de la paz” está señalando que aquellos son una especie -la más grave- de éstos; la aplicación del artículo 2 de la Definición de la Agresión no podría descartarse, toda vez que la definición del acto de agresión en el párrafo 2 del artículo 8 bis del Estatuto de Roma se ha hecho “*De conformidad con la resolución 3314 (XXIX)*”; la agresión está incluida entre los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” (cuarto párrafo del Preámbulo y artículo 5 del Estatuto); y nos permitimos agregar un cuarto argumento, que es el referido a la naturaleza de “violación *grave* por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general”, que reviste el acto de agresión -como ya hemos señalado-. Dadas estas consideraciones, es posible reformular los interrogantes de Remiro Brotóns: ¿pueden existir actos de agresión que, por no superar el umbral de gravedad, no dan origen a un crimen de agresión? O bien, ¿se trata solamente de usos de la fuerza menos graves que no constituyen actos de agresión? Aunque una respuesta definitiva a este interrogante requiere una profundización mayor de la cuestión, que excede notablemente los límites de un trabajo exploratorio como el presente, consideramos, dado lo sostenido hasta aquí,

⁵⁹ Antonio REMIRO BROTONS, “Crimen de agresión. Crimen sin castigo”, en Consuelo RAMÓN CHORNET, (ed.), *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 120-121.

que la gravedad inherente de la agresión es tal que siempre puede considerarse que cruza el umbral requerido y da lugar a responsabilidad penal individual. Como se dijo, los usos de la fuerza que, aunque se correspondan con alguno de los tipos del artículo 3 de la Definición (o el párrafo 2 del artículo 8 bis del Estatuto de Roma) no son actos de agresión, sino que constituyen usos de la fuerza menos graves, con el alcance ya expuesto aquí.

En conclusión, consideramos que introducir diferenciaciones o matices implica negar las características propias de la agresión, en particular la gravedad que le es inherente y que constituye el principal rasgo que la distingue de otros usos de la fuerza. Es esta gravedad la que justifica las consecuencias jurídicas diferenciadas y agravadas que hemos señalado. Esto no implica, se insiste, pretender ampliar las consecuencias jurídicas para usos de la fuerza menos graves -que siguen siendo ilícitos y como tales, tienen consecuencias jurídicas propias-. Por el contrario, implica ubicar a la agresión en el lugar que corresponde en el derecho internacional, el lugar de “*la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza*”, según la Definición de la Agresión, del “*crimen internacional por antonomasia*”, según la Comisión de Derecho Internacional, y “*el supremo crimen internacional*”, según el Tribunal de Nuremberg ⁶⁰.

V. Consideraciones finales

Creemos que a lo largo de estas breves páginas hemos logrado recalcar la importancia del principio de la abstención del uso de la fuerza en el derecho internacional contemporáneo, importancia tal que la más grave de sus violaciones, la agresión, no solamente da lugar a responsabilidad internacional del Estado agresor y puede activar el sistema de seguridad colectiva de las Carta de las Naciones Unidas, sino que genera nuevos deberes para el resto de la comunidad internacional, habilita al Estado agredido para ejercer su legítima defensa y hasta puede dar lugar a responsabilidad penal individual.

Asimismo, consideramos que la característica definitoria de la agresión es su gravedad, como se pone de manifiesto en las normas jurídicas

⁶⁰ Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 23.

aplicables, en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y en la opinión de los principales órganos responsables del proceso codificador. Esta gravedad no admite matices ni diferenciaciones, que solo darían como resultado vaciar de contenido a la noción de agresión, noción que costó siglos elaborar, hasta llegar a considerarla en la actualidad como uno de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. Su prevención y supresión, integrada al primer propósito de las Naciones Unidas no contribuye solamente al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, sino también al imperio del Derecho.

RESPONSABILIDAD COMPARTIDA
¿PRINCIPIO GENERAL EMERGENTE¹

SHARED RESPONSIBILITY
EMERGING GENERAL PRINCIPLE?

María Cristina Rodríguez y Gloria Rosenberg***

Resumen: El presente trabajo analiza la naturaleza y el contenido del “principio de responsabilidad compartida”, enunciado en recientes instrumentos internacionales como una regla primaria emergente frente a problemas globales que ameritan el accionar conjunto de estados y organizaciones internacionales.

Palabras-clave: Responsabilidad - Transnacionalidad - *Softlaw*.

Abstract: This paper discusses the nature and content of the “shared responsibility principle”, enunciated in recent international instruments as a primary rule emerging in front of global problems requiring the joint action of States and international organizations.

Keywords: Responsibility - Transnationality - *Softlaw*.

¹ Trabajo recibido para su publicación el 26 de marzo de 2014 y aprobado el 29 de mayo de 2014.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

** Abogada. Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

Analizar la existencia, naturaleza y contenido de la denominada “responsabilidad compartida” es una tarea tan compleja como lo es la de identificar cuáles son principios generales del derecho internacional actual. Probablemente, esto se deba a que en el lenguaje jurídico o diplomático muchas reglas o conductas deseadas son denominadas “principios” con mucha facilidad². No obstante, pueden señalarse algunas características predominantes en los principios generales del derecho internacional:

- *Su reconocimiento progresivo es jurídico, político, histórico y cultural (p.ej. no intervención, libre determinación de los pueblos).*
- *Algunos, suficientemente consolidados, portan dificultades para precisar su contenido o su naturaleza, tal como sucede con el principio de no discriminación en materia de derechos humanos, considerado por algunos internacionalistas como ius cogens³ en tanto que, para otros, únicamente lo sería de tratarse de apartheid⁴. En tanto que en las relaciones interestatales la no discriminación se expresa a través del principio de igualdad soberana, llamado también “principio de igualdad de derechos”.*
- *Expresan, a través de un lenguaje jurídico común, valores universales generalmente reconocidos y aceptados por la comunidad internacional (p. ej. solución pacífica de las controversias, reparar al daño causado, buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, deber de proteger los derechos hu-*

² Véase: M. A. ORENCH Y DEL MORAL, *El derecho internacional como ordenamiento jurídico objetivo. Los principios generales del Derecho Internacional*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2004; Informe de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (2001), donde en los comentarios a numerosos artículos emplea la locución “principio” para referirse a cada regla jurídica comentada.

³ Corte IDH. O.C. *Condición jurídica y derechos de los trabajadores migratorios*, 17 de septiembre de 2003.

⁴ CDI. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados aprobado en 1980, en particular art. 19, 3. c).

manos fundamentales) *diferenciándose de las normas jurídicas particulares por su mayor grado de abstracción.*

- *Son transversales a todo el ordenamiento internacional, aunque no necesariamente sean estructurales o básicos* ⁵, *siendo orientativos de conductas jurídicas.*

La doctrina jurídica puede reconocerlos o no con tal jerarquía, discutir sobre su contenido particular ⁶, intentar negar su aplicación o interpretarlos de manera diferente para justificar determinada política exterior (p.ej. dicotomía entre el principio de prohibición al uso de la fuerza y las nociones de “guerra justa” o de “legítima defensa preventiva” ⁷). Desde un punto de vista amplio, puede tratarse de aquellos vigentes en los ordenamientos internos (p. ej. buena fe) o ser exclusivos del derecho internacional (p. ej. no agresión). Están enunciados en tratados, en declaraciones multilaterales, en resoluciones de organizaciones internacionales, e inclusive en jurisprudencia del mismo ámbito. Pueden manifestarse a través de acuerdos o de la costumbre internacional.

En lo que hace a la responsabilidad compartida (*shared responsibility*), algunos instrumentos internacionales le otorgan el carácter de principio de derecho internacional. En otros aparece como una regla de acción para resolver problemas de importancia universal. En ambos casos se presentaría como una *norma primaria en formación* derivada del principio de cooperación y generada por factores interrelacionados:

- 1) La interdependencia e intereses universales comunes en relación a diferentes problemáticas (p. ej. trata de personas, narcotráfico, terrorismo, medio ambiente, epidemias ⁸, refugiados, armas de destrucción masiva).
- 2) La moralización del pensamiento jurídico, que puede estar dada por el reconocimiento de una norma de naturaleza imperativa o por la necesidad de erradicar conductas que afectan directamente a toda la comunidad internacional (p. ej. pérdida de biodiversidad, tráfico ilegal de armas o drogas).

⁵ *Ibíd.* M. A. ORENCH Y DEL MORAL. *El derecho internacional...*, p. 300.

- 3) La heterogeneidad de actores responsables (v.gr. estados, organizaciones internacionales) y la existencia de obligaciones notan nítidamente divisibles.

Desde el punto de vista de algunos estudiosos, la responsabilidad compartida se identifica con la llamada responsabilidad “conjunta” o “solidaria”, centrandó su análisis en el régimen general de la responsabilidad internacional ⁹. A su juicio, dicha responsabilidad puede surgir en tres diferentes situaciones. La primera implica la existencia de hechos ilícitos que son independientes pero que confluyen a un mismo resultado (CIJ,

⁶ Juan VELÁZQUEZ ELIZARRÁS, “Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios generales del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, págs. 407-453; Hernán VALENCIA RESTREPO, “La definición de los principios en Derecho Internacional contemporáneo”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Medellín-Colombia)*, vol. 37, N° 106, 2007, págs. 69-124.

⁷ Véase Daniel BETHLEHEM, “Principles Relevant to the Scope of a State’s Right of Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors”, *The American Journal of International Law*, vol. 106 (disponible en: <http://www.un.org/law/counsel/Bethlehem%20-%20Self-Defense%20Article.pdf>); Christopher GREENWOOD, “Self-Defense”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (disponible en: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e401?rskey=xmiujv&result=271&q=&prd=epil>); James A. GREEN *et al*, “The Threat of Force as an Action in Self-Defense Under International Law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44:285 (disponible en: <http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/green-cr.pdf>).

⁸ Por ejemplo, la *Hoja de ruta sobre responsabilidad compartida y solidaridad global respecto al HIV, tuberculosis y malaria en el ámbito de la Unión Africana, propuesta por la Asamblea* (Decision Assembly/AU/Dec.413 [XVIII] de 2012).

⁹ André NOLLKAEMPER *et al*, *Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework* (disponible en: http://www.mjilonline.org/wordpress/wp-content/uploads/2013/04/Nollkaemper-Jacobs-FTP-3_C.pdf); Martin PAPARINSKIS, “Procedural Aspects of Shared Responsibility in the International Court of Justice”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, N° 2 (2013), págs. 295-318; Caitlin BELL, “Reassessing Multiple Attribution: The International Law Commission and the Behrami and Saramati Decision”, *International Law and Politics*, vol. 42, 2010, pág. 501 y ss.; Kristen BOON, “New Directions in Responsibility: Assessing the International Law Commission’s Draft Articles on the Responsibility of International Organizations”, *The Yale Journal of International Law Online*, vol. 37, 2011 (disponible en: <http://www.yjil.org/online/volume-37-spring-2011/new-directions-in-responsibility-assessing-the-international-law-commissions-draft-articles-on-the-responsibility-of-international-organizations>).

asuntos *Canal de Corfú* y *Plataformas petroleras*¹⁰, donde el tribunal habló de responsabilidad independiente por entender que no había colusión). En la segunda un hecho es atribuido a dos o más estados o sujetos internacionales cuando existen órganos comunes (CIJ, asuntos *Naurú*¹¹, *legalidad del uso de la fuerza, Timor Oriental*), o expresamente deriva de un acuerdo (ej. convenio entre Estados Unidos y la Unión Europea por el uso de sistema satelital Galileo¹², Tratado de Lisboa de 2007). En la tercera un Estado u organización internacional controla o asiste a otro Estado (Corte EDH, casos *Behrami*¹³ y *Al-Jedda*¹⁴).

Por el momento, la mayoría de los tribunales siguen las pautas de la Comisión de Derecho Internacional indicando que, salvo lo dispuesto por

¹⁰ En opinión individual respecto de la demanda reconvenional (2003), el magistrado Simma consideró que se trataba de responsabilidad compartida entre Irán e Irak: “Sur la base de cette étude (certes modeste) de droit comparé de la responsabilité, je me risquerai à conclure que le principe de la responsabilité *in solidum* commun aux juridictions dont j’ai parlé peut légitimement être considéré comme un ‘principe général de droit’ au sens de l’alinéac) du paragraphe 1 de l’article 38 du Statut de la Cour. J’estime que ce principe aurait dû trouver application dans notre espèce et que, même si la responsabilité de l’entrave au commerce des Etats-Unis avec l’Iran ne peut pas (et ne doit pas, voir ci-dessous) être partagée entre l’Iran et l’Iraq, il aurait néanmoins fallu considérer que l’Iran n’avait pas respecté ses obligations conventionnelles...” La différence est claire: contrairement à la demande reconventionnelle spécifique dans le cadre de laquelle un seul Etat est responsable de la violation du droit international, la demande reconventionnelle générale tombe dans le champ d’application de l’article 47 de la Commission du droit international parce que les deux Etats sont responsables du même fait: c’est la création de conditions dangereuses pour la navigation et le commerce dans le Golfe qui constitue le fait internationalement illicite au sens de l’article”.

¹¹ El juez Shahabuddeen afirmó: “the obligations of the three Governments under the Trusteeship Agreement were joint and several” (párrs. 74 y 76).

¹² *Article 19. Responsibility and Liability*. 1. The Parties shall have responsibility for failure to comply with obligations under this Agreement. 2. If it is unclear whether an obligation under this Agreement is within the competence of either the European Community or its Member States, at the request of the United States, the European Community and its Member States shall provide the necessary information. Failure to provide this information with all due expediency or the provision of contradictory information shall result in joint and several liability.

¹³ Corte EDH. Asuntos *Behrami* y *Behrami c. Francia y Saramati c. Alemania, Francia y Noruega*, Sentencia de 31 de mayo de 2007.

¹⁴ Corte EDH. *Al-Jedda c. Reino Unido*, Sentencia de 7 de julio de 2011.

una norma que expresamente prevea que es conjunta o solidaria, la responsabilidad es independiente¹⁵. Así, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia (asunto *Canal de Corfú*, 1949) ha considerado que la responsabilidad de cada Estado participante viene determinada individualmente sobre la base de su propio comportamiento y por referencia a sus propias obligaciones internacionales. En el caso *Nauru* (1992), aun tratándose de hechos ocurridos durante la administración de un territorio colonial compartida por Gran Bretaña, Australia y Nueva Zelanda -a través de un órgano común y autorizada por las Naciones Unidas desde 1947¹⁶- siguió la misma pauta, pese a que ni siquiera podía aplicarse la regla que indica que la solidaridad no se presume ni tampoco hablarse de pluralidad de responsables, sino de una responsabilidad conjunta explícita.

Es en *Timor Oriental* (1995) donde el tribunal realiza un segundo abordaje importante en materia de deberes comunes, admitiendo que la obligación de respetar la libre determinación de los pueblos es *erga omnes*, oponible a Australia e Indonesia¹⁷. En el caso *aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* (2007)

¹⁵ Atento a lo expresado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en los comentarios al artículo 47 del *Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos* tampoco se reconoce la existencia una norma general de responsabilidad solidaria, aunque aclara que ello no excluye la posibilidad de que dos o más Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito dependiendo de las circunstancias y de las obligaciones internacionales de cada uno de esos Estados. De esta manera, la CDI diferencia entre pluralidad de responsables de responsabilidad conjunta. Considera, también, que es posible que varios Estados hayan contribuido a causar el mismo daño mediante un comportamiento internacionalmente ilícito separado (p. ej. varios Estados pueden contribuir a contaminar un río mediante el vertimiento por separado de contaminantes), por lo que, a falta de acuerdo en contrario entre los Estados interesados, el *principio de la responsabilidad independiente* refleja la posición en derecho internacional general. Ahora bien, teniendo presente el tiempo transcurrido desde y hasta la culminación de sus estudios nos queda el interrogante acerca de la suficiencia del proyecto de la CDI para responder a problemas marcadamente transnacionales cuya solución recae en varios Estados.

¹⁶ El juez Shahabuddeen remarcó que las obligaciones de los tres gobiernos eran “conjuntas y plurales”.

¹⁷ Ya en *Barcelona Traction* (1970) la Corte había hecho referencia a las obligaciones *erga omnes* señalando dos características: se contraen ante toda la comunidad internacional e incorporan valores esenciales para ésta, por lo que todos los estados tienen un interés jurídico en su cumplimiento.

hubo un avance en relación con la limitación territorial de la obligación estatal¹⁸, destacándose la opinión separada del juez Ranjeva, quien afirma lo siguiente: “la responsabilidad internacional de un Estado por omisión es la sanción anexa a la obligación de prevenir el delito de genocidio, que es una obligación *erga omnes*. Para lograr la solidaridad internacional que es su base, se requiere una constante vigilancia en un contexto de la cooperación multilateral. Dicha obligación, que debe ser cumplida con discernimiento, incumbe a todos los Estados partes. La obligación es apreciada en concreto por la Corte, tarea que no está exenta de dificultades, pues esencialmente entraña a Estados soberanos actuando preventivamente mediante una acción diplomática concertada”¹⁹.

Más adelante, en el asunto *Genocidio en territorio bosnio* (2009), la Corte reconoce que en las circunstancias en las que existiese un grave riesgo de comisión de actos de genocidio, Yugoslavia y Bosnia-Herzegovina, independientemente de que dichos actos en el pasado les puedan ser jurídicamente imputables, estaban bajo una clara obligación de hacer todo lo que esté en su poder para prevenir la comisión de tales actos en el futuro. Si bien consideró que los actos de genocidio no podían ser atribuidos a Serbia y Montenegro señaló la posibilidad de una “complicidad” en éstos. Además, juzgó que para que se considere que un Estado es responsable de violar la obligación de prevención no necesita probarse que tuviera definitivamente el poder de impedir el genocidio, sino que es suficiente que poseyera los medios para hacerlo y que manifiestamente se hubiera abstenido de utilizarlos.

Por su lado, en el caso *Rantsev v. Cyprus y Rusia* (2010), la Corte Europea de Derechos Humanos juzgó como ilícitos independientes lo ocurrido con una joven rusa que había sido traficada desde Rusia a Chipre para ser explotada sexualmente en un cabaret y donde encontró la muerte en 2001. Señaló que Chipre era responsable por no haber otorgado una protección suficiente respecto a la trata de personas y no haber investigado concienzudamente la muerte de la joven, en tanto que Rusia era res-

¹⁸ “Les obligations matérielles découlant de l’article premier et de l’article III ne semblent pas être territorialement limitées. Elles s’appliquent à un Etat, où que celui-ci se trouve agir ou en mesure d’agir pour s’acquitter des obligations en question” (pár. 183).

¹⁹ *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 2003-2007*(ST/LEG/SER.F/1/Add.3), p. 212.

ponsable por no haber investigado el crimen de trata hacia Chipre. Sin embargo, agregó que desde el punto de vista del derecho internacional la competencia de un Estado es primariamente territorial, que los estados tenían obligaciones positivas respecto a la sociedad en materia legislativa, policial y judicial, que la trata internacional no es un asunto meramente doméstico, porque hay países de origen, de tránsito y de destino y que a la luz del artículo 4 de la Convención europea todos los Estados tienen la obligación de investigar y cooperar efectivamente con las autoridades de otro Estado²⁰. Luego, en *M. and Others v. Italy y Bulgaria*, el tribunal reafirmó que en los asuntos de tráfico de personas los estados miembros están sujetos al deber de cooperar efectivamente con las autoridades de otros estados involucrados por los hechos que ocurren fuera de sus territorios (sentencia de 31 de julio de 2012)²¹.

A una opinión diferente había llegado el tribunal arbitral llamado a decidir en el asunto del *Eurotunnel* (2007), pues respecto del tráfico ilícito de personas consideró que la responsabilidad global de la seguridad y comunicación era compartida y no divisible entre Francia y Gran Bretaña, específicamente por disponer de un órgano común²².

²⁰ Corte EDH. Asunto *Rantsev v. Chipre y Rusia* (Nº 25965/04), Sentencia de 7 de enero de 2010.

²¹ Corte EDH. Asunto *M. and Others v. Italy y Bulgaria*, Sentencia de 31 de Julio de 2012.

²² “Le Tribunal a déjà jugé que la question n’est pas celle d’une responsabilité conjointe et solidaire – question qui concerne la nature d’une responsabilité déjà établie à l’encontre des deux États. La question est d’abord de savoir si les conditions d’une responsabilité internationale sont réunies. Bien que les questions de surveillance policière en dehors de la zone de contrôle relevaient exclusivement de la France, la responsabilité globale de la sûreté de la liaison fixe était partagée et non divisée. Les deux États partageaient la responsabilité et, en vertu de l’article 27.7, ils devaient s’assurer que la C.I.G. prenait les mesures nécessaires aux fins de faciliter la mise en œuvre du Contrat, y compris de son article 2.1, et ce faisant, qu’elle prenait “ en considération les préoccupations commerciales légitimes des concessionnaires, notamment pour éviter des dépenses et des délais inutiles”. Ce que la C.I.G., en sa qualité d’organe commun, a manqué de faire, et que les concédants, au nom et pour le compte de qui la C.I.G. agissait, ont également manqué de faire. Le Royaume-Uni est responsable, avec la France, des préjudices causés ainsi aux Demandeurs”. CPA. *Dans le cadre de l’arbitrage devant un tribunal constitué conformément à l’article 19 du Traité entre la République française et le Royaume Uni de Grande Bretagne et d’Irlande du Nord concernant la construction et l’exploitation par*

De idéntica manera, la doctrina es reticente a reconocer una regla general que estipule la responsabilidad conjunta. Algunos estudios de Brownlie, quien en su momento afirmó que había evidencias de principios emergentes a través de resoluciones de la Asamblea General y de convenciones multilaterales²³, se focalizan más en el análisis de casos jurisprudenciales orientados a resolver problemas de competencia del tribunal que en una regla que prevea la responsabilidad conjunta y, aunque considera que existiría como principio, afirma que la práctica es escasa²⁴. Para otros juristas, como Bruno Simma, la práctica es suficientemente consistente para describir la solidaridad como un principio general del derecho encarnado en los principales sistemas jurídicos del mundo (opinión individual en *plataformas petroleras*- demanda reconventional, 2003)²⁵. Su pensamiento se encasilla en un positivismo moderno al reconocer la dependencia del derecho de su contexto social y afirmar que los principios generales del derecho reflejan alguna moralidad objetiva²⁶.

des société privée concessionnaires d'une liaison fixe transmanche signé a Cantorbéry le 12 de février 1986. Sentencia parcial de 30 de enero de 2007.

²³ Ian BROWNLIE, "A survey of international customary. Rules of International Protection", *Natural Resources Journal*, N° 13, 1973.

²⁴ Ian BROWNLIE, *The Rule of Law in International Affairs*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pág. 92 y ss. *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, pág. 457.

²⁵ "Les problèmes relatifs à l'attribution de la responsabilité et à la causalité résultant du concours de responsabilités en l'espèce auraient pu être résolus par le recours à un principe général de responsabilité *in solidum* reconnu par les principaux systèmes de droit interne". "La différence est claire : contrairement à la demande reconventionnelle spécifique dans le cadre de laquelle un seul Etat est responsable de la violation du droit international, la demande reconventionnelle générale tombe dans le champ d'application de l'article 47 de la Commission du droit international parce que les deux Etats sont responsables du même fait: c'est la création de conditions dangereuses pour la navigation et le commerce dans le Golfe qui constitue le fait internationalement illicite au sens de l'article" (CIJ. Asunto *plataformas petroleras*, 2003).

²⁶ *From Bilateralism to Community Interest. Essay in honour of Judge Bruno Simma.*, Oxford University Press, 2011. Su adhesión al positivismo moderna también ha quedado plasmada en su declaración individual en la opinión consultiva sobre la *conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, en la que señala que el criterio adoptado por la CIJ es anacrónico y consensualista.

Por su parte, al referirse a los “supuestos de responsabilidad compartida” y diferenciando responsabilidad solidaria de responsabilidad subsidiaria, Gutiérrez Espada entiende que en la primera “*todos los implicados son por definición autores del ilícito, todos ellos pues comparten la responsabilidad o, es otra forma de decirlo, todos son responsables a título principal*”²⁷. Más oscuro resulta el examen de la actualmente llamada “responsabilidad de proteger” como obligación conjunta del Estado y de la comunidad internacional. En opinión de Díaz Barrado estaría recogida en instrumentos internacionales no vinculantes y realmente se “*trataría de cambios conceptuales en la configuración de principios y normas que están bien asentados en el ordenamiento jurídico internacional, lo que exige, por lo tanto, análisis doctrinales y conceptuales*”²⁸, agregando que “*aunque nos encontremos en la fase de cristalización, se podría afirmar que la ‘responsabilidad de proteger’ tiene la vocación de convertirse en norma consuetudinaria del ordenamiento jurídico internacional*”²⁹.

En diferentes convenciones del ámbito universal la responsabilidad compartida aparece bajo distintos términos (responsabilidad conjunta y solidaria, responsabilidad colectiva, responsabilidad común), lo que pone en evidencia la concurrencia de varios sujetos responsables en el cumplimiento de una misma obligación internacional. Ellas son el *Convenio sobre la responsabilidad por daños causados por objetos espaciales* de 1972 (art. 22.3³⁰), la *Convención sobre el Derecho del Mar* de

²⁷ Cesareo GUTIÉRREZ ESPADA, “Consecuencias del hecho ilícito internacional en el caso de las organizaciones internacionales (a la luz del Proyecto definitivo de artículos de la Comisión de Derecho Internacional)”, en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*, Córdoba, Advocatus, t. I, pág. 364.

²⁸ C. M. DÍAZ BARRADO, *La responsabilidad de proteger en el derecho internacional contemporáneo: entre lo conceptual y la práctica internacional*, R.E.D.I., 2012, pág. 4.

²⁹ *Ibíd.*, pág. 5.

³⁰ “Si una organización intergubernamental internacional es responsable de daños en virtud de las disposiciones del presente Convenio, esa organización y sus miembros que sean Estados Partes en este convenio serán *mancomunada y solidariamente responsables*, teniendo en cuenta sin embargo: a) que la demanda de indemnización ha de

1982 (Principios que rigen la Zona, art. 139.2 ³¹), la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* de 1988 (Preámbulo ³²), el *Convención sobre cambio climático* de 1992 (art. 3 relativo a los principios), el *Convenio de Rotterdam de 1998* (art. 1 ³³). También el *Protocolo de Kioto* de 1997, adoptado en el marco del citado acuerdo sobre cambio climático, contiene una disposición sobre responsabilidad conjunta entre un Estado y la organización regional de integración económica de la que es miembro ³⁴.

Aparte de estos acuerdos encontramos declaraciones, documentos e informes emanados de organizaciones internacionales y de reuniones de jefes de Estado en donde se menciona la responsabilidad compartida, ya sea como un principio, un deber, un valor o una línea de acción, mani-

presentarse en primer lugar contra la organización; b) que sólo si la organización deja de pagar, dentro de un plazo de seis meses, la cantidad convenida o que se haya fijado como indemnización de los daños, podrá el Estado demandante invocar la responsabilidad de los miembros que sean Estados Partes en este Convenio a los fines del pago de esa cantidad”.

³¹ “(...) Los Estados Partes u organizaciones internacionales que actúen en común serán *conjunta y solidariamente responsables*”. Lo dispuesto por esta disposición fue refrendado en 2011 en la Opinión Consultiva de la Cámara Especial de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar cuando afirmó: “La Cámara estima que, en el caso de patrocinio múltiple, la responsabilidad es conjunta y solidaria, salvo si los Reglamentos adoptados por la Autoridad disponen otra cosa”.

³² “... las Partes en la Convención reconocen que la erradicación del tráfico ilícito es *responsabilidad colectiva* de todos los Estados”.

³³ Art. 1: “El objetivo del presente Convenio es promover la *responsabilidad compartida* y los esfuerzos conjuntos de las Partes en la esfera del comercio internacional de ciertos productos químicos peligrosos a fin de proteger la salud humana y el medio ambiente frente a posibles daños y contribuir a su utilización ambientalmente racional, facilitando el intercambio de información acerca de sus características, estableciendo un proceso nacional de adopción de decisiones sobre su importación y exportación y difundiendo esas decisiones a las Partes”.

³⁴ Art. 4.6. “Si las Partes que actúan conjuntamente lo hacen en el marco de una organización regional de integración económica que es Parte en el presente Protocolo y junto con ella, cada Estado miembro de esa organización regional de integración económica, en forma *individual y conjuntamente con la organización regional de integración económica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24, será responsable*, en caso de que no se logre el nivel total combinado de reducción de las emisiones, del nivel de sus propias emisiones notificado con arreglo al presente artículo”.

festando la *opinio juris* respecto de cuestiones de trascendencia global que exigen actuar conjuntamente. Una lectura cronológica evidencia una gradual tendencia a enunciarla como principio. Entre otros instrumentos podemos mencionar:

- *Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados* de 1974 (Resol. 3281 de Asamblea General de la ONU) prevé que la protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad *de todos* los Estados (art. 30).
- *Declaración de la Cumbre de Dublín* de 1990, adoptada en el ámbito de la Unión Europea, fija que la acción concertada para el desarrollo sostenible debe ser una *responsabilidad compartida*.
- *Declaración de Margarita* (adoptada por la cumbre de países hispanoamericanos en 1996) en cuyo considerando 19 expresa: “Reafirmamos nuestro firme compromiso de cooperar en la lucha contra el consumo, la producción, el tráfico, la distribución de drogas ilícitas, y sus delitos conexos, en particular el desvío de precursores y sustancias químicas esenciales y su comercio ilícito, el lavado de activos y el tráfico de armas, utilizando todos los medios a nuestro alcance, contenidos en las respectivas legislaciones nacionales y en los instrumentos internacionales suscritos, teniendo en cuenta el pleno respeto a la soberanía de los Estados y la no intervención en sus asuntos internos y el *principio de la responsabilidad compartida*”.
- *Resoluciones 33/15 y 53/115* de Asamblea General de las Naciones Unidas de 1999 que destacan la importancia de la “Declaración sobre los principios rectores de la reducción de la demanda de drogas”, la que introduce un enfoque global en el que se reconoce un nuevo equilibrio entre la reducción de la oferta y la demanda ilícitas con arreglo al *principio de la responsabilidad compartida*.
- *Declaración del Milenio* (2000-A/55/2), que reconoce que “la responsabilidad de la gestión del desarrollo económico y social en el mundo, lo mismo que en lo que hace a las amenazas que pesan sobre la paz y la seguridad internacionales, debe ser compartida por las naciones del mundo y ejercerse multilateralmente. Por ser la organización más universal y más representativa de todo el mundo, las Naciones Unidas deben desempeñar un papel

central a ese respecto. Reafirmamos que nuestros valores fundamentales comunes, como la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto de todos los derechos humanos, el respeto de la naturaleza y la *responsabilidad compartida*, son esenciales para las relaciones internacionales. Nos comprometemos a aumentar la relevancia, la eficacia, la eficiencia, la rendición de cuentas y la credibilidad del sistema de las Naciones Unidas. Es una responsabilidad que compartimos, así como un interés común”.

- *Informe del Grupo de Alto Nivel* a la Asamblea General de 2004 sobre el seguimiento de los Objetivos del Milenio. Fue titulado “*Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*” y aborda las amenazas comunes: terrorismo, armas de destrucción masiva, conflictos armados, violaciones graves de los derechos humanos. Reconoce que la seguridad colectiva requiere compartir la responsabilidad entre estados e instituciones internacionales ³⁵.
- *Iniciativa Mérida* de 2007 (Estados Unidos-México), destinada a combatir la delincuencia transnacional organizada, estableció un marco de cooperación bilateral basada en los *principios de la responsabilidad compartida*, la confianza mutua y el pleno respeto por la soberanía de cada país.
- *Declaración de Managua* de 2009, relativa al tráfico ilícito de drogas, delincuencia organizada transnacional y terrorismo como desafío para la seguridad y el desarrollo en Centroamérica, pone especial énfasis en un enfoque integrado y equilibrado que incorpore el *principio de responsabilidad compartida*.
- *Declaración de compromiso de Puerto España* (adoptada en la 5ª Cumbre de las Américas, 2009). Prevé “incrementarlos esfuerzos para prevenir y combatir todos los aspectos del problema mundial de las drogas y los delitos conexos, mediante el fortaleci-

³⁵ “The collective security we seek to build today asserts a shared responsibility on the part of all states and international institutions, and those who lead them, to do just that” (U.N. *A more secure world: Our shared responsibility*. Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, 2004, p.17).

miento de la cooperación internacional y un enfoque integral y equilibrado, con base en el *principio de responsabilidad común y compartida*, de conformidad con los principios contenidos en las Cartas de las Naciones Unidas y de la OEA, el derecho internacional y nuestros marcos legales aplicables”.

- *Estrategia de la Unión Africana sobre el control de la proliferación, de la circulación y del tráfico ilícitos de las armas ligeras y de pequeño calibre*, aprobada en 2011, menciona el *principio de responsabilidad compartida* ³⁶.
- *Informe de la Junta Internacional de fiscalización de estupefacientes* de 2012, que afirma que “el concepto de *responsabilidad común y compartida* es un principio de derecho internacional que se aplica en muchas esferas de cooperación. No es, pues, privativo de la lucha contra las drogas”.
- *Informe del Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales* conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, considera que en “el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha esbozado una definición de *responsabilidad compartida* que incluye la debida diligencia con que deben actuar el país del acreedor y el del deudor” (Doc. A/HRC/14/21/Add.1 de 27 de abril de 2007, Resolución AG 64/289 de 12 de agosto de 2009³⁷). Esta visión ha sido recogida del Consenso de Monterrey de 2002, donde se mencionó que “los deudores y los acreedores deben compartir la responsabilidad de evitar y resolver situaciones en que el nivel de endeudamiento es insostenible” ³⁸.

³⁶ Stratégie de L’Union Africaine Sur le Contrôle de la Prolifération, de la Circulation et du Trafic Illicites des Armes Legeres et de Petit Calibre: “2.5. *La responsabilité partagée*: elle repose sur le principe de responsabilité partagée de tous les acteurs concernés par ce problème et sur la recherche commune de solutions aux niveaux national, régional, continental et international”.

³⁷ “The principle of the shared responsibility of debtors and creditors is at the heart of an equitable global financial system. As underscored in the Monterrey Consensus, ‘debtors and creditors must share responsibility for preventing and resolving unsustainable debt situations’”.

³⁸ Doc. A/CONF.198/3 de 1 de marzo de 2002.

- *Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los Planos Nacional e Internacional* (Resolución 67/1 24 de Asamblea General de la ONU de 30 de diciembre de 2012), que precisa “la importancia de fortalecer la cooperación internacional, sobre la base de los *principios de la responsabilidad compartida* y de conformidad con el derecho internacional, a fin de dismantelar las redes ilícitas y hacer frente al problema mundial de la droga y la delincuencia organizada transnacional, incluido el blanqueo de dinero, la trata de personas, el tráfico de armas y demás formas de delincuencia organizada, todo lo cual amenaza la seguridad nacional y menoscaba el desarrollo sostenible y el estado de derecho”.
- *Declaración del Secretario General* de la ONU (abril 2013), que rescata lo que parte de la doctrina viene denominando “obligación de proteger” de la siguiente manera: “La prevención del genocidio es una *responsabilidad compartida*. Los Estados deben cumplir las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional a fin de prevenir los abusos y proteger a sus poblaciones. Colectivamente, debemos ir más allá de las palabras y proteger eficazmente a las poblaciones en situación de riesgo”. Aquí claramente se pasa del principio de no intervención a una regla de responsabilidad colectiva de proteger.
- *Declaración de Rabat* de 14 de noviembre de 2013, sobre seguridad de las fronteras en la región del Magreb árabe, de la región sub-sahariana y regiones vecinas. En ella se afirma que la seguridad de las fronteras requiere un enfoque global, incluyendo las dimensiones políticas, socioeconómicas, de seguridad y legislativas, favoreciendo la cooperación eficaz, solidaria y coordinada sobre la base del *principio de la responsabilidad compartida* ³⁹.

³⁹ “Conscients de l’aggravation des menaces terroristes et criminelles combinées aux activités des réseaux de criminalité internationale, impliqués dans les trafics de drogues, d’armes, de traite des êtres humains et de trafic illicite de marchandises, dans le contexte régional, marqué par la multiplication des facteurs d’instabilité politique, de crise économique et de changements climatiques en plus de la faiblesse de la coopération régionale en matière de sécurité des frontières et de mise en valeur des espaces désertiques

En materia exclusivamente migratoria la idea de responsabilidad compartida va replicándose en documentos emanados de organizaciones regionales y organismos especializados de la ONU, por ejemplo:

- *Contribución a la posición de la UE para el Diálogo de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre Migración y Desarrollo 2002 (Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de la UE):* “La UE cree que la gestión de la migración es una *responsabilidad compartida* entre los países de origen, tránsito y destino. Esto resulta especialmente importante a medida que la distinción entre estas tres categorías de países se vuelve cada vez más imprecisa. Esta responsabilidad compartida exige una gran cooperación entre los Estados a fin de mejorar la gestión de la migración, teniendo en cuenta los intereses y las inquietudes de todos los países involucrados”.
- *Declaración de Asunción de 2006* (adoptada por los cuatro estados miembros del Mercosur y seis asociados): “Incrementar los esfuerzos para combatir, sobre la base del *principio de la responsabilidad compartida* y considerando especialmente la vulnerabilidad de las víctimas, el tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas, el tráfico de menores y otras formas de delitos transnacionales conexos...” (Punto H).
- *Declaración de los Presidentes de los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados sobre la “Directiva de Retorno”* implementada por la Unión Europea (2008) destaca que “sólo el justo reconocimiento por parte de los países desarrollados de la reciprocidad histórica en materia de migraciones garantizará -en el marco del *principio de corresponsabilidad*- un futuro compartido entre nuestros pueblos basado en la convivencia, la paz y el desarrollo humano integral”.
- El *Proceso de Bali*, iniciado en 2002 y destinado a combatir el tráfico y trata de personas, durante cuyas tratativas fue recono-

(...) Convaincus que la sécurité des frontières dans cet espace nécessite la mise en œuvre d’une approche globale incluant les dimensions politique, socio-économique, sécuritaire et législatives, et favorisant une coopération agissante, solidaire et coordonnée sur la base du principe de la responsabilité partagée dans un environnement régional qui facilite l’échange des marchandises et la circulation des personnes”.

cido que la compleja interacción entre los hechos en los países de origen y la cooperación en los de destino, así como *compartir las cargas y responsabilidades*, eran elocuentes.

- Varios informes del ACNUR reiteran que en materia de refugiados vienen empleándose términos cuando se habla de los principios y mecanismos, como lo son la solidaridad internacional, el reparto de las cargas, la *responsabilidad compartida* y la buena vecindad. También que la expresión más amplia de “cooperación internacional” abarca todos estos principios y los acuerdos diseñados para implementarlos. Un documento aprobado en 2010 menciona expresamente a la responsabilidad compartida como principio ⁴⁰.
- *Declaración de Washington* (2013) del Parlamento Centroamericano afirma la *responsabilidad compartida* entre los países de origen, tránsito y destino de los migrantes.
- Otro ejemplo son los modernos acuerdos bilaterales destinados a gestionar la migración entre países ⁴¹, pues han creado comisio-

⁴⁰ En la sección titulada *Compromiso con los principios de la responsabilidad compartida, la solidaridad internacional y la cooperación internacional* se afirma que “La discusión reflejó el hecho de que la responsabilidad compartida, tanto en la teoría como en la práctica, es un tema de preocupación para muchos Estados en todas las regiones del mundo. Se reiteró que ningún país por sí solo puede resolver los desafíos de los refugiados y que la cooperación y la solidaridad internacional apuntalan el régimen internacional de los refugiados”. Entre los ejemplos de responsabilidad compartida y enfoques integrales regionales figuran los siguientes: Plan Integral de Acción para los Refugiados Indochinos, Plan de Acción de México, Acuerdo Serbio-Croata sobre Cuestiones de Refugiados y Retorno, Marco de Cooperación Regional para Asia y el Pacífico, y Mecanismo de Tránsito de Emergencia de Filipinas y el Centro de Tránsito de Emergencia de Rumania. ACNUR. *Diálogo del Alto Comisionado sobre los desafíos en materia de protección. “Vacíos de Protección y Respuestas”* (8-9 de diciembre de 2010).

⁴¹ “The partnership approach guiding the newer generation of bilateral migration agreements becomes evident in the title of these agreements: ‘relating to the joint management of migratory flows’ (France-Senegal, 2006) or on ‘cooperation in immigration matters’ (Spain-Senegal, 2007) or on ‘the regulation and planning of migratory flows’ (Spain-Ecuador, 2001)”... “At the regional level, the EU is planning a similar packaging solution and is designing a template migration agreement, termed ‘mobility partnerships’ which it is testing with Cap Verde and will eventually extend to other (West African) migrant source countries. It relates on the one hand to the actors involved and evidences

nes conjuntas para arbitrar el retorno al país de origen o el reclutamiento de trabajadores temporales en el marco del respeto de los derechos humanos. Por ejemplo, el *Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de la República Argentina y de la República del Perú* de 2009 en cuyos considerandos se reconoce “la *responsabilidad compartida* de ambos gobiernos en la adopción de medidas que organicen y orienten los flujos migratorios entre las Partes, para que efectivamente sirvan como vehículos de integración entre ambos países”.

Sin duda que los instrumentos anteriormente mencionados muestran los diversos mecanismos a través de los cuales opera el derecho internacional, planteando respuestas para nuevas amenazas (v.gr. terrorismo) y para problemas subsistentes en el tiempo (vg. protección y preservación del ambiente, seguridad nuclear, trata de personas) que traspasan las fronteras de los estados y exceden sus propias capacidades para resolverlos. Es bien sabido que las convenciones en vigor obligan a los estados y que muchos actos de organizaciones internacionales, o declaraciones aprobadas en cumbres de jefes de estado o en conferencias internacionales, son consideradas *lex ferenda*, pero también que, siendo el principio de buena fe base de las relaciones interestatales, no puede descartarse que la responsabilidad compartida pueda transformarse en un principio consuetudinario.

Respecto de ciertas obligaciones surge más claramente por tratarse de delitos transnacionales, no siendo de mucha utilidad la regla de responsabilidad por los propios actos o la visión del control efectivo sobre el propio territorio, conceptos sobre los que se asientan los estudios de la

that heightened responsibility these agreements attribute to the migrant source country for the root causes of migration, the clandestine movements and even the unauthorized overstays of their citizens in the host country. In addition, what as France's co-development convention of 25 May 2000 with Senegal terms ‘preferential partnerships’, relates to either building partnerships with non-state entities active in the field of migration (immigration associations, employer unions) or integrating (and thus ‘officialising’) into a binding international legal framework of the bilateral agreement the pre-existing networks such non-state actors may have already established prior to the conclusion of an agreement” (Conf. Marion PANIZZON, *Bilateral Migration Agreements and the GATS: Sharing Responsibility versus Reciprocity*. The Journal of Migration and Refugee Issues, 2009, vol. 5, N° 3, págs. 70-130).

Comisión de Derecho Internacional⁴². Si dos o más estados han contribuido al hecho ilícito o al resultado por acción u omisión de sus órganos no es imposible que haya una múltiple atribución de la responsabilidad, siendo la propia transnacionalidad o la cadena de eventos el punto de conexión jurídica. Piénsese simplemente en el esfuerzo puesto de manifiesto por la comunidad internacional para la eliminación de las armas de destrucción masiva; en el combate contra el narcotráfico; en las instrucciones paralelas a las fuerzas multinacionales por las Naciones Unidas y por el propio Estado que contribuye con sus tropas⁴³; o en el significado del principio ambiental de “responsabilidad común pero diferenciada”. La dificultad, entonces, reside en la atribución de la responsabilidad internacional y no en la relación de causalidad. Quizás un ejemplo sumamente ilustrativo lo constituya el accionar de FRONTEX, instituida como misión conjunta en el ámbito de la Unión Europea para custodiar sus fronteras exteriores en aguas internacionales o en espacios marítimos de otros países.

Por otro lado, cuando los distintos instrumentos internacionales fijan una obligación de prevenir no necesariamente se dirigen a un único Esta-

⁴² Alain Pellet afirma que la CDI no es el foro apropiado para promover un desarrollo radical del derecho internacional ni tampoco puede judicializar a la sociedad internacional como han pretendido en la tercer parte del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados. Señala que sus miembros son expertos legales no negociadores frente a problemas internacionales complejos (Alain PELLET, “Between Codification and Progressive Development of the Law: Some Reflections from the ILC, en *International Law*”, *FORUM du droit international*, Asociación de Derecho Internacional, Martinus Nijhoff Publishers Leiden, 2004, vol. 6, págs. 15-23).

⁴³ “The views expressed on the question of dual attribution were quite contrasted. Dual attribution is increasingly advocated and attracting more interest. There seems to be quite some room for its application in peacekeeping operations, but not all Experts were convinced by the idea. The ILC acknowledged the possibility of dual attribution, but its approach is still premised on the idea that responsibility is in most cases borne by either the UN or the State. Some expressed doubts on dual attribution because there was no practice of decisions attributing a conduct to two entities. Others noted that in practice it would very difficult to demonstrate facts leading to dual attribution and that finding of individual single attribution are more easily made. Besides, politically, the UN would rather accept a broad responsibility rather than applying a detailed test finding it was not exercising control over its forces” (conf. SHARES Expert Seminar Report ‘*Responsibility in Multinational Military Operations: a Review of Recent Practice*’ (16 december 2010, Amsterdam). Disponible en: www.sharesproject.nl).

do, elevándose el principio de cooperación como sustento de la responsabilidad (p. ej. obligación de proteger frente a violaciones graves y masivas de derechos humanos, conservación de recursos naturales compartidos). Así, en materia de intervención destinada a evitar violaciones graves a los derechos humanos el propio secretario general de la ONU Ban Ki-moon se refirió a la obligación de proteger como un principio de derecho internacional⁴⁴, señalando la responsabilidad de actuar colectivamente⁴⁵. Dicho en otras palabras: la comunidad internacional interviene cuando un Estado está imposibilitado o no quiere cumplir con sus propias obligaciones (responsabilidad subsidiaria).

En otros ámbitos la responsabilidad compartida se vincula con una cooperación reforzada, marco donde los estados pretenden conservar su situación privilegiada y a la vez generar -a través del consenso- formas jurídicas débiles como instrumentos para la satisfacción de intereses propios y comunes. Empero, y si bien pareciera haber cierta *opinio iuris* al respecto, para poder comprobar la existencia del principio de responsabilidad compartida estimamos que será preciso hacer un seguimiento de la práctica de los estados y de las organizaciones internacionales en la implementación de los instrumentos donde ha sido mencionado. Por el momento no hay evidencia que la mera citación en declaraciones produzca efectos jurídicos, pero ello tampoco excluye que posean la virtud de constituir actos preparatorios de futuros tratados a modo de pre-instancia legislativa o elementos de una futura costumbre internacional⁴⁶.

⁴⁴ “In 2011, history took a turn for the better. The responsibility to protect came of age. The principle was tested as never before. The results were uneven, but at the end of the day, tens of thousands of lives were saved. We gave hope to people long oppressed. In Libya, Côte d’Ivoire, South Sudan, Yemen and Syria, by our words and actions, we demonstrated that human protection is a defining purpose of the United Nations in the twenty-first century”. U.N. Secretary General, ‘*Responsibility to Protect*’ *Came of Age in 2011, Secretary-General Tells Conference, Stressing Need to Prevent Conflict Before it Breaks Out* (U.N. Doc. SG/SM/14068, 18 de enero de 2012).

⁴⁵ Este accionar no surgiría de los tratados sobre derechos humanos, aplicables territorialmente, ni siquiera de la Convención sobre prevención y castigo del delito de genocidio. Al contrario, las operaciones de paz para la protección de civiles durante los conflictos armados y la creación de tribunales penales internacionales manifiestan una práctica relevante en la formación de una costumbre internacional de proteger de tales crímenes.

⁴⁶ En este sentido, los primeros estudios del relator especial de la CDI plasman que, si bien no es exhaustivo, el material constitutivo de elementos de la práctica de los

Situar este enunciado únicamente dentro del régimen sobre responsabilidad de los estados y de las organizaciones internacionales reduciría el alcance que han querido darle en los citados instrumentos, aunque de su inclusión tampoco es posible inferir que se haya tenido intención de modificar la regla de la responsabilidad independiente⁴⁷. Lo cierto es que la tensión entre formalismo y el *soft law*⁴⁸ refleja la complejidad existente en la creación de normas internacionales. Aun así, la repetición de reglas en resoluciones de organizaciones internacionales, en conferencias internacionales o en declaraciones surgidas de reuniones de jefes de estado contribuye a la formación de reglas jurídicas, manifestando una práctica prematura y una *opinio iuris* consistente⁴⁹.

Estados, incluyen: el derecho internacional, los fallos de los tribunales nacionales, la práctica del poder ejecutivo, la práctica diplomática y la práctica en materia de tratados. Como elementos no secundarios ha elegido los comentarios de los gobiernos, publicaciones de organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales, publicaciones del ejecutivo, fallos judiciales y estudios de juristas. En cuanto al elemento subjetivo ha seleccionado, también con carácter no exhaustivo: las posturas de los Estados ante organizaciones internacionales (entre otras, observaciones escritas y respuestas a cuestionarios) o conferencias internacionales; las decisiones de tribunales internos; las declaraciones y exposiciones ante tribunales internacionales; las estipulaciones en convenios arbitrales; la práctica y las notas diplomáticas; la conducta real de un Estado (frente a sus posturas declaradas); la práctica convencional de un Estado; la práctica convencional multilateral; y diversos instrumentos internacionales. CDI. *Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema*, 2013 (Doc. A/CN.4/659).

⁴⁷ “Ciertamente, centrar la atención en la *opinio iuris* es tentador para quienes desean ampliar el conjunto de normas que debe considerarse parte del derecho internacional consuetudinario. Si se pudiera ignorar la exigencia de la práctica, o bien reducir su influencia, es posible argumentar que se pueden incluir en la lista de normas de derecho internacional consuetudinario una gran cantidad de derechos morales” (...) “Ese ‘estiramiento conceptual’, celebrado como la ‘nueva vitalidad de la costumbre’, también ha alentado a la apertura del proceso de creación del derecho consuetudinario a agentes no estatales, es decir, organizaciones internacionales y sus organismos, así como también a los particulares” (conf. CDI, *Primer informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario*. Doc. A/CN.4/663, 2013, págs. 58-59).

⁴⁸ El carácter de *soft-law* recae predominantemente en el instrumento y no en la regla de conducta enunciada en el mismo.

⁴⁹ “*Legal positivism is faced with the further problem (in its view a constitutional one) that the qualitative and quantitative preconditions for the generation of customary*

Para algunos juristas el problema de tales instrumentos internacionales recae en los criterios de identificación de una costumbre jurídica⁵⁰, pues ni el comportamiento de los Estados ni sus creencias pueden ser capturados o identificados por criterios formales y, en el caso de los acuerdos simplificados (p. ej. minuta, memorándum de entendimiento) han propuesto el empleo de indicadores lingüísticos escritos como único criterio legal válido para determinar o establecer normas jurídicas internacionales (p. ej. aclaración expresa en el texto que se trata o no de un “acuerdo político”, indicación del valor jurídico de los instrumentos surgidos de conferencias de partes en tratados, referencia a “participantes” en vez de “partes” en el documento)⁵¹. Lo que estos estudiosos eluden explicitar es que, pese a carecer de la forma lingüística adecuada, el *soft law* puede producir efectos jurídicos indirectos y que no siempre la forma hace a la falta de intención, particularmente cuando esta última está vinculada a pactos vigentes.

Integrantes de una corriente opuesta entienden que esta manifestación cuasi-legal expande el conjunto de instrumentos disponibles y regula

law and general principles are not at all clear. There is a great deal of controversy as to just how many examples of the practice must be found, as to whether or not domestic law or the voting on resolutions of the General Assembly may be treated as practice, and as to what extent the opinion iuris must be evidenced” (conf. Ulrich FASTENRATH. *EJIL*, vol. 4, 199, pág. 322).

⁵⁰ No obstante la Asociación de Derecho Internacional recuerda que Skubiszewski señala que normalmente el término “*should*” (debería) es suficiente indicación que la regla no es más que una recomendación, en cambio la elección de la expresión “*shall*” (debe) es usualmente significativa (International Law Association. London Conference (2000). Committee on Formation of Customary (general) International Law, p. 58).

⁵¹ “*In the particular case of customary international law, it seems difficult to deny that the conceptualization of the ascertainment of customary international law within mainstream scholarship has always rested on informal criteria. Indeed, in the mainstream theory of the sources of international law, the ascertainment of customary international law is viewed as **process-based**. 31 More specifically, according to traditional views, customary international rules are identified on the basis of a **bottom up crystallization process** that rests on a consistent acquiescence by a significant number of states, accompanied by the belief (or intent) that such a process corresponds to an obligation under international law. Yet, it has not been possible to formalize that process’s recognition. Neither the behavior of states nor their beliefs can be captured or identified by formal criteria”* (conf. Jean D’ASPREMONT, “The Politics of Deformalization in International Law”, *Goettingen Journal of International Law* 3 [2011] 2, pág. 513).

ciertos tópicos más fácilmente o más estrictamente, a la vez que posibilita que los estados perciban que los costos por su violación son menores en el supuesto de estar impuestos estándares más elevados ⁵². Otros internacionalistas proponen una suerte de “constitucionalismo internacional” y sostienen que las normas sobre derechos humanos y medio ambiente evidencian ideas de interdependencia, responsabilidad compartida y solidaridad global, pugnando por una autonomía del derecho internacional respecto de la voluntad de los estados ⁵³. Esta última idea que no parece jurídicamente convincente ni se compadece con la práctica actual. Otra dificultad que acarrea esta corriente es que su análisis se focaliza más en los mecanismos para proteger los intereses fundamentales de la comunidad internacional que en las fuentes del derecho internacional.

Como bien ha señalado Condorelli hay una zona de transición que separa una norma jurídica de aquella que no lo es ⁵⁴, pero estimamos que la juridicidad puede alcanzarse progresivamente, como ha ocurrido con el valor atribuido a las declaraciones sobre protección del medio ambiente desde 1972 hasta la fecha y la conducta seguida por los estados reconociendo la importancia de los principios enunciados ⁵⁵; o con el reconocimiento de la “zona económica exclusiva” a través de actos declarativos, unilaterales o colectivos; o con la relevancia jurídica de la definición de “agresión” formulada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 3314 de 1974) ⁵⁶.

Ni siquiera la CIJ ha ignorado la presencia de reglas consuetudinarias en formación, tal como lo atestigua el fallo recaído en *Plataforma*

⁵² Timothy MEYER, “Towards a Communicative Theory of International law”, *Melbourne Journal of International Law*, 2012, vol. 13, pág. 12.

⁵³ Thomas KLEINLEIN, “Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 81, 2012, pág. 83.

⁵⁴ CASSESE et al. (editors), *Change and Stability in International Law-making*, *European University Institute*, Serie A, Law, 1988, pág. 43.

⁵⁵ Pierre-Marie DUPUY, “Soft Law and the International Law of the Environment”, *Michigan Journal of International Law*, 1991, vol. 12, pág. 422.

⁵⁶ José L. VALLARTA MARRÓN, “La incorporación del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2011, vol. 11, págs. 450-451.

continental (Túnez c. Libia)⁵⁷, por lo que el *soft law* puede ser empleado por un tribunal internacional en su razonamiento jurídico. A la vez, desmerecer las resoluciones adoptadas por amplia mayoría en el seno de las organizaciones internacionales creadas por los propios estados hace dudar hasta del principio de cooperación enunciado en el artículo 2 la Carta de las Naciones Unidas cuando se trata de amenazas globales. En los hechos, muchas resoluciones de la Asamblea General constituyen actos colectivos de reconocimiento de nuevas reglas y tienen por finalidad enfrentar situaciones que, por su dimensión, requieren una urgente solución no alcanzada a través de la aplicación de un tratado⁵⁸. Probablemente, la aparición de ciertas reglas declarativas -como lo es el enunciado principio de responsabilidad compartida- sea una manera de mejorar el derecho vigente, representando una actitud programática de los estados y de las organizaciones internacionales en la búsqueda de un mundo jurídicamente más integrado.

⁵⁷ “Au surplus, il aurait incombé à la Cour de tenir compte d’office des travaux de la conférence, même si les Parties n’en avaient rien dit dans le compromis; la Cour ne saurait en effet négliger une disposition du projet de convention si elle venait à conclure que sa substance lie tous les membres de la communauté internationale du fait qu’elle consacre ou cristallise une règle de droit coutumier préexistante ou en voie de formation” (CIJ. *Plataforma continental*, Sentencia de 24 de febrero de 1982, pág. 38).

⁵⁸ A mayor abundamiento la Declaración de la Asociación de Derecho Internacional de 2000 (Declaración de Londres) -sobre la cual se basan los primeros estudios del relator especial de la CDI sobre la costumbre internacional- aclara que el proceso de formación de una costumbre es continuo y no se detiene; que en este contexto la principal función del elemento subjetivo es indicar qué práctica cuenta (o, más precisamente, no cuenta) en la formación de un regla consuetudinaria; que los actos verbales, y no sólo los actos materiales, de los estados tienen que ser considerados como práctica estatal; y, finalmente, que su actuación en el seno de organizaciones internacionales, especialmente de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sea probablemente el mejor ejemplo de una serie de actos verbales individuales de sus miembros.

PRINCIPIO DE BUENA FE DESARROLLO, ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS ¹

PRINCIPLE OF GOOD FAITH DEVELOPMENT, ANALYSIS AND PERSPECTIVE

*Marta Susana Sartori**

Resumen: El trabajo busca conceptualizar el principio de buena fe y el principio general del derecho internacional público *pacta sunt servanda*, tomando en consideración su evolución en la normativa, la doctrina y la jurisprudencia.

Palabras-clave: Principio de buena fe - *Pacta sunt servanda* - Evolución.

Abstract: This paper seeks to conceptualize the principle of good faith and the general principle of public international law *pacta sunt servanda*, considering its evolution in the rules, doctrine and jurisprudence.

Key words: Principle of good faith - *Pacta sunt servanda* - Evolution.

Sumario: Noción de buena fe. Principio general del derecho - Regla de derecho. Evolución histórica del principio: breve referencia. Su evolución en ámbito internacional, referencia al ámbito regional. Su consideración en otros instrumentos internacionales: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Su reconocimiento en jurisdicción judicial y arbitral internacional. Normativa internacional de protección del medio ambiente: inclusión de este principio. Consideraciones finales. Conclusiones.

¹ Trabajo recibido para su publicación el 4 de agosto de 2014 y aceptado el 10 de septiembre de 2014.

* Magister en Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de Córdoba). Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

El principio de buena fe es uno de los principios generales de derecho que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico, significando que todos los Estados deben obrar lealmente en el cumplimiento de todos sus compromisos jurídicos con la convicción de no estar violando derecho ajeno alguno ².

“Es un principio fundamental de todo sistema jurídico y en derecho internacional lleva a cabo una función de extraordinaria importancia: servir de límite a la discrecionalidad del Estado soberano en el ejercicio de sus competencias, corregir los posibles abusos del Estado en la apreciación del alcance de sus derechos y obligaciones jurídicas internacionales” ³.

Noción de buena fe

Si bien nuestro enfoque debe encuadrarse en un análisis de realidades y perspectivas, como es un principio cuyo alcance es muy extenso, consideramos previamente la conveniencia de tratar de delinear la noción de buena fe, inclusive comentar algunas acepciones.

En este sentido, tomamos conceptos propios de los derechos internos y de distintas ramas del derecho internacional lo que nos está dando la idea concreta que es un principio fundamental que subyace en toda relación jurídica sin distinción del alcance, sea interno o internacional.

Así se señala que en una determinada relación jurídica es la *creencia* que tiene un sujeto que su contraparte es titular de un derecho, si ese derecho le es transferido, podemos hablar de un adquirente de buena fe; igualmente la doctrina señala la *convicción* que tiene un sujeto de que su conducta es acorde a derecho, que no transgrede alguna norma jurídica o principio, dándose en este caso el ejemplo del matrimonio nulo contraído

² A lo señalado se lo conoce como buena fe activa o buena fe-lealtad, y esperar que los demás se comporten de la misma manera para con ellos, se la considera la buena fe pasiva o buena fe-creencia.

³ Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Madrid, 1969, pág. 169.

de buena fe cuando uno de los contrayentes consiente la unión matrimonial a pesar de la existencia de un vicio de validez que ignora, también se menciona la *honradez y probidad* que tiene un sujeto en el desarrollo de sus relaciones jurídicas; igualmente se habla de *buena fe subjetiva* analizada desde la intención, creencia o error del sujeto a quien se le otorga la titularidad, y la *buena fe objetiva* evaluada a partir de las conductas o comportamientos que permiten determinar su existencia.

Siguiendo a William Jiménez Gil⁴, quien refiere que el Diccionario Jurídico Espasa Lex edición 1999⁵ “no llega a una conclusión definitiva señalando que son distintas consideraciones basadas a su vez en distintos puntos de vista por lo que existe un concepto de Buena Fe desde la óptica de cada rama de Derecho: Constitucional, Penal, Laboral, Comercial, Administrativo, reconociendo en su relación con el Derecho Civil que le da origen al principio la siguiente: “(...) la buena fe se consagra como un principio general del derecho que puede ser entendido de dos diferentes maneras: subjetiva o psicológica y objetiva o ética. Para la concepción psicológica, la buena fe se traduce en un estado de ánimo consistente en ignorar, con base en cualquier error o ignorancia, la ilicitud de nuestra conducta o de nuestra posición jurídicas; la concepción ética exige además, que en la formación de ese estado de ánimo, se haya desplegado la diligencia socialmente exigibles, con lo cual, sólo tiene buena fe quien sufre error o ignorancia excusable”.

Principio general del derecho. Regla de derecho

Además de intentar definirlo, también debemos referirnos al intercambio doctrinal respecto a considerar la buena fe un principio general del derecho o una regla de derecho en sentido estricto.

Así, el referido autor en el trabajo en análisis da cuenta de las distintas posturas sostenidas por el positivista L. H. Hart y el neo jusnaturalista

⁴ Jurista colombiano, quien en su trabajo *Línea jurisprudencial respecto al principio de buena fe (art. 83° de la C.P.)*, expresa estos conceptos.

⁵ *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Lex, 1999, pág. 120

Ronald Dworkin al plantear diferencias importantes entre un principio general y una regla de derecho. *“Hart sostiene que el Derecho está representado únicamente en reglas ‘todo o nada’, sin tener en cuenta estos otros parámetros jurídicos para Dworkin fundamentales y que son los ‘principios jurídicos’ los que difieren “de las reglas porque tienen una dimensión de ‘peso’ pero no de validez, y es por esta razón que, al entrar en conflicto con otro principio de mayor peso, un principio puede ser descartado y dejar de determinar una decisión”* ⁶.

En relación a la regla de reconocimiento como el criterio de discrecionalidad a favor de los jueces aplicable a casos difíciles ambos abonados por Hart, Dworkin afirma que la regla de reconocimiento no permite identificar los principios, por tanto debe ser desechada como herramienta para la determinación de los principios jurídicos, y respecto al concepto de discrecionalidad Dworkin concluye que el Juez no puede estar aplicando en la solución de tales situaciones su criterio personal y por ende creando Derecho, sino que por el contrario frente a problemas como los que plantean los casos difíciles que tienen que ver con la existencia de reglas jurídicas de textura abierta, el juez recurre a la aplicación de los principios jurídicos que a pesar de no funcionar igual que las reglas, son de carácter obligatorio, concibiendo al respecto un método de decisión en el cual un juez con capacidades extraordinaria a quien denomina ‘Hércules’ encuentra en cada caso difícil los principios que explican de la mejor manera posible las reglas vigentes y que proveen la mejor justificación moral para la decisión del caso” ⁷.

Y así entre estos principios generales de derecho que tienen contenido moral y no precisamente jurídico, se ubica la noción de buena fe.

⁶ Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, págs. 120-121.

⁷ *Ibid*, pág. 38.

Evolución histórica del principio: breve referencia

Deviene del Derecho Romano y así Gómez Acebo⁸ expresa que en los últimos tiempos del Derecho Romano, frente a la ausencia o inadaptación de la norma jurídica, la buena fe romana produce el reenvío a la norma moral; ante el desfasaje entre el derecho vigente aferrado al formalismo y las nuevas contingencias históricas, la buena fe da una solución acorde con la moral y las necesidades presentes abriendo una brecha entre la ética y la técnica y lo convenido, al margen del formalismo.

Su incorporación en distintos códigos civiles se produce en el siglo XIX, pudiendo señalar el Código Civil francés, que en el art. 1134, además de destacar la autonomía de la voluntad para la libre elección de la contraparte igualmente del objeto, también la fuerza vinculatoria o de cumplimiento de lo tratado, indica fundamentalmente la obligatoriedad de cumplir lo convenido de buena fe. Y así de esta norma comentada se desprende según Planiol⁹ que *“las partes deben en el cumplimiento de las convenciones portarse honestamente, lealmente, y para ello es preciso no atenerse únicamente a la letra del acuerdo sino ejecutar las convenciones conforme a la intención de las partes y a los fines en vista de las cuales ella se formó”*.

Su evolución en el ámbito internacional

Determinados principios generales de derecho fueron individualizados por la Carta de Naciones Unidas prescribiéndolos como básicos y orientadores en las relaciones internacionales de los Estados y en la producción de normas jurídicas derivadas de esas relaciones tales como:

Igualdad soberana de los Estados, buena fe, solución pacífica de controversias, no intervención, autodeterminación de los pueblos y cooperación.

⁸ Fernando GÓMEZ ACEBO, “La buena fe y la mala fe en el derecho privado”, Revista de Derecho Privado, 1, XXXVI, Lima, Perú, 1952, pág. 103.

⁹ Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire*, París, 1920, t. II, pág. 353.

Podemos señalar entonces que este principio de buena fe encuentra su consagración en instrumentos internacionales -convencionales o no-, de importantísimo valor jurídico tales como:

- La *Carta de Naciones Unidas*, que en su art. 2.2 establece: “*Los miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad por esta Carta*”.

Y así vemos que es un principio básico en el derecho internacional que debe regir las relaciones de los Estados entre sí, y que de alguna manera refleja el espíritu de la misma Carta por cuanto es un deber primordial para los Estados cumplir las obligaciones contraídas en el marco de este instrumento internacional.

- La *Resolución N° 2625 (XXV)*¹⁰ hace referencia al principio de buena fe tanto en el Preámbulo de la Resolución, en dos considerandos, como en el desarrollo mismo de los principios que consagra, siendo el fundamento del cumplimiento de las obligaciones que les incumbe a los Estados, la esencia en la solución de controversias y de las negociaciones encaminadas a la rápida celebración de un tratado de desarme general, reiterando finalmente este principio al establecer dentro de los elementos de la igualdad soberana los derechos y obligaciones de los Estados en el inc. F): “*cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados*”, para consagrarlo finalmente como un principio en sí mismo al establecer: “*El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta. Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones que ha contraído en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos. Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos*”.

¹⁰ Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, del 24 de octubre de 1970.

Termina esta Declaración señalando que “*los principios de la Carta incorporados en la presente Declaración constituyen principios básicos de derecho internacional y, por consiguiente, insta a todos los Estados a que se guíen por esos principios en su comportamiento internacional y a que desarrollen sus relaciones mutuas sobre la base del estricto cumplimiento de esos principios*”.

Al respecto, Antonio Remiro Brotóns ¹¹ señala la importancia de advertir la coincidencia de la gran mayoría de Estados (los más poderosos y los más numerosos) alrededor de los principios fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas, desarrollados por esta Declaración -Resolución 2625-XXV-1970-, adoptada por consenso después de una larga preparación de seis años en el seno de un Comité especial de naturaleza intergubernamental dependiente de la VI Comisión Jurídica de la Asamblea General, señalando: “*Que la declaración se guarda de afirmar literalmente el carácter imperativo de los principios que enuncia, pero los califica de básicos, insta a todos los Estados a que se guíen por ellos, considera que su observancia es de la mayor importancia para la realización de los propósitos de las Naciones Unidas y luego adjetiva a unos de esenciales, a otros de indispensables, y a algunos de importante contribución*” ¹².

Su evolución en el ámbito regional

En este aspecto nos referimos en particular a la *Carta de la Organización de Estados Americanos*, la que en forma implícita consagra los principios mencionados al establecer en su art. 2º los propósitos esenciales que le permitirán cumplir sus obligaciones regionales de acuerdo a la Carta de Naciones Unidas y en forma expresa en el art. 3º al expresar que los Estados Americanos reafirman los principios incluyendo en el

¹¹ Antonio REMIRO BROTONS y otros, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, págs. 25-26.

¹² La Declaración referida ha sido conmemorada por la Asamblea General de Naciones Unidas por Resolución 50/6 del 24 de octubre de 1995.

inciso c) concretamente que la “buena fe debe regir las relaciones de los Estados entre sí”.

Su consideración en otros instrumentos internacionales: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Esta Convención, en vigor desde 1980, es sin lugar a dudas el régimen jurídico más completo existente para regular los tratados, observada y tenida en cuenta por tribunales tales como la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referida en jurisprudencia del Tribunal de Justicia del CEE, del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, incluida por otras convenciones en su texto normativo como la Convención Interamericana de Derechos Humanos que dispone que para la interpretación de su art. 64 la Corte utilizará los métodos tradicionales de derecho internacional tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación como en lo que toca a los métodos complementarios, en los términos en que éstos han sido recogidos por los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Destacando lo preceptuado en relación con el principio de buena Fe, la Convención de Viena establece como regla general de interpretación el art. 31 el cual literalmente expresa: “*Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

De ello surge que consagra el principio de buena fe como criterio de interpretación señalando al respecto la Comisión de Derecho Internacional que la interpretación de las disposiciones de los tratados, hecha de buena fe y con arreglo a derecho es indispensable para que la norma *pacta sunt servanda* tenga un verdadero sentido ¹³.

¹³ César MOYANO BONILLA, “La interpretación de los tratados internacionales según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”, síntesis del libro *La interpretación de los tratados internacionales*, Montevideo, 1985.

Entendemos que este principio *pacta sunt servanda*, plasmado en el art. 26 de la Convención de Viena ¹⁴ basa la obligatoriedad de los tratados en el principio de buena fe siendo a su vez el *pacta sunt servanda* uno de los principios fundamentales del derecho internacional positivo.

La buena fe debe respetarse en tratados definitivos y también en los que tienen vigencia provisional, asimismo estar presente en las obligaciones de comportamiento de los Estados en cuanto a las conductas a tener en cuenta tanto antes como después de la entrada en vigor de los tratados, en todo el proceso de ejecución del tratado.

Moyano Bonilla recuerda también que la Comisión de Derecho Internacional consideró incluido dentro del principio de la buena fe al principio del efecto útil por cuanto si bien este último no está expresamente determinado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, su aplicación es posible a través del mismo principio de la buena fe.

Su reconocimiento en la jurisprudencia judicial y arbitral internacional

En efecto, este principio de buena fe ha sido expresamente señalado en particular en laudos arbitrales.

Quizás un punto de partida sumamente remoto es el *arbitraje del Duque de Borgoña* en relación a la firma de un tratado de paz para poner punto final a una guerra europea, que data de 1432, condicionada al matrimonio de un ciudadano ilustre de Bélgica con la hija del duque de Anjou, estableciéndose en el laudo una serie de detalles relacionados y expresando que todo debía cumplirse de buena fe. Otro caso líder en materia de arbitraje con referencia a la buena fe es el *Asunto de las Pesquerías en el Atlántico Norte* de 1910, en el cual el Tribunal, refiriéndose al derecho de gran Bretaña a reglamentar la pesca en aguas canadienses en las que por el Tratado de Gante había concedido derechos de pesca a los nacionales de los Estados Unidos señaló “(...) del

¹⁴ “Art. 26. *Pacta sunt servanda*: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

tratado resulta una relación obligatoria en virtud de la cual el derecho de la Gran Bretaña a ejercer su derecho de soberanía dictando reglamentos, se limita a los reglamentos dictados de buena fe". El fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1931 referido a los *Ferrocarriles en Polonia* señala que negociar de buena fe es sentarse a conversar con un verdadero ánimo de solucionar la controversia. Un fallo más cercano es el caso de *Hungría y Eslovaquia* por desvío del río Danubio, en el cual la Corte Internacional de Justicia en 1991 señala que ninguna de las partes tiene derecho a dejar sin efecto los tratados, debiendo negociar de buena fe.

Teniendo en cuenta que al principio de buena fe se lo relaciona con el abuso del derecho, en tanto este último implica mala intención, implica mediar mala fe, que su ejercicio acarrea un daño contra terceros, encontramos implícitamente reconocido el principio de buena fe en algunos laudos arbitrales tales como el relacionado con la *Caza de focas en el mar de Behring*, el asunto de la *Compañía de electricidad de Sofía*, el asunto relativo a *Ciertos empréstitos noruegos*, destacándose la sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto relativo a los *Intereses alemanes de la Alta Silesia Polaca*, donde el abuso del derecho se configura como la expresión negativa del principio de buena fe.

Normativa internacional de protección del medio ambiente: inclusión del principio de buena fe

En la normativa medioambiental no todos los principios de derecho internacional resultan aplicables. En este contexto podemos señalar que sí lo es el del *pacta sunt servanda*, no abuso del derecho, equidad, obligación de reparar el daño causado y buena fe, entre otros ¹⁵.

¹⁵ Zlata DRNAS DE CLEMENT, "Principios Generales de Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El Principio de Precaución", *Anuario IX*, año 2006 del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 1 y ss. La Dra. Drnas de Clement expresa que *los principios generales del derecho internacional ambiental constituyen normas consuetudinarias del derecho internacional que pueden estar expresadas en normas convencionales y estar conectadas en su razón a principios generales del derecho, que son los señalados en el párrafo precedente.*

La Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de Río de Janeiro, 14 de junio de 1992, de gran importancia al menos en sus objetivos, al aspirar establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, sectores claves de las sociedades y personas, proclama una serie de principios de acuerdo al principio 2: “de conformidad con la Carta de Naciones Unidas y los principios del Derecho Internacional...”. Consagra en su principio 26: “los Estados deben resolver pacíficamente todas sus controversias sobre el medio ambiente por medios que corresponda con arreglo a la Carta de Naciones Unidas”; y, fundamentalmente, el principio 27, que establece: “Los Estados y las personas deben cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta declaración y en el ulterior desarrollo del derecho Internacional en la esfera del desarrollo sostenible”.

Vemos que este principio que destaca la cooperación reafirmando en definitiva la buena vecindad establecida en el art. 74 de la Carta de Naciones Unidas, lleva ínsita la relación de buena fe.

También lo encontramos en numerosos tratados referidos especialmente a situaciones relacionadas con el medio ambiente y recursos naturales, pudiendo señalar que en algunos lo hace en términos generales mientras que en otros en forma más específica como en la Convención sobre Cambio Climático ¹⁶.

Conceptos absolutamente inseparables: cooperación y buena fe, demostrado también en la práctica de los Estados y en casos sometidos a tribunales internacionales como el referido con anterioridad: caso *Gabcikovo-Nagymaros* en el que Hungría basa sus argumentos principalmente en el incumplimiento de Checoslovaquia de su obligación de cooperación de buena fe.

¹⁶ Art. 4 (1) (e): “Cooperar en los preparativos para la adaptación a los impactos del cambio climático, desarrollar y elaborar planes apropiados e integrados para la gestión de las zonas costeras, los recursos hídricos y la agricultura, y para la protección y rehabilitación de las zonas particularmente de África, afectadas por la sequía y la desertificación, así como por las inundaciones”.

Consideraciones finales

La buena fe es principio fundamental del derecho como sistema, más allá del derecho internacional.

Es uno de los principios generales de derecho que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico, en especial en la labor interpretativa, caracterizándose por su amplio contenido y alcance cada vez con mayor desarrollo del que le asignaran los juristas romanos.

Hemos destacado la naturaleza moral de este principio completando este concepto con lo señalado por Julio Barboza quien considera que: *“respecto a la naturaleza moral del principio entiende que cualquiera que sea su contenido se transforma en un principio jurídico pues ese es el contenido de una norma de ese tipo desde que adquiere las características de heteronomía y obligatoriedad que son típicas del Jurídico, no hay que olvidar que sobre el Derecho se dijo que debe poseer un mínimo de ética y por lo tanto es parte integrante del contenido de sus normas, no en la parte formal”*.

En su relación con la doctrina del abuso del derecho es donde el ordenamiento internacional encuentra la importancia fundamental del principio de buena fe por cuanto justamente esta doctrina se manifiesta como la expresión negativa de este principio, manifestado en ciertos fallos y en determinados votos particulares de jueces de la Corte Internacional de Justicia.

En consonancia con lo expresado por Alfred Verdross, quien señaló que *“no siendo la comunidad jurídica internacional una entidad fundada en un señorío, puesto que descansa en la cooperación y común acuerdo de los Estados, sus normas sólo serán eficaces si los Estados cumplen, de buena fe, las obligaciones contraídas”*.

Así, la doctrina francesa ya comentada afirma que las partes en el cumplimiento de las convenciones deben portarse honestamente, lealmente, siendo preciso no atenerse únicamente a la letra del acuerdo sino ejecutar las convenciones conforme a la intención de las partes y a los fines en vista de las cuales ella se formó.

Conclusiones

Podemos concluir señalando que la buena fe significa un modelo ideal de conducta social en el que el actuar honesto, leal, probo, correcto, exento de malicia se pone de manifiesto.

Este principio de buena fe tiene una fuerte vinculación con el principio *pacta sunt servanda*, por lo que los tratados deben ser cumplidos de buena fe,

Es un principio fundamental para la solución de controversias no sólo internacionales, siendo también un presupuesto a observar en las relaciones internacionales,

Su observancia en la aplicación de las reglas de interpretación de los tratados constituye una de sus funciones primordiales, además de estar presente en el espíritu de todo el proceso de su celebración.

Reiterando lo ya manifestado, entendemos que la buena fe es un principio general del derecho que, en su evolución, ha sido y es plenamente reconocido por el derecho internacional tanto en la faz convencional, en la doctrina y, en particular, la jurisprudencia tanto judicial como arbitral internacional.

Su importancia está comprendida en la afirmación de Antonio Carrillo Salcedo quien manifestó que este principio *“sólo puede ser excluido del derecho internacional al costoso precio de destruir a este último como ordenamiento jurídico”*.

EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL¹

PRINCIPLE OF INTERNATIONAL COOPERATION

*Christian G. Sommer**

Resumen: El principio de cooperación fue evolucionando en las últimas décadas, por lo que ya no sólo conforma esa clásica postura de la doctrina de entender a la obligación de cooperar entre los Estados como una forma de comportamiento, un patrón de conducta que cumple funciones auxiliares en los compromisos de los Estados ², sino que en algunas circunstancias implica una verdadera obligación internacional a la cual los Estados están sujetos, por lo que su incumplimiento puede implicar el surgimiento de responsabilidad internacional.

Palabras-clave: Principio de cooperación - Evolución - Distintas dimensiones.

Abstract: The principle of cooperation has evolved in recent decades, so that now not only satisfies the classic position of the doctrine which understand the obligation of cooperation among States as a form of behavior, a pattern of conduct that meets auxiliary functions commitments in the States. In some circumstances involves a true international obligation to which States are subject, so that its failure may involve the emergence of international responsibility.

Keywords: Principle of cooperation - Evolution - Different dimensions.

Sumario: I. Introducción. II. La cooperación de los Estados en el marco de Naciones Unidas. III. Los sujetos de la cooperación internacional. IV. Las obligaciones de cooperación e información en el marco del derecho internacional

¹ Trabajo recibido para su publicación el 2 de septiembre de 2014 y aprobado el 24 de septiembre de 2014.

* Abogado y Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Córdoba, Católica de Córdoba y Blas Pascal. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

² G. ARANGIO RUIZ, "The normative rol of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations", *Recueil*, 1972-III, págs. 419-712.

ambiental. V. Las obligaciones de cooperación en el marco de la Corte Penal Internacional. VI. La cooperación en el marco de la promoción y protección de derechos humanos.

I. Introducción

La cooperación internacional configura un amplio campo de movilización de recursos asociativos, técnicos y financieros basados en compromisos de apoyo mutuo donde concurren donantes, gobiernos, la sociedad civil y el sector privado.

Cooperar supone un marco de entendimiento sobre objetivos y compromisos entre actores; y la disponibilidad de mecanismos y procedimientos para el acceso a los recursos, los que generalmente consisten en proyectos de financiamiento, procesos de apoyo técnico y articulación de redes de conocimiento, incidencia y fomento de valores y buenas prácticas.

Para las organizaciones de la sociedad civil, la cooperación internacional representa un medio que favorece su libertad e independencia de los intereses de los actores nacionales con poder sobre la vida colectiva o pública. En muchos casos, es la única fuente de recursos para sostener actividades de ayuda a grupos o sectores de la población desamparados por las leyes y por el Estado, y altamente discriminados por la sociedad o excluidos de ella.

Desde la creación de las organizaciones internacionales y regionales de Estados como la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la OEA, el concepto de cooperación internacional cambió: de uno centrado en la coexistencia pacífica, a otro enfocado en el desarrollo, para alcanzar mediante la unión de los países, el progreso y el bienestar de todos los pueblos.

La cooperación encuentra su razón de ser en los principios universales de solidaridad entre las naciones, el respeto de los derechos humanos y la búsqueda de mejores condiciones globales que procuren una mejor situación de bienestar a los seres humanos, como individuos que conforman el aspecto antropológico de los Estados.

Desde la propia conformación de las ideas del derecho internacional, este principio fue acogido como un medio necesario para la coexistencia entre los pueblos. La escuela clásica española y en particular Francisco

Suárez, fueron algunos de sus impulsores en procura de una mejor interrelación entre los Estados³.

Como principio, fue evolucionando en las últimas décadas, por lo que ya no sólo conforma esa clásica postura de la doctrina de entender a la obligación de cooperar entre los Estados como una forma de comportamiento, un patrón de conducta que cumple funciones auxiliares en los compromisos de los Estados⁴, sino que en algunas circunstancias implica una verdadera obligación internacional a la cual los Estados están sujetos, por lo que su incumplimiento puede implicar el surgimiento de responsabilidad internacional, tal cual lo referimos posteriormente.

II. La cooperación de los Estados en el marco de Naciones Unidas

La cooperación internacional ha sido siempre un componente importante de la misión de la Organización de las Naciones Unidas. La Carta precisa que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es “[r]ealizar la *cooperación internacional* en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (art. 1, párr. 3). Por su parte, el art. 13 de la Carta dispone que: “La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes:

- a) Fomentar la *cooperación internacional* en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación;
- b) Fomentar la *cooperación internacional* en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades funda-

³ F. SUÁREZ, *De Legibus*, II, Corpus Hispanorum de Pace. cap. IX, N° 8, Madrid, C.S.I.C, 1971.

⁴ G. ARANGIO RUIZ, “The normative rol of the General Assembly of the United Nations...”, cit., págs. 419-712.

mentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

Asimismo, el Capítulo IX de la Carta, consagrado a la *cooperación internacional* económica y social, dispone, en sus arts. 55 y 56, que “[t]odos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en *cooperación* con la Organización” (art. 56) para la realización de los propósitos enunciados, entre ellos “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades” (art. 55 c). En ese mismo capítulo se prevé la coordinación entre los organismos especializados (art. 57 y ss.).

Pero más allá de los postulados de la Carta de Naciones Unidas, la comunidad internacional en el seno de la Organización ha plasmado al principio de la cooperación internacional dentro de la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General del 24 de octubre de 1970, denominada *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* (en adelante denominada “Declaración de 1970). Recordemos que se establecieron originalmente siete principios básicos, a saber, - el principio de no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, - el principio de la solución de las controversias por medios pacíficos, - el principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta, - el de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos, - el principio de la igualdad soberana de los Estados, - el principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta y - el principio que se refiere a “[l]a *obligación de los Estados de cooperar entre sí*, conforme a la Carta. Esta última “obligación” se define en el texto de la Declaración de la manera siguiente: “Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales, y de promover el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias”. Como señala también la Resolución, a este fin:

- a) los Estados deberán *cooperar* con otros Estados en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales;
- b) los Estados deben *cooperar* para promover el respeto universal a los derechos humanos, y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades, y para eliminar todas las formas de discriminación racial y todas las formas de intolerancia religiosa;
- c) los Estados deben conducir sus relaciones internacionales en las esferas económica, social, cultural, técnica y comercial, de conformidad con los principios de la igualdad soberana y la no intervención;
- d) los Estados Miembros de las Naciones Unidas tienen el deber de adoptar medidas, conjunta o separadamente, en *cooperación* con las Naciones Unidas, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta.

Los Estados deben *cooperar* en las esferas económica, social y cultural, así como en la esfera de la ciencia y la tecnología, y promover el progreso de la cultura y la enseñanza en el mundo. Los Estados deben *cooperar* para promover el crecimiento económico en todo el mundo, particularmente en los países en desarrollo.

En el marco clásico del derecho internacional, frente a los postulados plasmados en la declaración de 1970, a decir de Chaumont, *se presenta una antinomia en el derecho internacional con la que es necesario vivir: una buena parte de tal ordenamiento se funda en la soberanía y una buena parte se inspira en la necesidad de cooperación, así el derecho internacional ha logrado su síntesis, superando sus contradicciones, pues la cooperación se lleva a cabo a través de la voluntad de sus sujetos en el respeto de las independencias nacionales*⁵.

Por su parte, los alcances de la Resolución anteriormente citada, se complementarían con la Resolución 3281 (XXIX) del 12 de diciembre de 1974, denominada *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, que también alude a la importancia de la cooperación entre los Estados para el logro de los objetivos del desarrollo.

⁵ Ch. CHAUMONT, "Cours général de Droit International Public", *Recueil*, 1963, III, N° 10, págs. 423-801, en A. REMIRO BRÓTONS y otros, *Derecho Internacional*, Mac Graw Hill, 1997, pág. 1082.

Los ámbitos de la cooperación internacional atraviesan todas las esferas de las relaciones internacionales, más allá de los distintos campos de *cooperación económica y social* enumerados en la Carta y en las resoluciones. Durante mucho tiempo, la noción de cooperación ha estado vinculada al desarrollo económico y a la asistencia técnica ⁶, como demuestran las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La cooperación jurídica ha adquirido, desde entonces, la posición que le corresponde en una concepción más amplia que asocia la construcción del Estado de derecho, los derechos humanos y el desarrollo, tanto en el plano de la formación como de las normas internacionales.

A otro nivel, la cooperación está estrechamente relacionada con la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. En los últimos años han entrado también en juego las exigencias de cooperación judicial y policial en la lucha contra el terrorismo, la corrupción, la trata de personas, entre otros. Además, la cooperación cultural, que incumbe en particular a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), se ha caracterizado sobre todo por los progresos en materia de educación y formación en materia de derechos humanos y lucha contra el racismo y todas las formas de discriminación. Los llamamientos más recientes en favor de la cooperación entre las civilizaciones, las culturas y las religiones forman parte de esa lógica. Por último, estas distintas facetas de la cooperación internacional no son nada sin la cooperación política, que constituye el núcleo de la diplomacia bilateral o multilateral.

La idea de cooperación internacional no puede reducirse a la yuxtaposición de intereses nacionales ni a la lógica de las relaciones de fuerza. Supone al menos, tres elementos de base. En primer lugar, debe tratarse de una verdadera asociación, de un trabajo en común entre los Estados,

⁶ En los primeros años de la Organización, la aplicación de este principio se vinculó directamente con el suministro de asistencia técnica a los Estados. Para ese efecto, Naciones Unidas destinó desde su inicio una partida presupuestaria (Programa Ordinario) para el otorgamiento de asistencia. En 1949 estableció el Programa Ampliado de Asistencia Técnica que consistió en un programa financiado con contribuciones voluntarias para incrementar los montos y el ámbito de cooperación internacional. En la misma época del Plan Marshall para la Europa de la post guerra. En 1965, esos programas se fusionarían en el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

basada en la igualdad de soberanía. Pero, como es sabido, la soberanía lleva innata la aceptación de sus propios límites y el compromiso de respetarlos. Es cierto que resulta difícil concebir la cooperación sin reciprocidad, puesto que sin ella se trataría de una forma de asistencia y no de una asociación en pie de igualdad. Cada Estado ha de involucrarse plenamente en la empresa de cooperación y tener un sentimiento de participación y propiedad. La cooperación internacional entre entidades de distinta naturaleza, las organizaciones internacionales y los agentes no estatales implica otras formas de asociación basadas en el respeto de las competencias y las responsabilidades de cada uno. La noción de cooperación no puede cuestionar la neutralidad y la imparcialidad de los mecanismos institucionales ni de los procedimientos independientes de evaluación.

La idea de cooperación implica, asimismo, la participación en un proceso. Si bien es cierto que la cooperación internacional puede tener carácter urgente en caso de una catástrofe humanitaria o de una afluencia masiva de refugiados, las más de las veces se caracteriza por la duración, por un “trabajo colectivo”, sobre la base de una política o un acuerdo, de un plan de acción o un programa, en cualquier caso, en un marco general que determine las etapas, los objetivos, los indicadores y los criterios de evaluación

III. Los sujetos de la cooperación internacional

El primer parámetro que debe tenerse en cuenta es el elevado número de actores interesados. En un primer momento, con la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la cooperación internacional se refiere a las obligaciones de los Estados Miembros para con la Organización y, en esa medida, a las relaciones de los Estados entre sí. Nos encontramos en la encrucijada entre el derecho interestatal y el derecho de la Organización. Esta circunstancia es lógica en la medida en que las Naciones Unidas son una empresa de cooperación y los Estados participan, con un propósito común, en el marco de la Carta constitucional. En ese sentido, la cooperación es un “deber” que obliga a los Estados Miembros, en razón del hecho mismo de su adhesión, en tanto que Estados pacíficos “que acept[a]n las obligaciones consignadas en esta Carta y [...] est[á]n capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hall[a]n dispuestos a hacerlo” (Car-

ta, art. 4, párr. 1). A ese nivel de principio, la cooperación no es un simple gesto político de buena voluntad, sino un imperativo jurídico de buena fe. Hay una estrecha relación entre el deber de cooperar y el compromiso de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de la Carta, como se subraya en la citada Declaración de 1970.

Este primer nivel se refiere no sólo al conjunto de instituciones del sistema de las Naciones Unidas, incluidas las organizaciones financieras, sino también a las demás organizaciones internacionales, en particular las regionales. Esta diversidad de organizaciones internacionales implica una cooperación entre ellas, así como entre los organismos o los órganos de las diversas instituciones. A distintas escalas, se observa una necesidad de cooperación entre las organizaciones internacionales y los Estados Miembros que obedece a un imperativo de coherencia, sinergia y eficacia. El hecho de hablar de multilateralismo ⁷ ya subraya suficientemente el desafío que ello entraña, tal es la fortaleza de las inercias institucionales y sociológicas de la comunidad internacional. En la actualidad, parte del peso de la cooperación internacional descansa en las organizaciones internacionales que garantizan su permanencia y continuidad, pero que a la vez plantean serios problemas de coordinación para la eficaz gestión de sus recursos ⁸.

Aparte de esa dimensión supranacional, la cooperación pone frente a frente también a los Estados y a los grupos de Estados en sus relaciones interestatales, ya sean bilaterales o multilaterales. Es sin duda en ese ámbito donde será más útil la búsqueda de buenas prácticas. Ahora bien, como se ha señalado, la cooperación pública también se ha diversificado a través de la cooperación descentralizada, dando protagonismo a los poderes locales o a la diplomacia parlamentaria basada en la cooperación entre los parlamentos nacionales. Sin embargo, la cooperación internacional ya no es lo propio de las estructuras estatales. Ha adquirido una dimensión transnacional que incorpora a agentes económicos como las

⁷ Confr. R. KEOHANE y J. NYE, *Power and Interdependence: World Politics in Transition*, Boston, Little, Brown and Co, 1977; E. NEWMAN, R. THAKUR and J. TIRMAN, *Multilateralism under Challenge? Power, International Order and Structural Change*, United Nations University, 2006.

⁸ A. REMIRO BRÓTONS y otros, *Derecho Internacional*, Mac Graw Hill, 1997, pág. 1083.

empresas y los sindicatos, pero también a los representantes de la sociedad civil, las ONG, las asociaciones, los diversos cultos y el conjunto de corrientes de pensamiento. Las alianzas cada vez más estructuradas que han creado las Naciones Unidas y las demás organizaciones internacionales con esos interlocutores no estatales abren una nueva dimensión ante la cooperación internacional. Sin embargo, es evidente que las instancias internacionales ejercen esa asociación más en términos de información, consulta y participación, por no decir subcontratación, que en términos de decisión, gestión o responsabilidad compartidas.

Conviene considerar por separado a las instituciones nacionales de protección de los derechos humanos, esos “agentes de la tercera dimensión”, que se sitúan en la intersección de los poderes públicos y la sociedad civil. Habida cuenta de su independencia y de su peso en el propio país, estas instituciones permiten elaborar y poner en marcha medidas que favorecen una cooperación eficaz y activa entre los diversos actores, tanto en los niveles nacional y regional como a escala internacional.

En las últimas décadas, los aspectos relacionados a los alcances de los compromisos internacionales de los Estados en el marco de la cooperación internacional, han mutado progresivamente para entender a este principio como una obligación con efectos jurídicos más determinados que, como señaláramos, un mero patrón de conducta o buena voluntad de los Estados. Para autores como Noichim, la cooperación internacional en el marco de los compromisos asumidos por los Estados en tratados y organismos internacionales, debe implicar obligaciones por parte de cada uno de éstos a fin de consolidar una acción coordinada para lograr los objetivos propuestos en sus compromisos internacionales⁹. En tal sentido la cooperación debe ser diferenciada de las relaciones de “interdependencia” de los Estados y de la mera “solidaridad internacional”. En la primera podemos observar una situación de hecho en la dependencia mutua entre los Estados, pero sin las obligaciones o el deber de actuar en forma conjunta. Por su parte, la solidaridad se refiere a la “obligación” de un Estado en forma individual de colaborar con aquellos otros sujetos en aspectos no planteados dentro de sus intereses comunes o de la propia

⁹ Ch. NOICHIM, “International cooperation for sustainable space development”, *Journal Space Law* (31), 2005, pág. 316 y ss.

comunidad internacional, en su caso más propio de la acción a través de actos unilaterales de los Estados.

Pero, ¿en qué casos estas “obligaciones” estatales, pueden ser concebidas en base a los alcances de un “deber-obligación de voluntad” o más bien como “deber-obligación jurídica”? ¿Puede un Estado o un conjunto de Estados ser responsable internacionalmente por la violación de una obligación de cooperar en el marco de compromisos internacionales? Si se analizan algunos aspectos de regulación del derecho internacional en la actualidad, podremos apreciar que la obligación de los Estados de cooperar entre sí o con organismos internacionales, implica compromisos que van más allá de la voluntariedad de éstos.

IV. Las obligaciones de cooperación e información en el marco del derecho internacional ambiental

La cooperación en los aspectos relacionados con la protección del medio ambiente han implicado un avance considerable en las últimas décadas, en donde este principio ha sido medular en el compromiso de los Estados en el desarrollo de las normas y obligaciones internacionales, no exento de las dualidades a que aludiéramos anteriormente entre soberanía estatal y la cooperación en el manejo sustentable y compartido de los recursos. Como se suele sostener, el derecho internacional ambiental se ha desarrollado entre dos principios aparentemente contradictorios. Primero, los Estados tienen derechos soberanos sobre sus recursos naturales. Segundo, los Estados no deben causar daño al medio ambiente. Aunque el concepto de la soberanía de un Estado sobre sus recursos naturales está arraigado en el antiguo principio de soberanía territorial, la Asamblea General de las Naciones Unidas lo impulsó más aún, al declarar, *inter alia*, que el derecho de los pueblos y naciones a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales y riquezas debe ejercerse en interés del desarrollo y el bienestar de los habitantes del país, tales los postulados de la Resolución 3281 de la Asamblea General enunciada anteriormente. Esta resolución refleja el derecho a la soberanía permanente sobre los recursos naturales como un derecho internacional, aceptado por los tribunales, como un reflejo de las costumbres internacionales. Esta

soberanía nacional sobre los recursos naturales se ha corroborado en acuerdos internacionales ¹⁰.

Esa relación entre soberanía pero a la vez el derecho de uso y goce compartido de recursos, como derecho de los pueblos pero a la vez como obligación de protección ambiental, conlleva la necesidad de una adecuada cooperación entre los Estados. La mayor parte de los tratados internacionales tienen disposiciones que requieren cooperación para producir e intercambiar información científica, técnica, socioeconómica y comercial ¹¹.

Este principio de cooperación como deberes específicos que conforman una obligación genérica de debida diligencia deben ser considerados a la luz de obligaciones que los Estados asumen al realizar actividades peligrosas o que ponen en juego los ecosistemas de los Estados vecinos. Y como compromiso de obligación hacia el Estado es que tanto

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Convenio para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, 16 de noviembre de 1972, art. 15, 11 I.L.M. 1358, 1363 [en adelante UNESCO sobre Patrimonio]; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Ambiental: Convención sobre Diversidad Biológica, 5 de junio de 1992, principios 2, 31 ILM 818 [en adelante la Convención de Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica]; Convenio sobre la Conservación de la Fauna y la Flora en Estado Natural, del 8 de noviembre de 1933, art. 9(6), 172 L.N.T.S 241; Convención Internacional para la Conservación de las Tierras Pantanosas de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (Convenio de Ramsar), 2 de febrero de 1971, art. 2(3), 996 U.N.T.S. 245 [en adelante el Convenio de Ramsar sobre Pantanos]; Convenio Internacional sobre las Maderas Tropicales, 18 de noviembre de 1983, art. 1, documento de la ONU TD/TIMBER/11 rev.1 (1984); Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, 22 de marzo de 1989, art. 12, 28 I.L.M. 649, 668; Cumbre de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo; Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 9 de mayo de 1992, art. 14, 31 I.L.M. 849, 867 [en adelante Convención de Naciones Unidas sobre Cambio Climático].

¹¹ La cooperación internacional se impuso a través del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso del Estrecho de Corfú (Reino Unido vs. Albania.), CIJ, 1949 (22 de abril). Véase también el Arbitraje del Lago Lanoux (España vs. Francia), 12 R.I.A.A. 285 (El Tribunal de Arbitraje afirmó: "Francia tiene derecho a ejercer sus derechos; no puede hacer caso omiso a los intereses de España." Isla de Palmas (EE.UU. vs. Holanda), 11 R.I.A.A. 829; *Alabama Claims Arbitration*, 7; J. MOORE, *Digest of International Law* 1059-67; *American Mexican Claims Commission, Texas Cattle Claims Report to the Secretary of State* 51; Estados Unidos vs. Arjona, 120 U.S. 479 (1887); H. KELSEN, *Principios del Derecho Internacional* 96, 205-206 (1966).

en el Preámbulo como en el art. 4 del *Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo*, se constituye como principio básico la obligación de prevención como una necesaria cooperación con terceros Estados en garantizar condiciones adecuadas de respeto al medio ambiente ¹².

El intercambio de información general es fundamental para controlar la puesta en marcha de las obligaciones internacionales en el ámbito interno. Pero en particular sobre este aspecto del intercambio de información, el deber de informar como obligación de los Estados en el marco de mecanismos de cooperación en medios de utilización compartida de recursos, no sólo implica un compromiso de cooperar como normas de conducta, sino también puede aparejar una obligación jurídica que su incumplimiento ocasione responsabilidad internacional. La notificación previa obliga a los estados actuantes a dar aviso previo y a tiempo, así como a suministrar la información pertinente, a cada uno de los estados que podrían perjudicarse a consecuencia de actividades que afecten el ambiente ¹³.

¹² Confr. CIJ, *Asunto de los ensayos nucleares*. Sentencia del 20 de diciembre de 1974. *Recueil* 1974, párr. 46, pág. 253.

¹³ CIJ, “Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay” (Argentina c/ Uruguay), Sentencia del 20 de abril de 2010. La Corte señaló que: (...) *la Corte considera que las obligaciones de informar, de notificar, de negociar, constituyen un medio apropiado, aceptado por las partes, para alcanzar el objetivo que las mismas se han fijado en el art. 1 del Estatuto de 1975. Estas obligaciones se revelan aún más indispensables cuando se trata, como en el caso del río Uruguay, de un recurso compartido que únicamente podrá ser protegido por medio de una **cooperación estrecha** y continua entre los ribereños (párr. 81)*. Confr. Z. DRNAS DE CLEMENT, “El fallo de la CIJ sobre las Pasteras del Río Uruguay: Lejos de la concepción de recurso natural compartido”, *Anuario XII* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (mayo de 2010); E. REY CARO, “El conflicto argentino-uruguayo sobre las pasteras (papeleras) ante la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artelconflictoargentino> (consulta del 21/5/14); Z. DRNAS DE CLEMENT, “La obligación de cooperar (en particular, la obligación de intercambiar información y monitorear la existencia de riesgos) como parte de las obligaciones de protección y preservación precautoria del medio marino”, *Centro Argentino de Estudios Internacionales*. Disponible en <http://www.caei.com.ar/working-paper/la-obligaci%C3%B3n-de-cooperar-en-particular-la-obligaci%C3%B3n-de-intercambiar-informaci%C3%B3n-y>. (consulta del 13/4/14).

V. Las obligaciones de cooperación en el marco de la Corte Penal Internacional

La entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional en 2002, implicó nuevas obligaciones a los Estados Parte respecto al nuevo tribunal penal internacional, con el fin de garantizar sus propósitos de justicia y contar con que los responsables de graves crímenes contra la humanidad puedan ser juzgados.

En particular, el Capítulo IX del Estatuto de Roma trata las diferentes formas de cooperación que la Corte puede solicitar a un Estado Parte con el propósito de investigar o enjuiciar un crimen bajo su competencia. Pero a su vez, la obligación de cooperar implica las obligaciones de implementar los tipos penales y los procedimientos necesarios para ser efectivos el funcionamiento del Estados en los Estados partes. Dentro de esos procedimientos que los Estados Partes deben adecuar en sus legislaciones, se encuentra la cooperación para la entrega de personas requeridas por la Corte, como así también el acceso a información estatal, recolección de evidencia, protección de testigos y congelamiento de bienes de las personas investigadas o acusadas de crímenes (arts. 86-88 del Estatuto).

Dentro de las particularidades en cuanto a la cooperación ya no como un compromiso de mero trámite y gestión internacional asumido por los Estados, sino más bien como una obligación con efectos de posible responsabilidad internacional, se encuentra la obligación de cooperar para la “entrega” de una persona requerida por la Corte, salvo en casos en que el Estado se encuentre investigando o juzgando a esa persona (*juzgar o extraditar*). En el caso de las obligaciones asumidas por los Estados en el contexto de los arts. 86 y 93 del Estatuto los Estados no pueden aplicar procesos utilizados bajo las reglas de la extradición, propia de los Estados y por tal motivo, justificar la no entrega de una persona requerida por la Corte bajo razones de orden público u otros intereses esenciales del Estado art. 102 del Estatuto). Como sostiene Fernández de Gurmendi, la utilización en el Estatuto del concepto “entrega” en reemplazo del tradicional término de “extradición” fue objeto de extensa discusiones en el seno de la conferencia preparatoria del Estatuto en

búsqueda de diferenciar las obligaciones de los Estados frente a la Corte de aquellas de los Estados entre sí ¹⁴.

Otro aspecto a destacar es el debate sobre si los Estados no Partes del Estatuto cuentan con alguna obligación de cooperar con respecto a la Corte. En principio no se cuenta en el Estatuto de la Corte con disposición general o particular que obligue a los Estados no Partes a cooperar con la Corte, ello en consonancia con los postulados clásicos del derecho internacional del derecho de los tratados (art. 34 de la Convención de Viena de 1969) por el cual un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su previo consentimiento. El art. 87.5 autoriza a invitar a cualquier Estado que no haya ratificado el Estatuto a prestar asistencia en virtud de un acuerdo especial. Sin embargo, este principio de cooperación visto como una mesa “voluntariedad de los Estados” en sus compromisos internacionales, conlleva una postura de obligatoriedad en el caso del funcionamiento de la Corte Penal Internacional. Por un parte, porque eventualmente si el Consejo de Seguridad remite a la Corte una situación que amenace la paz y seguridad internacionales, puede ejercer atribuciones propias del Capítulo VII de la Carta y hacer que los Estados no Partes del Estatuto atiendan los pedidos de colaboración de la Corte. Es decir, por vía supletoria y en razón de los postulados del art. 25 de la Carta de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad podría obligar a un Estado a cooperar con la Corte en razón que las disposiciones adoptadas por el Consejo de Seguridad, son vinculantes para todos los Estados Miembros de la Organización. Esta postura que rompe el molde del art. 34 de la Convención de Viena de 1969 y que Zhu Wen-qui la señala como *una nueva faceta del principio jurídico tradicional del derecho de los tratados* ¹⁵, se puede avizorar en el caso de Sudán y las acusaciones en la Corte Penal Internacional contra su jefe de Estado Omar Al-Bashir. El Consejo de Seguridad mediante la Resolución 1593, relativa a la situación en Darfur, habilitó el primer caso por el cual el Consejo de Seguridad solici-

¹⁴ S. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, “Relaciones de la Corte Penal Internacional con los sistemas nacionales y con el Consejo de Seguridad. *Comité Jurídico Interamericano*. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/english/Seminar11.htm> (Consulta del 25/05/2014).

¹⁵ Z. WEN-QUI, “Acerca de la cooperación de los Estados que no son partes en la Corte Penal Internacional”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 861, marzo 2006, pág. 97 y ss.

tó una investigación a la Corte Penal Internacional con arreglo al art. 13 (b) del Estatuto, a pesar que Sudán no es Estado Parte de dicho tratado.

VI. La cooperación en el marco de la promoción y protección de derechos humanos

En 1986, se suscribió la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, a través de la cual se impulsó una cooperación dirigida a la solución de problemas de carácter económico, social, cultural y humanitario, y al desarrollo y estímulo de los derechos y las libertades fundamentales, con plena participación de los ciudadanos. En esta Declaración, se dispuso que:

1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable y la igualdad de oportunidades para el desarrollo es una prerrogativa tanto de las naciones como de los individuos que componen las naciones.
2. La persona humana es el sujeto central del proceso de desarrollo y toda política de desarrollo debe considerarla como participante y beneficiario principal del desarrollo en el que puedan realizarse.
3. El derecho humano al desarrollo implica, con sujeción a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el derecho a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.
4. Los Estados deben promover un nuevo orden económico internacional basado en la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados, que fomente la observancia y el disfrute de los derechos humanos.
5. Todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes. Debe darse igual atención y urgente consideración a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.
6. Los Estados deben alentar la participación popular en todas las esferas como factor importante para el desarrollo y para la plena realización de todos los derechos humanos.

Este concepto se amplió aún más en los 90, al adoptarse un Enfoque de Cooperación Basado en el Desarrollo ONU; y también con la idea de una democracia como derecho, dejando atrás su versión minimalista electoral, tal como se expresa en la Carta Democrática Interamericana OEA.

Así, la cooperación internacional se ha consolidado como un instrumento de los derechos humanos para crear una cultura de derechos en todo el mundo y avanzar en su protección sostenible, sobre todo en entornos políticos, institucionales y culturales de fuerte restricción a las libertades y al Estado de derecho.

En el 2000, la ONU impulsó la *Declaración del Milenio*, incorporando la participación de las organizaciones de la sociedad civil, que trabajaron activamente en la defensa pública de los problemas más críticos contemplados en esta Declaración, el diseño de estrategias para lograr las metas, la colaboración con los gobiernos en la aplicación de los programas de inversión, y la vigilancia y evaluación de los esfuerzos.

Asimismo, los organismos internacionales han reconocido el invaluable trabajo de las organizaciones de la sociedad civil en la construcción de nuevos estándares de derechos humanos, a partir de la documentación e información que aportan; y reconocen también los riesgos que corren en sus labores y en la asistencia a las víctimas. Por ello, la cooperación se ha vuelto un instrumento de protección de los defensores/as y las organizaciones de derechos humanos que les permite continuar con su trabajo, libres de injerencia y de amenazas.

Pero desde una perspectiva de mayor “efecto vinculante” en los compromisos de cooperación entre los Estados en la protección de derechos fundamentales, Brilmayer y Tesfalidet aluden a ciertas obligaciones que los terceros Estados tiene en el contexto de la violación de graves crímenes del derecho internacional¹⁶. En particular, existen ciertas obligaciones emanadas de los instrumentos internacionales respecto de terceros Estados frente a la violación de derechos fundamentales en otros Estados de la comunidad internacional. El autor expresa que un pequeño número de tratados contienen en su interior, disposiciones específicas para la participación de terceros Estados cuando se comenten graves crímenes, tal el caso del genocidio, la esclavitud, la tortura o la piratería, que por una parte implican obligaciones bajo su carácter *erga omnes*¹⁷ y por a la

¹⁶ L. BRILMAYER - I. TESFALIDET, “Third State Obligations and the enforcement of International Law”, *New York University Journal International Law and Politics*, vol. 44 (2011-2012).

¹⁷ El concepto de normas *erga omnes* data de la opinión consultiva Namibia, en la que la Corte Internacional de Justicia proporcionada “[e]l primer indicio de que en

vez el imperativo cumplimiento de norma de *jus cogens*. Esto puede apreciarse en algunas decisiones de tribunales internacionales como el caso de la Corte Internacional de Justicia al señalar que (...) *Por su propia naturaleza las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su conjunto son la preocupación de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados pueden tener un interés jurídico en su protección; es decir, son obligaciones erga omnes* ¹⁸. En estos contextos, los Estados estarían obligados a una efectiva cooperación para el logro de la prevención o la búsqueda de la sanción de los responsables de tales crímenes.

Por otra parte, y como ha sido señalado por informes de expertos, un aspecto de la cooperación internacional que todavía está demasiado descuidado es la toma en consideración de los sistemas regionales ¹⁹. Además de los informes presentados por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sería útil que las Naciones Unidas favoreciesen la comunicación entre los sistemas regionales en pleno auge, de modo que compartan sus experiencias y fomenten las sinergias. Más allá de la norma técnica de la litispendencia, la información mutua, incluso la coordinación entre las instancias de vigilancia a escala universal, regional y nacional en el respeto de las competencias estatutarias de cada una, según el modelo del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, no haría sino reforzar la eficacia de la cooperación internacional. Asimismo, deberían evaluarse las experiencias que relacionan a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con la UNESCO en determinadas actividades de vigilancia para sistematizarlas y extenderlas a otras organizaciones regionales, si procede. La experiencia de las organizaciones regionales, como la Organización para la Seguridad y

ciertos casos, los Estados tienen el deber de reaccionar en caso de incumplimiento de las obligaciones *erga omnes*”. Conf. *Legal Consequences of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276* (1970), Advisory Opinion, 1971 I.C.J. 16 (june 21).

¹⁸ CIJm *Barcelona Traction*, 1970. 3, 1 33.

¹⁹ United Nations, Consejo de Derechos Humanos, *Informe sobre el fortalecimiento de la cooperación internacional en la esfera de los derechos humanos*, Octavo período de sesiones, 20 a 24 de febrero de 2012. A/HRC/AC/8/3, pág. 13.

la Cooperación en Europa (OSCE), en materia de observación en los ámbitos electoral y judicial podrían aprovecharse para fortalecer las normas internacionales y favorecer la coordinación de las operaciones sobre el terreno. Por último, habría que revalorizar la participación activa de las organizaciones regionales en la labor de las instancias de las Naciones Unidas ²⁰.

VII. Reflexiones finales

Desde su postulación como principio que rige los objetivos de organizaciones internacionales y su enunciación como principio de derecho internacional, la cooperación entre los Estados y en el marco de las organizaciones internacionales ha evolucionado desde una mera perspectiva de compromiso de los Estados de eventualmente adoptar medidas en el marco de compromisos internacionales hasta generar en algunos ámbitos del derecho, verdaderas obligaciones con efecto vinculante. Aunque el principio se encuentra fuertemente vinculado a los aspectos de colaboración en el marco del desarrollo económico, social y cultural de los Estados, sus principios cada vez más permean en aspectos no considerados anteriormente por los sujetos de la comunidad internacional. La colaboración para el cuidado del medio ambiente, la ayuda humanitaria, los derechos humanos, la persecución de responsables de graves crímenes internacionales, la lucha contra la corrupción o los aspectos de regulación tributaria, implican algunos de los aspectos en los que las obligaciones de cooperar internacionalmente se han consolidado como verdaderas obligaciones internacionales. Queda por avizorar en las próximas décadas si este “principio de cooperación internacional entre los Estados” tiende a generar mayor conciencia entre los sujetos internacionales de ampliar sus alcances y obligaciones o si éstos continuarán dándole un significado de mera colaboración para coadyuvar en conjunto pero sin que pesen obligaciones que generan responsabilidad internacional por su incumplimiento.

²⁰ United Nations, *ibidem*, pág. 14.

EL UTI POSSIDETIS JURIS ¹

UTI POSSIDETIS JURIS

*Graciela R. Salas**

Resumen: El *uti possidetis juris*, de raigambre latinoamericana, se aplicó originalmente para resolver controversias territoriales entre las nuevas repúblicas americanas que habían conformado el sistema colonial español y respecto de Brasil, como ex colonia portuguesa en nuestro continente. Posteriormente se aplicó en cuestiones similares planteadas en el continente africano luego del proceso de descolonización del pasado siglo. Más recientemente se viene discutiendo sobre la posibilidad de aplicación a situaciones vinculadas con la disolución de Estados y el nacimiento de nuevos Estados. Las diferentes circunstancias a las que se aplicó este principio ha motivado algunas de las discusiones que se sintetizan en este trabajo.

Palabras clave: Descolonización - Secesión - *Uti possidetis juris*.

Abstract: *Uti possidetis juris*, principle with Latin American roots, was originally applied to resolve territorial disputes among the new American republics that had formed the Spanish colonial system and for Brazil as a former Portuguese colony on the continent. Later it was applied to similar issues raised in Africa after decolonization process of the last century. More recently it has been discussing the possibility of application to situations involving the dissolution of States and the birth of new States. The different circumstances in which this principle was applied has motivated some of the discussions which are summarized in this paper.

Keywords: Decolonization - Secession - *Uti possidetis juris*.

Sumario: I. Introducción. II. Algunas precisiones. III. El origen. IV. La actualidad del *uti possidetis juris*. V. El *uti possidetis* y temas vinculados. VI. Conclusiones.

¹ Trabajo recibido para su publicación el 2 de julio de 2014 y aprobado el 20 de agosto de 2014.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular de Derecho internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Blas Pascal. Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

Introducción

La decisión de trabajar durante el año 2013 en torno a los *principios del derecho internacional*, a partir de los lineamientos generales precedentes sintetizados magistralmente por el Dr. Ernesto J. Rey Caro, nuevamente movilizó a quienes integramos el Instituto.

En nuestro caso particular, el *uti possidetis*, reconocido como principio por la doctrina y la jurisprudencia internacional, de origen netamente iberoamericano, nos movió a reflexionar sobre las nuevas implicaciones que viene revistiendo ante situaciones planteadas no ya exclusivamente en nuestro continente, como fuera originariamente.

Para aquilatar la moderna aplicación de tal principio fue necesario volver sobre sus orígenes para intentar despejar las dudas puestas de manifiesto por diferentes autores, llamados a analizar nuevas cuestiones que surgieron como consecuencia del más reciente desmembramiento de estados.

Con tal objetivo es necesario efectuar algunas precisiones sobre cuestiones que consideramos atentan contra la claridad del tema que nos ocupa. En primer lugar es importante distinguir entre la situación planteada por la celebración de acuerdos entre España y Portugal en cuanto a los límites entre ambas potencias coloniales y como consecuencia del descubrimiento y ocupación de espacios en nuestro continente, para lo cual el *uti possidetis* planteó la discrepancia entre el *uti possidetis juris* y el *uti possidetis de facto*. En segundo lugar la aplicación del *uti possidetis* en relación a las divisiones administrativas, en nuestro caso españolas, influiría en la doctrina y la jurisprudencia internacionales al momento de fijar los límites entre las nuevas repúblicas separadas de la dominación española, con la subsistencia del estado español.

Por otra parte, cabría plantear una serie de cuestiones en tanto el *uti possidetis* ha sido aplicado en el proceso de descolonización africano, bajo condiciones particulares, sin embargo la doctrina actual no es pacífica en cuanto a su utilización en casos de atomización de Estados desaparecidos ². Esta última situación nos lleva a volver sobre el derecho de secesión y a preguntarnos si no sería éste un nuevo punto de apoyo para

² Como Checoslovaquia y Yugoslavia.

un nuevo desarrollo del principio que nos ocupa a situaciones planteadas más recientemente.

Dejamos así planteadas algunas de las líneas de razonamiento que desarrollaremos a continuación.

II. Algunas precisiones

Decíamos en la presentación que aún hoy se discute sobre las particularidades de la independencia y de la secesión como un fundamento para la aplicación del *uti possidetis*. A partir de allí tratamos de entender en qué consiste la independencia, que pueda diferenciarla de la secesión, y en este caso, si existe un derecho a la secesión.

Entendemos a la *secesión* como un acto por el cual una parte se separa de un todo, con la oposición y la subsistencia de éste. En consecuencia, tratándose de un sistema colonial como el que existiera en gran parte del mundo, particularmente en nuestro continente, es un hecho que se produjeron separaciones de partes de esos sistemas, lo que derivó en el nacimiento de nuevos estados, sin que existiera acuerdo del Estado que sufrió esa pérdida³. Sin embargo, la doctrina niega que exista un derecho de secesión, que podría afectar la integridad territorial de un Estado y que afecta también a la relación con los otros estados, es decir a la posible colaboración con el nuevo Estado, lo que aun en el proceso de surgimiento de nuestros repúblicas latinoamericanas, ya se planteaba como una posibilidad de intervención en los asuntos internos de la potencia colonial. En efecto, las luchas independentistas del siglo XIX desde el punto de vista jurídico eran consideradas como un conflicto interno, y se consideraba a sus responsables como rebeldes o insurgentes, hasta que se produjo el

³ Marcelo KOHEN, “Le problème des frontières en cas de dissolution et de séparation d’États: quelles alternatives?”, *Revue Belge de Droit International*, 1998/1. Éditions Bruylant, Bruxelles, pag. 132. Disponible en: <http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201998/RBDI%201998-1/Dossier/RBDI%201998.1%20-%20pp.%20129%20%20C3%A0%20160%20-%20Marcelo%20Kohen.pdf>.

reconocimiento de esos nuevos estados por las potencias de la época ⁴. Esa nueva situación obligó a los nuevos sujetos del derecho internacional a buscar la formulación de normas claras y concretas, con el objeto de afianzar jurídicamente su independencia.

M. Kohen ⁵, más modernamente insiste en la diferenciación entre la separación/ desmembramiento con acuerdo del Estado predecesor, y la separación/secesión sin ese acuerdo, cuyas consecuencias son importantes. Esas consecuencias, sostiene, son distintas ya que en el primer caso pueden inclusive implicar un acuerdo respecto de los límites de los nuevos estados, mientras que en el segundo se planteará la cuestión de saber cuál es el trazado de esos límites al momento del nacimiento del nuevo Estado.

La *independencia* es el otro concepto que se esgrime en el nacimiento de nuevas unidades políticas, vinculado directamente con el derecho de autodeterminación de los pueblos. Y por la importancia que revisten en su interacción, debe ser objeto de un profundizado estudio que excede los alcances de este trabajo.

De todos modos, el nacimiento de nuevos Estados, sea por secesión, independencia o autodeterminación, lleva a la necesidad de precisar sus límites, por su relación con el ejercicio de las respectivas jurisdicciones, la necesidad de respeto de la integridad territorial y la existencia de reglas que prohíben la conquista y el colonialismo, y que constituyen corolarios del principio que nos ocupa. Sin embargo, también en esta aparente simplificación, es importante distinguir entre la separación de partes de un todo, cuando éste desaparece, como en el caso de Checoslovaquia o Yugoslavia, de la separación de partes de un Estado (llámense colonias o provincias), con la subsistencia de éste, como ocurriera con los sistemas coloniales.

Ahora bien, como decíamos más arriba, el nacimiento de un nuevo Estado, deja siempre abierta la necesidad de precisar sus límites, uno de

⁴ Marcelo KOHEN, *La contribution de l'Amérique latine au développement progressif du droit international en matière territoriale*, 2009/1 (N° 137), Presses Universitaires de France, pág. 1. Disponible en: <http://www.cairn.info/revue-relations-internationales-2009-1-page-13.htm>

⁵ Ibid. pág. 134.

cuyos medios es precisamente el *uti possidetis*, del que pasamos a ocuparnos.

III. El origen

La expresión *uti possidetis*, con origen en el derecho romano⁶, ya había sido empleada en España durante el siglo XVII para fijar los límites de sus dominios coloniales, mediante cédulas reales y otros documentos aplicables a las distintas jurisdicciones administrativas en el territorio americano⁷.

En tanto doctrina y con un sentido diferente, el *uti possidetis* tuvo especial desarrollo en América Latina como consecuencia de los contenciosos territoriales emanados de la sucesión de España y de Portugal en sus posesiones americanas a comienzos del siglo XIX, con posterior proyección a otras regiones del mundo. Así, para los estados sucesores de ambas potencias coloniales en el continente americano, las nuevas fronteras internacionales deberían corresponder a los límites convencionales o arbitrales entre las potencias antecesoras, conforme a instrumentos internacionales, como las Bulas de Alejandro VI y el tratado de Tordesillas, y a acuerdos celebrados entre sí, como los Tratados de Madrid (1750), el Tratado de San Ildefonso (1777) o la Paz de Badajoz (1801), entre otros.

A partir de esa situación el criterio aplicable a los nuevos Estados estaría de acuerdo al derecho administrativo colonial aplicado por España con todas las imprecisiones de la época y las superposiciones entre las instituciones introducidas por los Austrias y los Borbones en los territorios de origen hispánico. Sin embargo, debemos llamar la atención sobre el hecho de que el *uti possidetis* de 1810 resolvía el problema, de acuerdo

⁶ Como interdicto surgió en el segundo siglo A.C. y tenía por objeto la protección de los bienes inmuebles, manteniendo la preferencia en favor del poseedor en caso de una eventual controversia sobre la titularidad del respectivo derecho real. Su significado “como poseéis, seguiréis poseyendo (*uti possidetis ita possideatis*)”.

⁷ También se aplicó en la Paz de Breda (1667) entre los Países Bajos e Inglaterra; en este caso, un tratado de paz recogía los resultados de una ocupación militar, es decir que implicaba el perfeccionamiento como título de una ocupación militar.

a las fronteras internacionales trazadas entre las potencias coloniales y que de alguna forma obligaban a las nuevas repúblicas⁸. Cabría entonces interrogarse sobre su utilidad para establecer los límites entre los antiguos territorios españoles en nuestro continente⁹.

Podríamos agregar otra razón para la aplicación de este principio por los estados hispanoamericanos, que se relacionaba con la posibilidad de nuevas ocupaciones por parte potencias extra-continetales entre 1810 y la fecha en que cada uno de ellos hubiere precisado efectivamente su territorio¹⁰. Esta doctrina corría así un cerrojo a la posible declaración de *res nullius* de algún territorio en proceso de independencia, lo que hubiera permitido la adjudicación de tales espacios mediante una simple declaratoria unilateral de apropiación en épocas en que aún la ocupación bélica era admitida. Los estados sucesores retrotraían así su presencia a ese año como soberanos reclamando de esta forma todos los derechos posibles del antecesor. Ahora bien, los territorios reivindicados por los nuevos Estados incluyeron aun espacios inexplorados al tiempo de la independencia y asimismo existían discrepancias entre las respectivas divisiones administrativas españolas.

Por otra parte, la posterior utilización de esas divisiones como límites entre las nuevas repúblicas americanas, más allá de la utilidad que prestó para la resolución pacífica de las controversias territoriales, tuvo un marcado tinte político, por lo antes mencionado en tanto dichas fronteras no habían sido formuladas sino *ad intra* de las posesiones españolas.

⁸ Sobre este punto la doctrina no fue conteste en la época, sosteniendo algunos autores que los tratados celebrados por las antiguas potencias coloniales no obligaban a los nuevos estados, por una parte por el estallido de conflictos armados entre sí, y por otro por considerar que los cambios en la soberanía territorial dejaban vigentes los tratados solamente entre las partes en los respectivos tratados. Sin embargo, más modernamente el tema se rige por las normas relativas a la sucesión de estados en materia de tratados.

⁹ “*Uti possidetis, as a principle which upgraded former administrative delimitations, established during the colonial period, to international frontiers, is therefore a principle of a general kind which is logically connected with his form of decolonization wherever it occurs*”. Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pág. 566.

¹⁰ Recordemos que en el caso de Argentina la Revolución de Mayo fue un primer paso en el proceso de independencia, seguido por la Asamblea de 1813 y la posterior Declaración de Independencia en 1816. Por otra parte, fue la primera vez en la historia en que un imperio colonial se deshacía dando origen a una pluralidad de nuevos Estados.

En su origen, este principio aparece en el Tratado de Unión y Alianza entre Paraguay y lo que luego se denominaría las Provincias Unidas del Río de la Plata (1811); fue enunciado en la República de Colombia en el Congreso de Angostura (1819), especialmente en el art. 2 de la Ley Fundamental de la República de Colombia, lo ratifica en la Constitución de Cúcuta de 1821, y reaparece en el art. 2 de la Constitución de los Estados Unidos de México (1824), en el Tratado de Liga y Confederación Perpetua firmado en Panamá (1826), en cuyos arts. 21 y 22 se confirma una vez más que la doctrina que logra el equilibrio y la paz continental americana reposa en el *Uti possidetis juris* de 1810. Posteriormente fue reconocido como un principio de derecho público hispanoamericano en el Congreso de Lima de 1848. También lo encontramos en el Tratado Arosemena-Guzmán (1881) en el que se sometía a arbitraje de la corona española la determinación de los límites entre Colombia y Venezuela. Este último culminó con el laudo arbitral de 1891.

Ya en el siglo XX se evocó esta doctrina en diversas ocasiones, ante tribunales arbitrales, como en la controversia de límites entre Colombia y Venezuela, en cuyo laudo se la cita como:

“Ces territoires, bien que non occupés en fait, étaient d’un commun accord considérés comme occupés en droit, dès la première heure, par la nouvelle République. Des empiétements et des tentatives de colonisation intempestives de l’autre côté de la frontière, comme aussi les occupations de fait, devenaient sans portée ou sans conséquences en droit. Ce principe avait aussi l’avantage de supprimer, on l’espérait, les contestations de limites entre les nouveaux États. Enfin, ce principe excluait les tentatives des États colonisateurs européens sur des territoires qu’ils auraient pu chercher à proclamer res nullius”¹¹.

Surge así el *uti possidetis* con base en dos elementos esenciales: por un lado, la inexistencia de territorios *res nullius* en nuestro continente y por otro lado, el respeto de los límites administrativos preexistentes, que se transformaron en fronteras internacionales. El tercer elemento, sujeto

¹¹ Affaire des frontières Colombo-Vénézuéliennes, Sentence arbitrale du 24 mars 1922, Reports of International Arbitral Awards, Volume I, United Nations, pág. 228.

a discrepancias por la doctrina de la época y posteriormente, fue la validez para los nuevos Estados de los tratados de límites celebrados entre las potencias coloniales.

Ahora bien, en esta etapa, para el derecho internacional este principio comenzó a desarrollarse como una costumbre regional. En este caso, afirmando que en América ya no existían territorios *res nullius* que pudieran ser objeto de conquista, más allá de las grandes extensiones aún inexploradas existentes en el continente al tiempo de la independencia. Esta declaración implicaba asimismo que, en caso de que se produjera un intento de ocupación de territorios en violación a dicha declaración, éste carecería de fundamento como título jurídicamente válido para la adquisición de la soberanía. Asimismo el *uti possidetis*, vinculado a la sucesión de Estado, dispensaba al sucesor de la justificación de sus títulos para la adquisición de soberanía territorial¹². Esta concepción defensiva del principio que nos ocupa, tendría su aplicación inversa en el continente africano cuando las grandes potencias coloniales europeas se repartieron África a finales del siglo XIX. En ambos casos se califica a esta concepción como de defensa colectiva. El corolario de esta posición en América fue precisamente la formulación de la doctrina Monroe (1823) por parte de EE.UU.¹³ a la que se agregaron posteriormente las doctrinas Drago y Calvo. El fundamento de este principio también alcanzaba a la prevención del estallido de conflictos territoriales entre las nuevas repúblicas americanas.

Tal fue siempre la importancia de este principio que se lo relacionó también con el principio de integridad territorial del Estado, que vimos asomar ya en el art. 11 de la Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados (1933), en ocasión de la Séptima Conferencia Interamericana. Y lo vemos reaparecer en el art. 8 de la Carta de la OEA¹⁴.

¹² J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Paris, Pedone, 1975, pág. 53.

¹³ Que por lo demás obedecía también a otros objetivos de política exterior estadounidenses, como la competencia con Gran Bretaña por el gran mercado que se abría en nuestro continente, entre otros.

¹⁴ En este caso en un doble sentido: por una parte permite evitar que los territorios de estados latinoamericanos sometidos a la dominación colonial (caso de las Islas Malvinas) puedan invocar su independencia ante la OEA, y por otro lado que

Marcelo Kohen analiza este principio en una continuidad de lo que acabamos de decir afirmando que “*el uti possidetis es un primer paso en el camino de la prohibición de la conquista como medio de adquisición de la soberanía territorial y en consecuencia en vista de la prohibición del recurso a la fuerza entre estados*”¹⁵.

Este esfuerzo continuó con la Primera Conferencia Internacional Americana, reunida en Washington (1890) en la que se adoptó una resolución sobre el derecho de conquista, en cuyo art. 1 declara su eliminación del derecho público americano, mientras que el siguiente artículo niega validez jurídica a un tratado de cesión pudiera intentar blanquear un caso de conquista. La base fáctica de esta última posición estuvo en la finalización de la Guerra de la Triple Alianza entre Argentina, Brasil y Uruguay contra Paraguay, en la que se acordó que “la victoria no da derechos”. Otra oportunidad en que se observa también es en la Declaración de las Repúblicas Americanas de Washington de 1933 ante la Guerra del Chaco que enfrentó a Bolivia y Paraguay.

Por otra parte, en los prolegómenos de la Segunda Guerra Mundial, la Primera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Panamá 1939) adoptó la Resolución XVII la ocupación, en la que todo cambio de soberanía de un territorio americano sometido al control de un Estado no americano sería considerado peligroso para la seguridad del continente. La segunda Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores (La Habana, 1940) formuló por primera vez el derecho de autodeterminación de los pueblos.

Otro elemento a tomar en cuenta es la posición asumida por los países americanos, desde el sistema interamericano. Se observa con claridad en cuanto se atribuyeron la facultad de examinar la situación de las colonias de potencias extracontinentales, sin que esas potencias participaran de nuestro sistema, declarando que el principio de no intervención no se aplicaba respecto de las situaciones coloniales del nuevo continen-

ninguna entidad secesionista surgida en esas circunstancias pueda ser admitida en la Organización.

¹⁵ Marcelo KOHEN, *Débats, in Démembrements d'Etats et délimitations territoriales*, págs. 325-326. Disponible en: <https://dipot.ulb.ac.be/dspace/bitstream/2013/36131/5/demembrementcomplet.pdf>

te, en una evidente toma de posición frente a la calificación jurídica de las guerras de independencia libradas en América. Esta cuestión volvió a aparecer en el caso de las *Actividades militares y para-militares en y contra Nicaragua*¹⁶, en virtud del cual la situación de los territorios coloniales no se incluye en el dominio reservado de las potencias administradoras.

Serían éstos los antecedentes americanos que precedieron a la obra de las Naciones Unidas en la materia y las Res. 1514 (XV) y 2625 (XXV) ya citadas.

A modo de corolario de este apartado, y tal como veremos más adelante, es posible afirmar que en sus orígenes y hasta la creación de las Naciones Unidas, se vinculó al *uti possidetis juris* casi exclusivamente con la decisión política de las ex colonias iberoamericanas, y en ocasiones llevó a la discusión sobre la validez de los tratados celebrados por las potencias coloniales.

Pero la interpretación de este principio ya desde P. Guggenheim supera la estrechez de los límites establecidos por algunos autores que vinculan su validez a su inclusión en los tratados de límites “*sería un error limitar la cuestión a la interpretación de los tratados internacionales, [...] ella está en todos los procesos legislativos del derecho internacional, se trate de costumbres, convenciones, principios generales de derecho, decisiones judiciales, de resoluciones de los órganos de federaciones internacionales, de actos unilaterales o de otras reglas generales o especiales que pudieran ser creadas*”¹⁷. En efecto, se reconoce que en su aplicación práctica, este principio fue regulado por acuerdo entre las partes, aun en ocasiones en que autorizaban a un árbitro a modificar las divisiones administrativas españolas a la hora de resolver una cuestión que le era sometida por estados latinoamericanos.

¹⁶ C.I.J. Caso de las Actividades militares y para-militares en y contra Nicaragua. Sentencia 1986. Par. 206.

¹⁷ P. GUGGENHEIM, *Les principes de droit international*, RCADI, 1952, t. I, vol. 80, págs. 51-52.

IV. La actualidad del *uti possidetis juris*

El *uti possidetis*, primitiva recomendación política, se fue extendiendo progresivamente a medida que la descolonización se propagaba por los distintos continentes. Su naturaleza jurídica se fue densificando gradualmente, conforme a esas aplicaciones.

En nuestro continente, el *uti possidetis juris* permitió la solución de diversas disputas territoriales, al momento de la celebración de acuerdos entre las nuevas repúblicas americanas. Sin embargo, y más allá de su utilidad en el mantenimiento de la paz, su carácter de principio general fue aplicado por la Corte Internacional de Justicia ya en relación al proceso de descolonización africano:

*“The Chamber will first ascertain, by application of the principle uti possidetis juris, what the course of the intercolonial boundary was at the critical dates of independence in August 1960. Only then is it required, if necessary, to consider the documents of 1973 and 1974 relied on by Benin in order to determine whether they could validly have produced legal effects capable of affecting the course of the international boundary as previously defined, that is to say the boundary resulting from the uti possidetis of 1960”*¹⁸.

Sin embargo, ha continuado siendo discutido hasta tiempos recientes, como por el tribunal arbitral que resolvió sobre límites entre Dubai y Sharjai (1981), y la Corte Internacional de Justicia al expedirse en el caso Burkina Faso - Malí (1986):

“En esas circunstancias, la Sala no puede desconocer el principio de Uti Possidetis Juris, cuya aplicación da lugar a ese respeto de la intangibilidad de las fronteras [...] Aunque este principio fue invocado por primera vez en América Hispánica, no es una norma que pertenezca solamente a un sistema particular del Derecho Internacional, se trata de un principio de alcance general, conectado lógicamente al fenómeno de la obtención de la Independencia, donde quiera que

¹⁸ *Frontier Dispute (Benin/Niger), Judgment of July 12, 2005, I.C.J. Reports 2005*, par. 127, 46, 71, 140 y 141.

ocurra. Su finalidad obvia es impedir que la Independencia y la estabilidad de los nuevos estados sean amenazadas por luchas fratricidas provocadas por controversias fronterizas [...] El hecho de que los nuevos estados africanos hayan respetado el statu quo territorial que existía cuando obtuvieron la independencia no debe considerarse, por lo tanto, como una simple práctica, sino como la aplicación en África de una norma de alcance general que está firmemente establecida en cuestiones de descolonización; y la Sala no considera necesario demostrarlo a los efectos del caso.

El principio de Uti Possidetis Juris concede precedencia al título jurídico sobre la posesión efectiva como base de la soberanía. Su principal propósito es garantizar el respeto de los límites territoriales que existían en el momento en que se logró la independencia. Cuando esos límites no eran más que delimitaciones entre diferentes divisiones administrativas o colonias, sujetas todas ellas al mismo soberano, la aplicación de ese principio dio como resultado su transformación en fronteras internacionales [...] La obligación de respetar las Fronteras Internacionales preexistentes deriva de una norma general de Derecho Internacional relativa a la sucesión de los Estados”.

También lo aplicó en el caso sobre la *Determinación de la frontera marítima Guinea Bissau/Senegal*. C.I.J. (1991); en el *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime entre El Salvador et le Honduras* (1992); en la controversia fronteriza entre Benin y Niger (2005).

Asimismo se avanzó un poco más en el sentido del reconocimiento de la aplicación de este principio a situaciones diferentes a la descolonización como lo hizo la Comisión Badinter (1992) al fijar los límites entre Croacia y la República Federal de Yugoslavia¹⁹, y entre ésta y Bosnia - Herzegovina. Un nuevo caso fue planteado ante la disolución de Checoslovaquia.

Más recientemente este principio viene recibiendo un reconocimiento por la doctrina internacional que lleva a su aplicación en otras situaciones, no ya de descolonización. Así M. Kohen sostiene que:

¹⁹ Hasta 2003. Actualmente denominada Serbia y Montenegro.

“(…) les dernières décisions juridictionnelles relatives ou connexes à la souveraineté territoriale, ainsi que la situation créée à la fin de la guerre froide par l’émergence de nouveaux Etats indépendants, on fait en sorte que l’*uti possidetis*, jusqu’alors relégué le plus souvent à un rôle secondaire en matière de frontières latino-américaines, puis africaines, ait récemment pris un nouveau sor. C’est dire l’actualité du choix effectué”²⁰.

(…) De même, son applicabilité fut étendue aux cas d’accession à l’indépendance qui n’étaient pas issus de la décolonisation. En effet, au lendemain de l’effondrement de l’URSS et de la RSFY, les problématiques concernant la stabilité territoriale ressurgirent et l’on décida donc après quelques difficiles discussions de recourir au principe de l’*uti possidetis* (titre II) en ne le limitant plus strictement à son cadre juridique originel, la décolonisation²¹.

De todos modos, la aplicación de este principio en diferentes continentes parece haberse diferenciado, ya que, en la América hispana constituyó un símbolo más de la secesión de la potencia colonial, en el continente africano no sólo fue un símbolo de la liberación sino más bien un elemento estabilizador y resultado del afianzamiento del principio de auto-determinación de los pueblos.

V. El *uti possidetis* y temas vinculados

A poco de profundizar en el estudio de este principio, como ya quedó dicho más arriba, encontramos que desde sus orígenes se apoyó en el principio de integridad territorial y la existencia de reglas que prohíben la conquista y el colonialismo. La evolución posterior lo relacionó con otros temas conexos, que podrían aún vincularse al *derecho de secesión* o a la

²⁰ Marcelo KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, Puf, 1997, pág. 425.

²¹ Gaël ABLINE, *Sur un nouveau principe général du droit international: l’*uti possidetis**. Thèse de doctorat. École Doctorale d’Angers. 2006. <http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/33/97/55/PDF/abline.pdf>

intangibilidad de las fronteras heredadas, en ambos casos relacionados con la intertemporalidad del derecho aplicable.

En este punto cabe citar un interesante trabajo de M. Kohen²² en el que se puntualizan estas distinciones, habida cuenta de la influencia del transcurso del tiempo en el desarrollo del principio del *uti possidetis* y sus modernas aplicaciones.

Por otra parte, se considera que actualmente las fronteras constituyen auténticas zonas de contacto entre soberanías, así el principio que nos ocupa también implica un punto de contacto entre el derecho interno y el derecho internacional²³. Asimismo abre las puertas al problema del derecho inter-temporal. La discusión sobre este punto se fue abriendo paso a partir de diferentes opiniones consultivas²⁴, laudos²⁵ y sentencias²⁶, sin embargo no nos ocuparemos de él en esta oportunidad por exceder los alcances de este trabajo.

Aquí aparece una discusión fundamental que aún hoy enfrenta a la doctrina latinoamericana con la doctrina española. En efecto, para la doctrina latinoamericana el proceso de independencia, tradicionalmente ha sido considerado como un proceso de descolonización²⁷ cuando en realidad fue una auténtica secesión²⁸ partiendo de las discusiones planteadas en el ámbito político en las primeras instancias de nuestra independencia, es decir que estas tierras constituían colonias que se separaban de la metrópoli, contra la voluntad de ésta²⁹, conformando así nuevos

²² Marcelo KOHEN, "Le problème des frontières en cas de dissolution et de séparation d'états: quelles alternatives?", *Revue Belge de Droit International*, 1998/1, Éditions Bruylant, Bruxelles.

²³ Gaël ABLINE, *Sur un nouveau principe général du droit international: l'uti possidetis*, Tesis de doctorado, Universidad de Angers, Francia, 2006.

²⁴ CIJ, Opinión consultiva sobre Namibia, 1971.

²⁵ Max Huber, caso Isla de Palmas.

²⁶ CIJ, caso del Sudoeste africano, Sentencia del 18 de julio de 1966.

²⁷ Al margen de que en el siglo XIX no existiera el concepto de descolonización desarrollado con posterioridad.

²⁸ Así lo afirma Marcelo KOHEN en *Le problème des frontières en cas de dissolution et de séparation d'états: quelles alternatives?*, pág. 132. Sin embargo, aún hoy se encuentra abierto el interrogante acerca de si existe un derecho a la secesión.

²⁹ No en vano el general San Martín exigía la declaración de independencia que transformaría la campaña de los Andes en una verdadera guerra de independencia y que

estados, sin que ello implique la desaparición del Estado al cual pertenecían, en nuestro caso España. Este proceso estaba poniendo en evidencia la evolución del derecho internacional, a comienzos del siglo XIX, enfrentado a la realidad que se vivía en las colonias americanas en esa época. Dicha evolución quedaba patentizada en la discusión acerca de si las fuerzas armadas de las nuevas repúblicas habían emprendido una guerra de independencia o si constituían actos de rebelión, sometidos exclusivamente al derecho interno. Esta discusión se reiteró posteriormente en otros continentes.

Aun así, el *uti possidetis juris* quedó definitivamente vinculado a la secesión de nuestros territorios, más allá de su aplicación posterior como regla general de derecho, superando así el carácter de regla consuetudinaria latinoamericana que se le había atribuido. Por el contrario, la doctrina española aún hoy sostiene que estos territorios constituían provincias (no colonias) españolas³⁰. Así A. Remiro Brotóns³¹ dice: “*El uti possidetis juris aparece históricamente vinculado a la emancipación de las provincias americanas de la Corona de España*”, indicando que surge con posterioridad a esa emancipación en vistas de la necesidad de prevalecerse de los títulos españoles en la adquisición de la soberanía, con preeminencia sobre las efectividades, oponiéndose a la existencia de territo-

permitiría alguna relación con potencias extranjeras, en el sentido que ya señalaba E. de Vattel en 1824 en su obra *Derecho de gentes o principios de la ley natural, aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos*, tomo segundo, Capítulo IV. “*¡Hasta cuándo esperaremos a declarar nuestra independencia! ¡No le parece a Usted una cosa bien ridícula acuñar moneda, tener el pabellón y cocarda nacional y por último hacer la guerra al soberano de quien en el día se cree dependemos! ¿Qué nos falta más que decirlo? Por otra parte, ¿qué relaciones podremos emprender cuando estamos a pupilo? Los enemigos, y con mucha razón, nos tratan de insurgentes, pues nos declaramos vasallos... ¡Animo, que para los hombres de coraje se han hecho las empresas!*”, decía el general San Martín en su carta a Tomás Godoy Cruz del 12 de abril de 1812. Finalmente España reconoció la independencia argentina al firmarse el Tratado de Madrid del 21 de septiembre de 1863, ratificado por ambos estados al año siguiente.

³⁰ Esta posición fue largamente discutida al momento de la independencia de las nuevas repúblicas latinoamericanas, con fundamento jurídico y político en la ausencia de representación de las mismas ante los órganos gubernativos españoles al momento de la invasión napoleónica a la Península Ibérica.

³¹ ANTONIO REMIRO BROTONS y otros, *Derecho internacional público*, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 493.

rios *res nullius*, a lo que debe agregarse el apuntado rol estabilizador que desempeñó en las relaciones entre las nuevas repúblicas.

En consecuencia, nuestro proceso de independencia no constituyó descolonización sino secesión de un sujeto determinado, que subsiste hasta la actualidad, y contra la voluntad de éste. En esa línea de pensamiento entonces, el *uti possidetis juris* no se formuló originariamente para resolver cuestiones de descolonización sino para casos de secesión. Debemos detenernos en este punto en tanto el concepto de descolonización ni sus reglas existían en el siglo XIX y para diferenciarlo del concepto de secesión nos remitimos al Diccionario de Derecho Internacional Público:

*“S’agissant de la création d’Etats nouveaux par décolonisation, on n’emploie plus aujourd’hui le terme de sécession (comme à l’époque des colonies américaines) mais bien de droit des peuples à disposer d’eux-mêmes”*³².

Así, con toda sencillez precisa la distinción.

Queda fuera de discusión en este caso si existe un derecho de secesión, ya que si se trata de un hecho que afecta la integridad territorial del Estado, puede quedar en el ámbito estricto del derecho internacional, pero si se trata del ejercicio de un derecho a nivel interno, sería necesario analizar si en el caso concreto el territorio que ejerce la secesión estaba facultado internamente a separarse o no del todo. Esta última situación da pie a algunos autores para afirmar que el *uti possidetis* corresponde a un hecho político³³ y no constituye un principio de DI. Sin embargo, desde el momento en que los estados lo reconocieron como tal, sea a través de un tratado, o de una costumbre regional, abandonó el plano político para ingresar definitivamente en el ámbito jurídico.

Es en este ámbito donde apareció la dualidad que provocó arduas discusiones tanto jurídicas como políticas: *uti possidetis juris* o *uti possidetis de facto*.

En efecto, a menudo se introducen otros elementos en estas discusiones, relativas, entre otras, al concepto de título, o a la teoría de las efectividades, y en definitiva una permanente discusión entre las divisio-

³² *Dictionnaire de droit international public* (sous la direction de J. Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, págs. 1021-1022.

³³ Gaël ABLINE, *Sur un nouveau principe général du droit international: l’uti possidetis*, pág. 92.

nes internas de los respectivos dominios coloniales y las fronteras internacionales entre sistemas coloniales.

En primer lugar, y de lo que no hay dudas, es que estamos hablando del concepto de territorio de un Estado, sea cual fuere su condición jurídica, y constituye éste un punto central en la discusión, ya que no es posible pensar en el territorio fuera del Estado.

Por otra parte, la doctrina nacida en nuestro continente, principio que nos ocupa en este trabajo, no se aplicaba originariamente más que a discusiones planteadas en esta parte del mundo en la que existían territorios sometidos a dos sistemas coloniales: español y portugués.

El *uti possidetis juris* surgió como una necesidad de fundamentar jurídicamente el derecho de las nuevas repúblicas sobre determinados territorios adquiridos por España. En este caso la independencia de las ex colonias españolas tomaría como base las respectivas divisiones administrativas para conformar su territorio. Es decir transformando en internacionales dichos límites, al momento del comienzo de los respectivos procesos de independencia³⁴. Se trataba de territorios conquistados por España en nuestro continente, que respondían a una división administrativa propia de la potencia colonial.

Por su parte, el *uti possidetis de facto* se aplicaba a las fronteras internacionales entre los sistemas coloniales español y portugués, y la posible influencia sobre las nuevas repúblicas americanas, incluyendo a Brasil como ex colonia portuguesa. En este caso se trataba de fronteras internacionales en virtud de los tratados celebrados entre España y Portugal, que continuaban siendo internacionales. Ahora bien, la validez de éstos era discutida por el hecho de la modificación operada en el sujeto soberano y en aplicación de la doctrina de las efectividades³⁵ y de las fronteras vivas, en una etapa en la evolución del DI en que aún estaba aceptado el uso de la fuerza como medio de adquisición de territorios³⁶.

³⁴ 1810 para América del Sur, 1821 para América Central.

³⁵ Así lo hizo Malí en el caso Burkina Faso/Malí, 1986. Contramemoria, págs. 34-37.

³⁶ J. BARBERIS en *La conception brésilienne de l'uti possidetis, Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, 1999, págs. 60-62. Sostiene que Brasil utilizó esta posición sólo respecto de países iberoamericanos, no lo aplica respecto de terceros Estados y simplemente se refiere a la posesión. Disponible en:

Como un paréntesis en este punto cabe agregar que esta interpretación del principio que nos ocupa se utilizó solamente respecto de las ex colonias españolas en América, ya que Brasil invocó el Tratado de Utrecht de 1713 que fijaba la frontera franco-lusitana, en este caso invocando los tratados firmados entre Portugal y España en 1750 y 1777 en una controversia con la Guayana francesa; hizo lo mismo respecto de Gran Bretaña en el diferendo por la Guayana británica y también lo aplicó en la controversia con Gran Bretaña por la Isla de Trinidad, invocando en este caso el reconocimiento de su derecho por el Almirantazgo inglés en 1782.

Con la prevalencia del *uti possidetis juris* sobre el *uti possidetis de facto* se produjo un desarrollo paulatino, transitando desde los acuerdos políticos celebrados por los estados interesados, pasando por la conformación de una costumbre regional, para transformarse en un principio de derecho internacional general, como lo reconociera la CIJ en el caso Burkina Faso - Malí ³⁷.

Ese tránsito se fue adaptando también a la evolución del DI en tanto, hasta la creación de las Naciones Unidas, éste admitía la existencia de territorios bajo colonialismo, en consecuencia los principios vinculados a la descolonización no constituían sino doctrinas aún huérfanas de una consagración jurídica, dado que textualmente el sistema vigente respondía a “*una misión sagrada de civilización*” ³⁸.

El punto de inflexión entonces para la adquisición del territorio por los nuevos estados se produce en el momento en que éstos surgen como tales. Ese sería el momento en que queda fijado el derecho que completa la expresión *uti possidetis juris*, superando así definitivamente la discusión con la posición brasileña respecto del *uti possidetis de facto*.

Fue recién de la mano de las Naciones Unidas que el colonialismo fue declarado contrario a los fines y principios de la ONU, y particular-

http://books.google.com.ar/books?id=iCFdGa4W9A0C&pg=PA49&lpg=PA49&dq=Barberis+en+La+conception+br%C3%A9silienne+de+l%E2%80%99uti+possidetis&source=bl&ots=S0zkQ9nRRA&sig=SUK-rkobSiwyuDppx_rhx0vyubw&hl=es-419&sa=X&ei=8fTyU7AaitigBI3wgsAK&ved=0CCMQ6AEwAQ#v=onepage&q=Barberis%20en%20La%20conception%20br%C3%A9silienne%20de%20l%E2%80%99uti%20possidetis&f=false

³⁷ CIJ en el caso Burkina Faso/Malí, Sentencia 1986, par. 370-371.

³⁸ Art. 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones.

mente de las Res. 1514 (XV) y 2625 (XXV), entre otras, con las que se avanzó en el reconocimiento del derecho de autodeterminación de los pueblos. Es en esta etapa que se produjo una aplicación diferente del principio que nos ocupa, ya no en vinculación con la secesión de las ex colonias iberoamericanas, sino con las colonias africanas que a su vez habían formado parte de diferentes sistemas coloniales encabezados por potencias europeas. Cabe recordar que muchas de estas colonias fueron adquiridas por éstas³⁹ en un período de la evolución del DI en el que ya en nuestro continente se había formulado el principio que nos ocupa.

En esta nueva etapa no fue la decisión de los estados implicados en una controversia territorial bilateral la que aplicó el *uti possidetis juris*, sino que partió de la Carta de la Organización para la Unidad Africana (1964), es decir del conjunto de los estados que la conformaron, y ya no bajo la forma que venimos estudiando sino formulado como el *principio de intangibilidad de las fronteras heredadas* (art. 4 b).

Las razones de esta toma de posición conjunta se acercan más a la necesidad de dar estabilidad⁴⁰ y de seguridad⁴¹ en la posesión del territorio de los débiles nuevos Estados, erigidos a imagen y semejanza de las potencias coloniales, y ya no como medio de oposición a nuevas adquisiciones territoriales por parte de esas potencias europeas, como había ocurrido en nuestra América.

Por otra parte, en la evolución que venimos analizando nos llama la atención la función de las fronteras, tanto a nivel de derecho interno como internacional. Decimos esto atento surge con caracteres propios la temporalidad de los límites de los territorios sometidos a colonialismo, como

³⁹ Con un rol determinante en la Conferencia de Berlín de 1885.

⁴⁰ La CIJ declaró así en su sentencia en el caso Burkina Faso/Mali de 1986 en su razonamiento sobre el *uti possidetis*: “*En réalité le maintien du statu quo territorial en Afrique apparaît souvent comme une solution de sages se visant à préserver les acquis des peuples qui ont lutté pour leur indépendance et à éviter la rupture d’un équilibre qui ferait perdre au continent africain le bénéfice de tant de sacrifices. C’est le besoin vital de stabilité pour survivre, se développer et consolider progressivement leur indépendance dans tous les domaines qui a amené les Etats africains à consentir au respect des frontières coloniales et à en tenir compte dans l’interprétation du principe d’autodétermination des peuples*”. CIJ, Rec. §25, pág. 567.

⁴¹ Tanto jurídica como de hecho, resultado de la consolidación y estabilización de las fronteras.

ocurriera en África, en la medida que de una estabilidad adquirida durante la dominación colonial, se transitó hacia las modificaciones producidas por la sucesión de estados al producirse el proceso de descolonización⁴². De allí la importancia que adquirió para ese continente la enunciación del *principio de intangibilidad de las fronteras heredadas* y el *principio de estabilidad de las fronteras*⁴³. Así el *uti possidetis juris* fue reconocido como un principio general en materia de descolonización, precisamente en relación a lo establecido por la Carta de la Unión Africana⁴⁴.

Esto nos lleva a preguntarnos si el principio de *uti possidetis juris* realmente coincide con el *principio de intangibilidad de las fronteras heredadas*.

Para intentar dilucidar este interrogante, es importante volver sobre la posición adoptada por los países africanos en la Carta constitutiva de la Organización para la Unidad Africana, en la que no existe referencia al *uti possidetis juris* sino al de *integridad territorial* de las nuevas repúblicas, y esta posición fue compartida el mismo año por la Conferencia de El Cairo de los países No Alineados. Trascendió así al continente africano para extenderse a Estados de todos los continentes. De esa forma, pasaron de la garantía del principio de integridad territorial a la afirmación del de intangibilidad de las fronteras, sin agotar, desde luego el problema de su determinación.

En este orden, J. Salmon⁴⁵ sostiene que la intangibilidad de las fronteras reúne cuatro significados:

El primero prohíbe discutir el título jurídico sobre el que se apoya una frontera, en cuyo caso se reconoce la validez jurídica de los títulos a través de los cuales la potencia colonizadora adquirió esos territorios;

⁴² Georges Abi Saab, lo cita como el *principio de la estabilidad y de la finalidad de las fronteras*. G. ABISAAB, *La pérennité des frontières en droit international, Relations internationales*, 1990, N° 63, págs. 345.

⁴³ Diferendo territorial Libia/Chad. CII, *Rec.* 1994, par. 72, pág. 37.

⁴⁴ Corte Internacional de Justicia. Caso Burkina Faso /Malí. 1986, par. 370-371.

⁴⁵ J. Salmon: “*Ainsi comme quatrième entrée à l’expression “intangibilité des frontières”, il écrit : “Par extension, inviolabilité des frontières, c’est-à-dire interdiction de porter atteinte à l’intégrité territoriale d’un Etat en franchissant sa frontière par la force”*”. J. SALMON, “Changement et droit international public”, *Mélanges Rigaux Nouveaux itinéraires en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pág. 590.

El segundo reenvía a la situación de la consolidación internacional de las fronteras internacionales o de los límites heredados de la colonización;

El tercero se ejerce en el ámbito de la sucesión en materia de tratados de fronteras, protegiéndolo así de violación por parte de otros sujetos internacionales. Se diferencian así la liberación, que se considera justa por luchar contra el colonialismo, de la secesión, que violenta el principio de integridad territorial del Estado.

El cuarto es confuso ya que mezcla la inviolabilidad de las fronteras con la integridad territorial.

De acuerdo con este razonamiento entonces es posible aplicarlo a la atomización de antiguos estados del Este europeo luego de la disolución de la ex URSS, como un caso de secesión sin la supervivencia de la antigua unidad política.

Otro de los vínculos que apuntamos más arriba es la relación del principio que nos ocupa con la *intangibilidad de las fronteras heredadas*, concepto éste que emerge de la Carta de la Organización de la Unidad Africana (OUA) de 1964. En efecto, la situación de los nuevos estados africanos, difiere de la que llevó a la independencia de nuestras repúblicas latinoamericanas, tanto por la condición jurídica de los territorios africanos como por la evolución operada durante más de cien años por el Derecho Internacional. Así vemos que África había sido objeto de partición entre las grandes potencias coloniales del siglo XIX a través de acuerdos internacionales⁴⁶, lo que lleva cualquier discusión al respecto a la órbita de la sucesión internacional en materia de tratados atento a que las potencias coloniales acordaron los límites entre sus respectivos dominios en el continente africano.

Por una parte, en Iberoamérica los tratados de Madrid del 13 de enero de 1750 y de San Ildefonso de septiembre de 1777, celebrados entre dos potencias coloniales, España y Portugal, constituyeron una base firme para la aplicación del *uti possidetis juris* con posterioridad a la independencia de nuestras nuevas repúblicas. Mientras que producida la independencia de Estados Unidos se acordaron sus límites con su vecino del Sur (México), directamente entre el nuevo Estado y España, con la

⁴⁶ Acta General de la Conferencia de Berlín de 26 de febrero de 1885.

celebración del Tratado Adams Onís ⁴⁷. En este caso no se trataba de un acuerdo entre dos potencias coloniales sino entre una república, emergida de la secesión de otra potencia colonial, y España que continuaba siéndolo.

Avanzando un poco más en este razonamiento vemos que la CIJ deja implícito el *uti possidetis juris* en el concepto de *intangibilidad de las fronteras heredadas* emanada de la Carta de la OUA y aplicada por la CIJ en el caso *Burkina Faso - Mali* (1986) y de la *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea Bissau y Senegal* (1989), de lo que se desprende que ambos no coinciden estrictamente sino que podríamos decir que el segundo es una evolución del primero y coloca el acento en los casos particulares de los estados africanos, surgidos como consecuencia de ese proceso de descolonización. Además, este proceso tuvo a su favor la existencia de límites mucho más precisos, en territorios ya descubiertos y sometidos efectivamente a la potencia colonial, en ocasiones con base en acuerdos mutuos.

Ahora bien, nuevas discusiones se plantearon en ocasión de la atomización de estados antes integrantes de la Unión Soviética. De hecho en este caso no se trata de la secesión de antiguas colonias, cuya potencia colonial subsiste, sino de la desintegración de estados que, a su vez, se encontraban organizados internamente, como ocurría con las repúblicas que integraban la ex Yugoslavia, cuyos límites ya estaban precisados por normas internas y acuerdos previos entre dichas repúblicas.

Es de destacar que en la independencia de esas nuevas repúblicas se discutió el principio de *respeto de las fronteras heredadas*, que por vía inductiva la doctrina europea lo asocia con el *uti possidetis juris*, cuando se advierte nuevamente que no coinciden estrictamente, al menos en ese caso. Sin embargo, fuerza es reconocer, que esas discrepancias podrían obedecer a falsas interpretaciones del principio que nos ocupa.

⁴⁷ También conocido como *Transcontinentalidad de 1819-1821* y antiguamente llamado *Tratado de amistad, arreglo de diferencias y límites entre su Majestad Católica el Rey de España y los Estados Unidos de América* o *Tratado de La Florida* (1819-1821) fue firmado entre España y Estados Unidos para establecer la frontera entre éste y el entonces virreinato de Nueva España. Definió posteriormente la frontera entre los Estados Unidos y México. Disponible en:

http://books.google.es/books?id=ersCAAAAYAAJ&printsec=titlepage&source=gbs_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

En primer lugar, todo acuerdo que implique el establecimiento de fronteras internacionales más allá de sus fundamentos jurídicos, responde a la decisión política de las partes de celebrar ese acuerdo. Fue así en los orígenes de este principio en nuestro continente americano, a menudo por acuerdos bilaterales, y continuó siéndolo en ocasión de la creación de la Organización para la Unidad Africana, como una toma de posición común por parte de los nuevos estados africanos y no se advierte por qué no pueda aplicarse de la misma forma al surgimiento de nuevos estados como en el caso de los de reciente independencia en territorio europeo.

A continuación se plantea el grado de obligatoriedad en la aplicación de este principio.

Como decíamos, originariamente se lo interpretó como una costumbre regional americana, sin embargo cuando fue recogido por los estados africanos, abandonó esa calificación para transformarse en otro tipo de fuente del DI como es el carácter de principio, tal como lo reconociera la CIJ, más allá de las discusiones que tal resolutorio ha generado. En este punto cabe poner de relieve que en ambos casos se trató de solucionar pacíficamente controversias planteadas respecto de la delimitación de los respectivos territorios, y no estaban en discusión otros principios del DI como la soberanía estatal, su integridad territorial o la prohibición del uso de la fuerza. Asimismo es necesario agregar que en el caso americano, no sólo se aplicó el *uti possidetis juris* para resolver diferendos territoriales, sino que tanto la doctrina cuanto los tribunales actuantes en cada caso debieron resolver controversias aún en defecto de su aplicación⁴⁸. El objetivo es la solución pacífica de una controversia, en la que puede no ser aplicable el *uti possidetis juris*, pero si otras fuentes del DI.

A diferencia de ambas situaciones, la posible aplicación a los más recientes procesos de independencia del Este europeo no se apoya exclusivamente en el *uti possidetis juris* sino en la celebración de acuerdos asegurando el respeto de la integridad territorial⁴⁹. Es de observar que

⁴⁸ Surge con claridad de la sentencia dictada por la C.I.J. en 2012 en el caso Nicaragua c/ Colombia en su disputa territorial y marítima, par. 59 y ss. En este caso ante la solicitud de Nicaragua de aplicar el *uti possidetis juris* a la delimitación de espacios marítimos inexistentes en la etapa colonial, al menos en su delimitación.

⁴⁹ Así ocurrió respecto de Bosnia-Herzegovina, según la Declaración Común del 11 de abril de 1992, Boletín CE 4-1992, pág. 87; Boletín CE 1/2-1993, pág. 103. También

en todas las cuestiones planteadas en la región la discusión de fondo no era el respeto de las fronteras heredadas sino de la integridad territorial, contra modificaciones impuestas por la fuerza de lo que da sobrada cuenta la Res. 713 del Consejo de Seguridad que dice:

“Soulignant qu’aucun ne conquête ou modification territoriale réalisée par la violence en Yougoslavie n’est acceptable”.

Posteriormente en una declaración común hecha pública por la CE y los EE.UU. dice también:

“... le respect de tous les frontières existantes tant internes qu’externes, et l’entente de les changer par des moyens pacifiques uniquement et avec l’accord des parties concernées”.

Se identifican así tres requisitos fundamentales para resolver la situación existente entre los países de la región: a) el respeto de las fronteras existentes; b) la resolución por medios pacíficos, y c) el acuerdo de partes.

Esta toma de posición parece postular que, mal o bien, existe una regla que impone el respeto de los límites existentes cualquiera sea su naturaleza o función⁵⁰, dejando a salvo el derecho de los estados en la controversia para modificar dichos límites por acuerdos pacíficos.

En definitiva el problema lo planteaba en este caso el uso de la fuerza, no el principio aplicable, ya que éste, como norma general de derecho, no puede admitir la violación de otro principio como es la prohibición del uso de la fuerza. El *uti possidetis juris* se apoya así en otro principio como es el de la *integridad territorial del Estado*, con base en su soberanía, su independencia política. No se discute tampoco el origen de esos derechos, ya que las condiciones establecidas originariamente en nuestro subcontinente, han quedado superadas por su aplicación en situaciones

para Croacia en la cuestión de Krajina. Boletín CE 5-1992, pág. 113; Boletín UE 1/2-1995, pág. 117; Boletín UE, 5-1995, pág. 58.

⁵⁰ Barbara DELCOURT, “L’application de l’*uti possidetis juris* au démembrement de la Yougoslavie: règle coutumière ou impératif politique?”, *Revue Belge de Droit International*, 1998-1, Bruxelles, Bruylant, pág. 99. Disponible en:

<http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201998/RBDI%201998-1/Dossier/RBDI%201998.1%20-%20pp.%2070%20%C3%A0%20106%20-%20Barbara%20Delcourt.pdf>

distintas, entre ellas la atomización de Estados y el surgimiento de nuevas unidades políticas sin relación con situaciones de colonialismo.

Este último caso reabre viejas discusiones sobre la aplicación del principio que nos ocupa. La doctrina podrá resolverlas con base en los derechos de las partes implicadas en cada controversia y de los principios a los que también hicimos referencia más arriba.

VI. Conclusiones

Para cerrar con esta apretadísima síntesis de un tema tan profundo como es el principio de *uti possidetis juris* es importante remarcar la coherencia americana respecto de la soberanía territorial. En efecto, con el surgimiento de este principio como fundamental en la materia, se estaba rechazando la posibilidad de que existieran territorios *res nullius* que pudieran ser objeto de ocupación en nuestro continente.

Esta temprana enunciación preanunciaba el reconocimiento del principio de integridad territorial del Estado, al principio de no intervención y sus limitaciones en relación con los territorios bajo colonialismo como quedó dicho más arriba, y dando origen posteriormente al principio de *inviolabilidad, intangibilidad y estabilidad de las fronteras heredadas*, o la autodeterminación de los pueblos.

Estos principios influyeron posteriormente en el sistema creado por las Naciones Unidas y aplicado inicialmente al proceso de descolonización que se produjo en la segunda mitad del siglo XX, pero un nuevo cuestionamiento surgió ante la atomización de estados producida luego de la desaparición de la ex Unión Soviética.

La nueva situación volvió a poner en discusión su aplicación a casos de secesión, lo que ha movido a la doctrina a volver sus pasos sobre situaciones ya planteadas en América hace más de un siglo. Es así que esta nueva situación vuelve a dejar abiertas discusiones de antigua data en el derecho internacional.

EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU IMPACTO EN EL RÉGIMEN ARGENTINO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ¹

THE PROGRESSIVENESS PRINCIPLE OF HUMAN RIGHTS AND ITS IMPACT ON ARGENTINIAN STATE RESPONSIBILITY REGIME

*Magdalena García Elorrio **

Resumen: El cuestionamiento central que motiva este trabajo es reflexionar sobre cuál ha sido la hermenéutica en torno al alcance del principio de progresividad de los derechos humanos en el plano internacional y cómo ha incidido la misma en el régimen argentino de responsabilidad del Estado.

Palabras-clave: Principio de progresividad - Derechos Humanos - Hermenéutica - Plano internacional - Responsabilidad a nivel nacional argentino.

Abstract: The central question that motivates this paper is to reflect on what has been the hermeneutics on the scope of the progressiveness principle of human rights at the international level and how it has affected the Argentine regime of State responsibility.

Keywords: Principle of Progressiveness - Human Rights - Hermeneutics - International level - Argentine State responsibility.

Sumario: I. Introducción. II. Principio de progresividad de los derechos humanos. III. Esquema jurídico argentino de responsabilidad del Estado por omisión. IV.

¹ Trabajo presentado para su publicación el 1 de agosto de 2014 y aprobado el 11 de septiembre de 2014.

*Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacionales de Córdoba- Argentina, Magister en Género e Igualdad por la Universidad de Murcia-España, Magister en Relaciones Internacionales y Derecho Internacional Instituto Universitario y de Investigación Ortega y Gasset-Madrid, Becaria Doctoral Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conicet) en la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y de Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

Incidencia del principio de progresividad y su interpretación en el régimen de responsabilidad. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

El principio de progresividad (y no regresividad) de los derechos humanos implica que los Estados están obligados a adoptar las medidas apropiadas para lograr la efectividad de los derechos humanos de sus nacionales (y/o extranjeros) de forma progresiva y hasta el máximo de sus recursos disponibles. Este principio se encuentra en, por lo menos, tres tratados internacionales de derechos humanos (TIDH) de los que es parte la República Argentina: art. 26 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), art. 2.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y art. 4 de la Convención de los Derechos del Niño. Todos los tratados mencionados tienen, a partir de la reforma constitucional de 1994, jerarquía constitucional conforme lo expone el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Argentina.

En este marco, el principio de progresividad se traduce en una obligación concreta a cargo de los distintos órganos del Estado (principalmente legislativo y ejecutivo) e implica que éstos tienen la obligación de adoptar medidas apropiadas que materialicen los derechos humanos previstos en los tratados. La violación de esta obligación genera responsabilidad tanto en el plano interno como en el plano internacional. En ambos casos, el primer problema que se presenta al momento de la determinación de la existencia o no de ilicitud en la conducta del Estado es de índole interpretativo. Algunos de los principales interrogantes son: ¿Qué medidas deben considerarse apropiadas? ¿Qué es apropiado? ¿Cuándo debe entenderse que el Estado usó el máximo de los recursos disponibles? ¿Basta usar los recursos disponibles o incide el uso debido de éstos?

El cuestionamiento central que motiva este trabajo es reflexionar sobre cuál ha sido la hermenéutica en torno al alcance del principio de progresividad en el plano internacional y cómo ha incidido en el régimen argentino de responsabilidad del Estado. Sabemos que conforme nuestro sistema jurídico, el Estado es responsable de los perjuicios causados como consecuencia de su omisión o del ejercicio irregular de sus obligaciones legales. El art. 1112 del Código Civil (C.C.) dispone que los funcionarios públicos responden por los hechos y las *omisiones* en el ejercicio de sus

funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas. Y el art. 1074 del C.C. prescribe que “toda persona que por cualquier *omisión* hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”. Si la obligación omitida por el Estado es aquella que subyace al principio de progresividad ¿cómo debieran interpretarse las normas en juego para determinar la responsabilidad o no del Estado? ¿Cuáles serían los lineamientos interpretativos a tener en cuenta?

El presente trabajo se efectuará a partir de los siguientes ejes de análisis: principio de progresividad de los derechos humanos, esquema jurídico argentino de responsabilidad del estado por omisión e incidencia del principio de progresividad y su interpretación en el régimen de responsabilidad. Nuestro objetivo general es contribuir a la consolidación del principio de progresividad y facilitar su utilización en el plano interno.

II. El principio de progresividad de los derechos humanos

1. Alcance del principio de progresividad

El principio de progresividad de los derechos humanos está previsto en el art. 26, Capítulo III de la Convención Interamericana de Derechos Humanos referido a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) ² y establece que: “Los Estados Partes se comprometen a adop-

² Los tratados y/o declaraciones de derechos humanos a los que se les ha asignado jerarquía constitucional son los siguientes: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. El resto de los Tratados tiene jerarquía superior a las leyes de la Nación pero están por debajo del llamado “bloque de convencionalidad”.

tar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr *progresivamente* la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, *en la medida de los recursos disponibles*, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Asimismo, el Pacto Internacional de DESC³ establece en su art. 2.1 que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar *medidas*, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales especialmente económicas y técnicas, hasta el *máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente*, por todos *los medios apropiados*, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Si bien, el sentido y alcance de los artículos parece simple, la realidad es que los términos que los conforman (*logro progresivo, máximo de los recursos disponibles, medios apropiados*) han dado lugar a distintas interpretaciones tanto al momento de su creación como de su aplicación. Los conceptos medulares que integran el principio de progresividad varían en el caso concreto y requieren ser constantemente definidos. No obstante, la labor hermenéutica de distintos entes internacionales ha contribuido a fijar ciertas pautas que deben ser tenidas en cuenta al momento de interpretar dichos conceptos. A continuación vamos a analizar algunas de ellas.

1.1. La realización progresiva y la obligación de garantizar un mínimo esencial

En el caso del Pacto Internacional de los DESC, el Comité de DESC es el órgano interpretativo por excelencia. En su Observación N° 3 de 1990, dicho Comité interpretó los alcances del art. 2.1 del Pacto y sostuvo que “el concepto de *realización progresiva* constituye un reconocimien-

³ Firma: 19 febrero 1968; ratificación: 8 agosto 1986; entrada en vigor: noviembre 1986.

to del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo”. Según el Comité, la noción de *progresividad* no implica privar a la obligación de todo contenido significativo sino afirmar que hasta tanto cada Estado Parte pueda hacer efectivo todos los DESC, les corresponde una “obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”. En este sentido, el Comité ha entendido que “un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto”⁴.

La exigencia de un mínimo internacional, ya había sido enunciada en el Principio N° 25 del instrumento sobre “Principios de Limburgo para la implementación de los DESC” de 1987^{5 6 7}. Conforme lo expone dicho

⁴ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, ‘Report on the fifth session, (26 november-14 december 1990), Annex III General Comment No. 3 (1990) on: The nature of States parties obligations (art. 2. para. 1 of the Covenant), págs. 83-87.

⁵ Los mencionados Principios habían sido elaborados por el Comité Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de Limburgo y el Centro de Derechos Humanos Urban Morgan de Estados Unidos en 1987.

⁶ The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, [UN doc. E/CN.4/1987/17, Annex; and Human Rights Quarterly, vol. 9 (1987), págs. 122-135].

⁷ Lo expuesto fue reiterado en una reunión posterior en 1997 que fue convocada por la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), el Instituto de Derechos Humanos *Urban Morgan* (Cincinnati, Ohio, EE.UU.) y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Holanda). En dicha reunión participaron 30 y fue realizada en Maastricht entre el 22-26 de enero de 1997. El resultado de esa reunión fue el documento titulado: “Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights” que dispone de un apartado sobre *availability of resources* que prevé: “10. In many cases, compliance with such obligations may be undertaken by most States with relative ease, and without significant resource implications. In other cases, however, full realization of the rights may depend upon the availability of adequate financial and material resources. Nonetheless, as established by Limburg Principles 25-28, and confirmed by the developing jurisprudence of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, resource scarcity does not relieve States of certain minimum obligations in respect of the implementation of economic, social and cultural rights”.

Principio, los “States parties are obligated, regardless of the *level of economic development*, to ensure respect for *minimum subsistence rights* for all”. Lo expuesto significa que la *progresividad* no exime al Estado de un estándar de comportamiento que garantice el sustrato esencial de los DESC. Ahora, el contenido de ese estándar no está predeterminado sino que es el Estado el que tiene que adoptar la decisión política ⁸ en torno de cuáles son las medidas que considera más apropiadas para efectivizar los derechos. Sin embargo, como veremos, al momento de evaluar su razonabilidad en una instancia internacional, esos estándares nacionales pueden ser comparados con estándares internacionales y la proximidad o no de los estándares nacionales a los internacionales puede ser una de las causales para considerar irrazonable la medida nacional.

1.2. *Las crisis económicas no son eximentes de responsabilidad*

Las normas comentadas también sientan las bases para excluir la posibilidad de que la situación económica desfavorable de un Estado pueda ser utilizada como una excusa o defensa en caso de atribución de responsabilidad. Este último tema también ha sido profundizado por el Comité de DESC en la mencionada Observación N° 3. Refiriéndose concretamente a la crisis económica que puedan padecer algunos Estados Partes, el Comité deja en claro que “aun en tiempos de *limitaciones graves de recursos*, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión eco-

⁸ El Comité lo expresa en su declaración de 2007 al sostener: “11. In its assessment of whether a State party has taken reasonable steps to the maximum of its available resources to achieve progressively the realization of the provisions of the Covenant, the Committee places great importance on transparent and participative decision-making processes at the national level. At all times the Committee bears in mind its own role as an international treaty body and the role of the State in formulating or adopting, funding and implementing laws and policies concerning economic, social and cultural rights. To this end, and in accordance with the practice of judicial and other quasi-judicial human rights treaty bodies, the Committee always respects the margin of appreciation of States to take steps and adopt measures most suited to their specific circumstances” (Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, Thirty-eighth session, 30 April - 18 May 2007, An evaluation of the Obligation to take steps to the “‘Maximum of available resources’ under an Optional Protocol to the Covenant Statement”, E/C.12/2007/1, 10 may 2007, para. 11, pág. 4).

nómica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de *programas de relativo bajo costo*”⁹.

Igualmente se ha expedido el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 5 sobre “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”¹⁰ de 2003 en relación al art. 4 de la Convención. Dicho artículo exige que los Estados adopten medidas administrativas, legislativas, y demás “hasta el máximo de los recursos de que dispongan”¹¹. En este sentido observó el Comité que:

“La segunda frase del artículo 4 refleja la aceptación realista de que la falta de recursos, financieros y de otra índole, puede entorpecer la plena aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales en algunos Estados; esto introduce la idea de la ‘*realización progresiva*’ de tales derechos: los Estados tienen que poder demostrar que han adoptado medidas ‘hasta el máximo de los recursos de que dispongan’ y, cuando sea necesario, que han solicitado la cooperación internacional”¹².

“*Sean cuales fueren sus circunstancias económicas*, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas posibles para dar efectividad a los derechos del niño, prestando especial atención a los grupos más desfavorecidos”¹³.

⁹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “Report on the fifth session”, ob. cit., nota 3, pág. 86.

¹⁰ Comité de los Derechos del Niño, 34° período de sesiones, 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003, Observación General N° 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, págs. 1-23. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/455/17/PDF/G0345517.pdf>. Fecha de consulta: 10 de junio de 2014.

¹¹ Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

¹² Comité de los Derechos del Niño, ob. cit., nota 4, pág. 4.

¹³ Idem.

1.3 Máximo de los recursos disponibles se refiere a los recursos económicos-financieros

La fórmula “*máximo de los recursos disponibles*” tampoco está exenta de discusiones. Uno de los interrogantes que se desprende de su enunciación es que alcance tiene la noción de *recursos disponibles*. ¿Se refiere sólo a recursos económico-financieros o alcanza otros recursos de otra naturaleza? (*i.a.*: recursos humanos, normativa vigente, políticas públicas). Si analizamos las definiciones de *recursos* que otorga la Real Academia Española (RAE) observamos que este cuestionamiento es legítimo, en tanto que dicho término puede ser tanto un “medio de cualquier clase que, en caso de necesidad, sirve para conseguir lo que se pretende”, como “bienes, medios de subsistencia” o “conjunto de elementos disponibles para resolver una necesidad o llevar a cabo una empresa (recursos naturales, hidráulicos, forestales, económicos, humanos)”¹⁴. Es decir, desde un plano restrictivo, *recursos* puede ser interpretado como los bienes o medios de subsistencia económico-financiera que dispone un Estado. En este supuesto, los *recursos* son un medio para alcanzar otro fin, que está dado por la implementación de medidas que permitan garantizar los derechos (dictado de leyes, implementación de políticas públicas). Por el otro lado, desde un plano más amplio, el término *recursos* puede ser considerado como la totalidad de recursos de que dispone el Estado para cumplir sus fines (legales, económicos, humanos, tecnológicos, naturales).

La distinción hermenéutica efectuada en el párrafo anterior, es importante en términos de atribución de responsabilidad al Estado. En el primer caso, se deberá valorar, como decíamos anteriormente, si el Estado adoptó medidas, si las medidas adoptadas son apropiadas y si éstas son las que debía adoptar el Estado teniendo en cuenta el máximo de sus *recursos*. Que las medidas sean apropiadas es una exigencia del art. 2.1 del Pacto Internacional de DESC y del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cada Estado debe decidir cuáles son las medidas que considera apropiadas, pero en caso de controversia dicho

¹⁴ Diccionario de la RAE consultado el día 10 de junio de 2014 en su sitio web: <http://lema.rae.es/drae/?val=recursos>

carácter será evaluado en la instancia internacional¹⁵. En el contexto de los artículos citados, revestir carácter de “medidas apropiadas” significa que éstas sean capaces de lograr la efectividad de los derechos que buscan materializar. Aun cuando el resultado no se alcance, lo determinante es que la medida en sí misma sea apropiada para ese resultado. En el segundo caso, se deberá evaluar si se adoptaron medidas y si son apropiadas pero teniendo en cuenta no sólo sus *recursos* económicos sino valorando toda la estructura del Estado (recursos humanos, tecnológicos, etc.).

Si bien, como sostuvimos en el párrafo anterior, en los artículos citados se exige que los medios empleados por el Estado para hacer efectivos los derechos humanos sean “apropiados”, el art. 8.4¹⁶ del “Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de DESC” exige que las medidas adoptadas sean “razonables”¹⁷ y que este test de razonabilidad sea efectuado por el Comité de los DESC¹⁸. Al respecto, el Comité de DESC ha soste-

¹⁵ B. GRIFFEY, “The ‘Reasonableness’ Test: Assessing Violations of State Obligations under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Law Review* 11:2, 2011, pág. 284.

¹⁶ Artículo 8.- Examen de las comunicaciones: 1. El Comité examinará las comunicaciones que reciba en virtud del artículo 2 del presente Protocolo a la luz de toda la documentación que se haya puesto a su disposición, siempre que esa documentación sea transmitida a las partes interesadas. 2. El Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo. 3. Al examinar las comunicaciones recibidas en virtud del presente Protocolo, el Comité podrá consultar, según convenga, la documentación pertinente procedente de otros órganos, organismos especializados, fondos, programas y mecanismos de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales, incluidos los sistemas regionales de derechos humanos, y cualesquiera observaciones y comentarios del Estado Parte interesado. 4. Al examinar las comunicaciones recibidas en virtud del presente Protocolo, el Comité considerará hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte de conformidad con la parte II del Pacto. Al hacerlo, el Comité tendrá presente que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto.

¹⁷ Respecto a las discusiones en el seno del Comité en torno a la inclusión o no del test de razonabilidad, véase: C. MAHON, “Progress at the Front: The Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Law Review* 8:4, 4 November 2008, págs. 636-637.

¹⁸ Argentina ratificó el Protocolo en 2011.

nido ¹⁹ que el test de razonabilidad debe efectuarse teniendo en cuenta los siguientes factores: “(a) the extent to which the measures taken were deliberate, concrete and targeted towards the fulfillment of economic, social and cultural rights; (b) whether the State party exercised its discretion in a non-discriminatory and non arbitrary manner; (c) whether the State party’s decision (not) to allocate available resources is in accordance with international human rights standards; (d) where several policy options are available, whether the State party adopts the option that least restricts Covenant rights; (e) the time frame in which the steps were taken; (f) whether the steps had taken into account the precarious situation of disadvantaged and marginalized individuals or groups and, whether they were non-discriminatory, and whether they prioritized grave situations or situations of risk”.

Por nuestra parte consideramos que la noción de *recursos disponibles* hace referencia a recursos económicos-financieros y no a todos los recursos que dispone el Estado. Creemos que lo que pretende esta disposición normativa es evitar que la valoración de si un Estado ha cumplido o no su obligación de garantizar los derechos humanos, se efectúe sin la debida distinción entre países desarrollados y países en vías de desarrollo. Si un Estado no dispone de normativa idónea para garantizar un salario digno y equitativo, no podrá alegar que hizo lo que podía en el máximo de sus recursos disponibles (en sus recursos legales no estaba esta previsión por ejemplo) porque lo que debiera haber hecho es afectar su presupuesto y diagramar su política a la creación de una norma al respecto. En este caso, no es que el Estado no haya cumplido con la fórmula del “máximo de recursos disponibles”, es que no cumplió con lo primero que debía hacer que es adoptar medidas apropiadas. Lo expuesto puede observarse en la Declaración de 2007 del Comité de DESC respecto a los factores que han de valorarse para determinar la procedencia o no de la carencia de recursos alegada por el Estado. En este sentido el Comité ha señalado los siguientes factores: “(a) the country’s level of development; (b) the severity of the alleged breach, in particular whether the situation concerned the enjoyment of the minimum core content of the Covenant; (c) the

¹⁹ Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, Thirty-eighth session’, ob. cit., nota 7, pár. 8, pág. 3.

country's current economic situation, in particular whether the country was undergoing a period of economic recession; (d) the existence of other serious claims on the State party's limited resources; for example, resulting from a recent natural disaster or from recent internal or international armed conflict (e) whether the State party had sought to identify low-cost options; and (f) whether the State party had sought cooperation and assistance or rejected offers of resources from the international community for the purposes of implementing the provisions of the Covenant without sufficient reason"²⁰.

Si observamos con atención, los factores previstos en los apartados a), c), e) y f) se refieren específicamente a la situación económica del Estado (grado de desarrollo, recesión económica, medidas de bajo costo y cooperación internacional, respectivamente). El apartado d) introduce una consideración específica en torno de la existencia de situaciones extraordinarias que limiten aún más la disponibilidad de recursos por parte del Estado (desastre natural, conflicto interno, etc.) y que de cierta manera expliquen la carencia de recursos o la afectación de los recursos a ciertas cuestiones específicas (*i.a.*: construcción de viviendas después de un tsunami). El factor b) hace mención al mínimo esencial que debe garantizar cada Estado, del que no queda eximido por la carencia de recursos.

Además, si analizamos atentamente la redacción del art. 26 del DESC observamos que hay una distinción entre *recursos disponibles* y *medios* a implementar o crear con esos recursos, al sostener en artículo mencionado que los Estados Partes se comprometen a adoptar "providencias" (medios) "en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Es decir, hay una relación de medios y fines, en tanto los recursos facilitan la implementación de los medios para cumplir ciertos fines (medidas a adoptar). Asimismo la utilización de la expresión "en la medida" o "hasta el máximo" tiene por fin delimitar el alcance de la obligación de adoptar medidas. Es decir, el Estado tiene que adoptar medidas para hacer efectivos los derechos pero estas medidas no son ilimitadas sino que se limitan a los recursos económicos disponibles.

Esta posición no es unánime. Por el contrario, autores como Skogly han defendido la posición opuesta, al sostener que la fórmula *recursos*

²⁰ Ibidem, pará. 10, pág. 3.

disponibles también alcanza a todos los recursos del Estado y no solo los recursos económicos ²¹. A diferencia de lo que consideramos en este artículo, Skogly equipara los términos medios (*means*) y recursos (*resources*): “The article provides that States shall use ‘all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures’ for this purpose. Thus implementation requires using *resources* (‘*means*’) that go beyond budgetary allocations, and that States use all resources creatively in this endeavour” ²².

Consideramos que Skogly está pensando el principio de progresividad exclusivamente desde la posición del particular titular de derecho humano que exige al Estado a través de este Principio, que utilice todos sus recursos (naturales, humanos, tecnológicos) para hacer efectivos sus derechos. Pero, el sentido de la inclusión de la fórmula en los artículos citados al comienzo de esta apartado es que la obligación del Estado de efectivizar derechos no sea considerada en términos absolutos sino que se ajuste a la capacidad económica real del Estado.

1.4. La fórmula del “máximo de recursos disponibles” incluye el uso de los recursos

La cuestión del *uso* de los recursos disponibles no subyace directamente de los artículos analizados pero también fue incluida en los “Principios de Limburgo”. El principio 27 y el 28 establecieron respectivamente: “In determining whether adequate measures have been taken for the realization of the rights recognized in the Covenant attention shall be paid

²¹ Específicamente sostiene Skogly: “Article 2(1) of the ICESCR asks for the utilisation of the ‘maximum of available resources’, not ‘maximum of available financial or economic resources’. Therefore, it is pertinent to look to *other aspects of resources* than what is contained in the national budgets and how this is distributed among the various national ministries. More effective and targeted use of the existing available financial and non-financial resources may on the one hand make up for lack of economic resources, and on the other be more sustainable in the long term” (SKOGLY S., “The Requirement of Using the ‘Maximum of Available Resources’ for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?”, *Human Rights Law Review*, Oxford University Press, 27 September 2012, p.404).

²² *Ibidem*, pág. 405.

to *equitable and effective use* of and access to the available resources” (Principle 27).

“In the *use of the available resources* due priority shall be given to the realization of rights recognized in the Covenant, mindful of the need to assure to everyone the satisfaction of subsistence requirements as well as the provision of essential services” (Principle 28).

Igual criterio ha sostenido la Observación N° 3 del Comité en caso de que sea el Estado el que quiera eximirse de responsabilidad alegando que utilizó el máximo de los *recursos disponibles*. Expresamente dispuso el Comité que: “In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it *must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition* in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations”²³. “11. The Committee wishes to emphasize, however, that even where the available resources are demonstrably inadequate, the obligation remains for a State party to strive to ensure the widest possible enjoyment of the relevant rights under the prevailing circumstances. Moreover, the obligations to monitor the extent of the realization, or more especially of the non-realization, of economic, social and cultural rights, and to devise strategies and programmes for their promotion, are not in any way eliminated as a result of resource constraints. The Committee has already dealt with these issues in its General Comment No. 1 (1989)”²⁴.

Al respecto, compartimos la introducción de la idea de uso de los recursos disponibles, en tanto, si bien la asignación de fondos es un acto político soberano de cada Estado es importante que el *uso* que se otorgue a los recursos disponibles sea efectivo y apropiado. No basta con afectar los recursos disponibles sino que es preciso que los mismos sean usados eficientemente. El mismo análisis es aplicable respecto de las medidas que debe adoptar el Estado. Esas medidas deben ser apropiadas para el fin pero una vez puestas en marcha deben ser diligentemente utilizadas.

²³ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “Report on the fifth session”, ob. cit nota 3, pág. 86.

²⁴ Idem.

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el principio de progresividad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no se ha expedido en múltiples casos sobre el principio de progresividad²⁵. Uno de los pocos casos fue el de “Cinco Pensionistas Vs. Perú” donde la Comisión IDH había presentado una demanda contra Perú alegando, entre varias violaciones a los derechos humanos, la violación del art. 26 sobre desarrollo *progresivo*. El sustrato fáctico-jurídico sobre el que la Comisión IDH fundaba su demanda se basaba en que un grupo de pensionistas habían sido víctimas de la modificación regresiva del régimen de pensiones del que gozaban. Por medio del decreto-ley N° 25792, “se había producido un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas conforme al decreto ley N° 20530 y sus normas conexas”, ya que la nueva normativa imponía a los pensionistas un tope sustancialmente inferior al monto de la pensión nivelable que percibían antes del mencionado decreto.

En este caso la CIDH entendió que Perú no había violado el art. 26 de la Convención. La interpretación de la CIDH en este caso, es que la situación de un número reducido de personas no puede ser considerada como un parámetro determinante para concluir que el Estado es responsable por la violación del principio de progresividad previsto en ambas normas citadas y sostuvo que: “147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y *no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pen-*

²⁵ Véase también: CIDH, “Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes jubilados de la Contraloría) vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia de 1 de julio de 2009, págs. 31-34.

*sionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”*²⁶.

El punto que nos parece interesante destacar es que, tal y como lo hemos observado, en materia de DESC, el criterio del Comité de DESC como intérprete autorizado del Pacto de DESC es que las crisis económicas internas de los Estados pueden ser valoradas en el plano internacional para justificar que ciertos derechos de esta índole no hayan sido debidamente alcanzados. No obstante, el Comité entiende que los Estados permanecen obligados a garantizar un mínimo esencial de los DESC y que siempre es posible adoptar políticas públicas de bajo costo tendientes a dar una respuesta al problema concreto.

Este criterio que parece seguirse en materia de DESC, no ha sido sostenido por la CIDH respecto a los derechos civiles previstos en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷ y a los supuestos de crisis socio-políticas y humanitarias en la esfera interna. En este marco la CIDH ha sido categórica al establecer que las situaciones de crisis interior no justifican el incumplimiento de los derechos en la esfera internacional. En el asunto “Masacre de Mapiripán vs. Colombia” (2005) la Corte aseveró que “las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obliga-

²⁶ CIDH, Caso “Cinco Pensionistas vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia de 28 de febrero de 2003, pág. 64.

²⁷ En este ámbito de los derechos humanos, la CIDH ha dado estricto cumplimiento a lo previsto en las dos Convenciones de Viena de Derecho de los Tratados (1969 y 1986 respectivamente) que prohíben que una Parte invoque disposiciones de derechos interno para intentar justificar el incumplimiento de un tratado. El art. 27 de la Convención prevé que: El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46. Con igual criterio se ha expedido la Comisión de Derecho Internacional (CDI), cuando analizaba la fuerza mayor como causal de exclusión de la ilicitud estableció que no estarían comprendidas “las circunstancias en las que el cumplimiento de una obligación se haya vuelto más difícil, por ejemplo debido a una crisis política o económica. Tampoco abarca situaciones provocadas por el descuido o la ineficacia del Estado interesado aún si en sí mismo el perjuicio resultante fue accidental y no intencional” (véase: *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Document A/56/10: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 april-1 june and 2 july-10 august 2001, págs. 27-31).

ciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente”²⁸. Es de observar que, en el “Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname” (2005) la CIDH atemperó dicha afirmación al decir que esas condiciones, “generalmente no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones”²⁹. En el Caso “García Asto y Ramírez Rojas” (2005), la CIDH reiteró que las condiciones de dificultad no liberan al Estado de las obligaciones que se desprende de la Convención pero aceptando posibles excepciones “salvo en los casos en ella misma establecidos”³⁰.

En el Caso de las “Hermanas Serrano Cruz” la CIDH se expidió respecto de los supuestos de conflicto armado no internacional y la posibilidad de oponer estas circunstancias como causal de exclusión de ilicitud: “(...) el Estado no puede cuestionar la plena vigencia de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, con fundamento en la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional. La Corte estima necesario reiterar que la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional no exonera al Estado de observar sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana a todas las personas bajo su jurisdicción, así como tampoco suspende su vigencia”³¹.

Con igual criterio, en su voto razonado sobre el caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia” (2006) el juez Cançado Trindade ha sostenido que “las supuestas o alegadas dificultades de orden interno son un simple hecho, y no eximen los Estados Partes en tratados de derechos humanos de la responsabilidad internacional por el no-cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas”. Asimismo el juez Cançado Trindade en su voto razonado de la resolución interpretativa del caso *El Amparo vs. Venezuela* estableció que: “14. En definitivo no se puede

²⁸ CIDH, Caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia (Fondo, reparaciones y costas)”, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, pág. 140, párr. 238.

²⁹ CIDH, Caso de la “Comunidad Moiwana vs. Suriname (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y Costas)”, Sentencia de 15 de junio de 2005, pág. 66, párr. 153.

³⁰ CIDH, Caso “García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 170.

³¹ CIDH, Caso de las “Hermanas Serrano Cruz (Excepciones preliminares)”, Sentencia 23 de noviembre de 2004, pág 41, párr. 118.

legítimamente esperar que dichas disposiciones convencionales se “adapten” o se subordinen a las soluciones de derecho constitucional o de derecho público interno, que varían de país a país, y aún menos a ordenamientos particularmente circunscritos, y de aplicación por definición especial o limitada, como lo son las legislaciones militares y relativas a los fueros militares. La Convención Americana, además de otros tratados de derechos humanos, buscan, a *contrario sensu*, tener en el derecho interno de los Estados Partes el efecto de perfeccionarlo, para maximizar la protección de los derechos consagrados, acarreado, en este propósito, siempre que necesario, la revisión o revocación de leyes nacionales -particularmente las de excepción- que no se conformen con sus estándares de protección”.

III. El esquema jurídico tradicional de la responsabilidad por omisión en Argentina

1. Derecho aplicable a la responsabilidad del Estado por omisión: cuestión controvertida

Sabemos que el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho argentino es una cuestión compleja³². Esta complejidad está dada principalmente por la interacción, no siempre pacífica, entre las distintas ramas del derecho interno que se arrojan su regulación (*i.a.* civilistas *vs* administrativistas), las discusiones teórico-filosóficas entre los distintos doctrinarios sobre su fundamento y alcance y los criterios hermenéuticos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y reiterados por un sinfín de tribunales inferiores de todo el país. Asimismo, los aportes de los tribunales inferiores también han contribuido al establecimiento de pautas interpretativas en la materia³³ creando una

³² Ramón Daniel PIZARRO, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Astrea, 2013, t. 1, pág. 59.

³³ Ya veremos que en el caso *Torres, Francisco*, de la Corte Suprema de Mendoza, la sentencia fija ciertos requisitos para la procedencia de la responsabilidad por omisión.

sinergia normativa bastante particular. La Constitución Nacional (CN) argentina no contiene ninguna disposición expresa sobre la responsabilidad del Estado. No obstante, se ha sostenido³⁴ que ésta subyace implícitamente de una diversidad de artículos constitucionales y del mismo Estado de derecho democrático. El art. 16 de la CN contempla el principio de igualdad de las cargas públicas³⁵ y el art. 17 prevé la inviolabilidad del derecho a la propiedad³⁶. La conjunción de ambos artículos permite concluir que para la CN argentina, la responsabilidad del Estado por daños a particulares derivados de la función pública legítima³⁷ o ilegítima, está respaldada constitucionalmente y se funda en que ninguna persona debe resultar perjudicada de forma desigual ya sea en su persona o propiedad, por la actividad del Estado. Asimismo, se ha defendido³⁸ que la responsabilidad del Estado se desprende de la interpretación a *contrario sensu* de lo previsto en los arts. 36³⁹ y 29⁴⁰ de la CN que en conjunto prevén que los actos de autoridades ilegítimas serán nulos y conllevarán la res-

³⁴ Véase Julio ALTAMIRA GIGENA, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pág. 89; Ramón D. PIZARRO, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, ob. cit., nota 31, pág. 119.

³⁵ “Artículo 16 CN.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

³⁶ “Artículo 17 CN.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”.

³⁷ Santiago G. TAWIL, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 25.

³⁸ Carlos A. ECHEVESTI, *et la.*, *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, págs. 179-180.

³⁹ Agustín GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 11ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2013, t. 2, Capítulo XIX, pág. 6.

⁴⁰ “Artículo 29.- El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la

ponsabilidad de quienes los ejecuten y no del Estado. En sentido contrario se ha interpretado que los actos derivados de actividades legítimas generan responsabilidad del Estado ⁴¹.

En materia de legislación de fondo ⁴², el Código Civil (CC) argentino consagra un doble régimen de responsabilidad del Estado: la responsabilidad contractual y la extracontractual ⁴³. La responsabilidad contractual

suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”. “Artículo 36.- Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

⁴¹ A diferencia con lo que sucede en el ámbito nacional, en el plano provincial, varias constituciones sí disponen normativas expresas sobre la responsabilidad de las provincias. A modo de ejemplo podemos citar la Constitución de Misiones que prevé en su artículo 80 que: “Las provincias y sus agentes son responsables del daño que estos causaron a terceros por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones”.

⁴² La legislación de fondo es competencia del Congreso de la Nación conforme prevé el artículo 75 inc. 12 de la CN: Artículo 75 inc. 12: “Artículo 75.- Corresponde al Congreso:... 12. Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

⁴³ Artículo 1107 del CC: “Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal”.

es entendida por la mayoría de la doctrina como aquella que surge por incumplimiento de una obligación proveniente de un contrato ⁴⁴. Mientras que la responsabilidad extracontractual ⁴⁵ es aquella que nace como consecuencia de la violación de un deber genérico de no dañar. Actualmente un sector ⁴⁶ de la doctrina argentina reconoce una tendencia a la unificación de ambas modalidades de responsabilidad (contractual y extracontractual). No obstante, esa categorización sigue a la fecha, vigente.

En la esfera estrictamente administrativa, también se emplea la categorización entre responsabilidad contractual y extracontractual. Sin embargo, no existe en el derecho argentino una norma de derecho público que regule específicamente ⁴⁷ la cuestión la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión en el ejercicio de sus funciones. En ese marco, la jurisprudencia de la CSJN ha establecido ⁴⁸ ⁴⁹ que la responsa-

⁴⁴ Algunos prestigiosos civilistas argentinos como Pizarro sostiene una tesis más amplia y hablan de “responsabilidad por incumplimiento obligacional”, al entender que “*la responsabilidad contractual deviene cuando el comportamiento del sujeto viola un deber jurídico impuesto por una obligación jurídica preexistente, específico y determinado, tanto en relación al objeto como al sujeto obligado, cualquiera que sea su fuente generadora. Si bien se admite que el contrato es el principal motivo de estas obligaciones, no se descarta la existencia de obligaciones emergentes de otras posibles causas (v.gr. obligaciones legales) cuyo incumplimiento también esta alcanzado por la denominada responsabilidad contractual*” (véase: Ramón D. PIZARRO, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, ob. cit. nota 31, pág. 119).

⁴⁵ La responsabilidad extracontractual del Estado fue admitida en el caso “Tomás Devoto y Cía. S. A. c/ Gobierno Nacional”, CSJN, 22 de septiembre de 1933, Fallos 169:11.

⁴⁶ Alterini establece que hay una tendencia a la unificación de ambos tipos de responsabilidad (véase: Atilio ALTERINI, *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pág. 50; Atilio ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA, *Temas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1995, págs. 13-14.

⁴⁷ Ello no obsta, como veremos, que parte de la doctrina considere que existen normas de derecho público insertas en el CC.

⁴⁸ CSJN, Caso “Vadell Jorge F. vs. Prov. de Buenos Aires”, 18 de diciembre de 1984, Fallos 306:2030.

⁴⁹ Carlos E. COLAUTTI, *Responsabilidad del Estado: problemas constitucionales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, págs. 50-96.

bilidad del Estado en el ámbito del derecho público, debe regularse mediante la aplicación “subsidiaria”^{50 51} de las normas del CC⁵².

Las normas del CC que han sido aplicadas analógicamente han sido principalmente⁵³ tres. El art. 43 que establece que las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. El art. 1112 que dispone que los funcionarios públicos responden por los hechos y las *omisiones* en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas. Y el art. 1074 que contempla la responsabilidad por simple omisión y a tenor literal expone que “toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.

La utilización de las normas del CC para resolver controversias vinculadas con la responsabilidad del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas, ha traído consigo múltiples discusiones doctrinarias en torno a cuál es el fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad estatal. En este sentido, consideramos que si bien la jurisprudencia de la CSJN ha contribuido a clarificar la normativa aplicable en esta materia, el sustrato jurídico sobre el que se asienta la responsabilidad del Estado continua siendo una cuestión discutida entre civilistas y administrativistas argentinos⁵⁴. Resulta imposible detenernos a detallar los alcances de dichas

⁵⁰ Compartimos la crítica que hace Hutchinson respecto del uso del término “subsidiario” y entendemos que no se trata de una aplicación subsidiaria sino analógica de las normas de derecho civil (Tomás HUTCHINSON, *Tratado jurisprudencial y doctrinario, Derecho administrativo, Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. 1, vol. 7, pág. 93).

⁵¹ CSJN, “G. 383. XL. ORIGINARIO Gatica, Susana Mercedes c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 22 de diciembre de 2009, pág. 29.

⁵² Antes de que la Corte adoptase esta visión se presentaba el obstáculo normativo del art. 43 del CC que fue posteriormente derogado por la ley 17.711 que establecía que “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños aunque sus miembros en común o sus administradores individualmente hubieran cometido delitos que redunden en beneficio de ellos”.

⁵³ Hay jurisprudencia donde se aplicó el art. 1113 referido a la responsabilidad por los dependientes.

⁵⁴ Entre las principales posiciones doctrinales argentinas puede destacarse la posición de Altamira Gigena que sostiene que la CN debiera reformarse e incluir una

discusiones, basta para este trabajo manifestar que los extremos mencionados continúan siendo actualmente discutidos y constituyen un segmento medular en el contenido del “Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” que se está discutiendo hoy⁵⁵ en la Argentina y que prevé, entre otras modificaciones, que la responsabilidad del Estado no será regulada mediante la aplicación de las normas del CC.

2. Los presupuestos normativos y jurisprudenciales de la responsabilidad por omisión

Dejando atrás la discusión mencionada en el párrafo anterior, nos interesa centrarnos en cuáles son los presupuestos normativos que prevé

cláusula expresa de responsabilidad del Estado. Mientras eso no sucede acepta la aplicación analógica de las normas de CC (Julio ALTAMIRA GIGENA, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., nota 8, pág. 94). Cassagne sostiene una posición más radical y defiende que el art. 1112 del CC es una norma de derecho público inserta en el CC y que la utilización del art. 1074 se justifica en una aplicación analógica (Juan C. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, 5ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. 1, pág. 298). Contrariamente, Hutchinson enseña que el art. 1112 no es una norma de derecho público y que el régimen de responsabilidad del Estado es una creación jurisprudencial frente a la ausencia de una norma de derecho público específica cuya creación es competencia de las provincias y no de la Nación. Si bien la postura de Hutchinson es que la regulación de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuación en el ámbito del derecho público corresponde al derecho administrativo, admite la aplicación analógica de las normas de derecho civil. Desde su condición de administrativista adopta una visión más conciliadora y establece que “*las diferentes teorías públicas y privadas para fundamentar la responsabilidad estadual a pesar de sus particularidades no son siempre excluyentes o contradictorias pudiendo complementarse y regir en orden simultáneo o subsidiario*” (véase: Tomás HUTCHINSON, *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho administrativo, Responsabilidad del Estado*, ob. cit., nota 24, págs. 79-93). Pizarro también adopta una posición moderadora y sostiene que el régimen de responsabilidad del Estado puede ser regulado por normas de derecho privado y normas de derecho público conjuntamente (Ramón D. PIZARRO, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, ob. cit., nota 31, págs. 156-180).

⁵⁵ La importancia y actualidad del tema se pone en evidencia en el tópico de las 5^{as}. *Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo* que trataron sobre la Responsabilidad del Estado y de los agentes estatales, en Buenos Aires en abril de 2014.

el CC para la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión y cuáles han sido las interpretaciones que de ellos ha ido haciendo la jurisprudencia argentina.

Retomando lo previsto en el art. 43 del CC hemos sostenido que toda persona jurídica y por tanto, el Estado, responde por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Este primer presupuesto refiere a la imputación jurídica del hecho al funcionario o agente público. Para que el Estado tenga la obligación de responder por quienes lo administran es necesario que el funcionario a quién se le atribuye el daño haya actuado “en ejercicio o con ocasión de sus funciones”.

En relación con los demás presupuestos, el art. 1112 del CC establece que el funcionario incurre en responsabilidad si por su *omisión*, cumple irregularmente las obligaciones que le han sido impuestas. A estos efectos, la CSJN ha entendido que dicho artículo regula la responsabilidad extracontractual del funcionario y la responsabilidad extracontractual del Estado por actos ilegítimos⁵⁶. Con respecto al tipo de responsabilidad que vincula al Estado y a sus agentes, la Corte ha enfatizado que “no se trata de una responsabilidad indirecta, dado que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”⁵⁷.

Influenciada por la doctrina francesa de la *faute de service*, la Corte ha interpretado que dicha normativa hace referencia a la noción objetiva de *falta de servicio* que responsabiliza al Estado por el cumplimiento irregular o deficiente de un servicio público⁵⁸ y no por la culpa subjetiva del agente. En este sentido, afirmamos con Cassagne que la noción de servicio público no refiere al “*concepto estrictamente técnico que hace*

⁵⁶ La responsabilidad extracontractual del Estado es concurrente con la responsabilidad personal del funcionario público (véase: Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado”, *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, Argentina, ed. UNSTA, 1982, págs. 77-78)

⁵⁷ CSJN, “Zacarias, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros | sumario (Z-15.XXIII-O.)”, 28-abr-1998, *MJ-JU-E-12537-AR* | *EDJ12537*, pág. 4.

⁵⁸ *Idem*.

a una de las clasificaciones de las formas o modos de la actuación administrativa sino una idea más amplia que comprende toda actividad jurídica o material emanada de los poderes públicos que constituye la función administrativa” ⁵⁹.

Para la Corte, lo que deberá tenerse en cuenta al momento de la determinación de la falta o no de servicio es la naturaleza de la actividad, la razonabilidad de los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. La idea de “lazo que une a la víctima con el servicio” refiere ineludiblemente a la cuestión del tipo de mandato determinado e indeterminado que ha sido impuesto al Estado en relación a la víctima al que nos referiremos en el párrafo siguiente.

Conforme hemos expuesto, la aplicación del art. 1112 exige que el funcionario cumpla de forma irregular o deficiente las obligaciones que le han sido impuestas. El alcance de la expresión “las obligaciones que han sido impuestas” es una de las cuestiones que ha sido interpretada en el ámbito jurisprudencial. En el caso “Mosca Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires Provincia de (Policía Bonaerense)” ⁶⁰ el actor había iniciado una acción de daños y perjuicios en razón de un accidente que había sufrido durante un partido de fútbol. Entre los demandados, figuraba la Provincia de Buenos Aires por haber incurrido “en negligencia e impericia por no resguardar el orden público y garantizar la vida y la integridad física de la comunidad dentro del estadio y fuera de él” ⁶¹.

En el caso objeto de análisis, la Corte entendió que la Provincia de Buenos Aires había actuado razonablemente en el ejercicio de las funciones de seguridad y por tanto, no se había configurado la falta objetiva de servicio. La existencia de un mero poder de policía a cargo del Estado nacional o provincial, no fue considerada suficiente por la Corte. Lo que nos interesa resaltar de esta sentencia es que la CSJN contribuyó a aclarar el alcance de las “obligaciones impuestas” al introducir la distinción entre los mandatos expresos y los indeterminados o genéricos:

⁵⁹ Juan C. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, ob. cit., nota 53, pág. 276.

⁶⁰ CSJN, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires Provincia de (Policía Bonaerense)”, 6/3/07, págs. 1-26.

⁶¹ *Ibidem*, pág. 6.

Respecto del último supuesto corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expuestos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar ⁶².

Aunque no lo exponga de forma expresa la Corte, la referencia a “las consecuencias generalizables de la decisión a tomar” alcanza la valoración sobre las implicancias económicas que tiene para la comunidad en su conjunto, la adopción de las medidas necesarias para prevenir el daño al particular. Consideramos que el criterio económico incide sin dudas en la decisión del tribunal. En el fallo posterior “Parisi de Frezzini c/ Laboratorios Huilen y otros daños y perjuicios” (2009), la CSJN explicitó la necesaria vinculación entre el sacrificio personal y la utilidad de la comunidad al sostener que: “Por lo demás, sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería *no sólo insoportablemente costosa para la comunidad*, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende la actora, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonable (argumento de Fallos: 330:563, aplicable *mutatis mutandi* al *sub lite*)” ⁶³.

Advertida la hermenéutica del máximo tribunal argentino, es posible observar que la responsabilidad del Estado en el marco del art. 1112 requiere la existencia de un ejercicio irregular de un servicio o función administrativa, la existencia de un mandato expreso o de un mandato genérico pero con ponderación de algunos extremos (bienes jurídicos protegidos, consecuencias generalizables, razonabilidad de los medios emplea-

⁶² Ibidem, pág. 8.

⁶³ CSJN, “Parisi de Frezzini c/ Laboratorios Huilen y otros | daños y perjuicios”, 20/10/09, MJ-JU-M-50972-AR, pág. 5.

dos), la existencia de daño y un nexo causal entre el ejercicio irregular de la función administrativa y el daño.

Finalmente, es necesario profundizar los alcances del art. 1074. Decíamos que dicha norma establece que toda persona que por cualquier *omisión* hubiese ocasionado un perjuicio a otro, es responsable solamente cuando una disposición de la ley le impone la obligación de cumplir el hecho *omitido*. A diferencia de la letra del art. 1112, el art. 1074 establece que para que haya omisión del Estado, es preciso que una “disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho *omitido*”. Es el hecho omitido el que debe estar específicamente determinado. Podría darse el caso de cumplimiento irregular de una función administrativa sin que exista una norma específica que prevea una obligación de realizar el hecho omitido a cargo de la administración y por tanto, no sea posible fundar la responsabilidad del Estado en el artículo 1074. En este sentido, Cassagne ha señalado que la omisión antijurídica procede cuando existe una obligación legal expresa o implícita, ya sea que la misma esté dispuesta en una ley o en otras fuentes como la costumbre y los principios generales del derecho, y no un deber genérico y difuso ⁶⁴.

Un punto importante a destacar es que el art. 1074 alcanza sólo la simple omisión y no la comisión por omisión. La primera categoría de hecho ilícito por omisión significa “no hacer algo que le es exigible según los principios del ordenamiento jurídico integralmente considerado” ⁶⁵. Mientras que la segunda hay un efecto prohibido por la ley (*i.a.*: matar) y la omisión constituye un medio para la comisión de aquello que está prohibido ⁶⁶.

En este marco es necesario citar el célebre fallo “Torres, Francisco c/ Prov. de Mendoza” (1989) de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza ⁶⁷ donde la Corte mendocina dispuso que para que el Estado

⁶⁴ Juan C. CASSAGNE, *Derecho administrativo* 7ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. 1, pág. 301.

⁶⁵ Ramón D. PIZARRO, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, ob.cit., nota 31, pág. 392.

⁶⁶ *Ibidem*, págs. 392-393.

⁶⁷ Si bien esta sentencia no ha sido dictada por una Corte provincial y no por la CSJN, dicha doctrina ha sido aceptada y reiterada en múltiples casos de responsabilidad por omisión como parámetros hermenéuticos válidos para determinar la procedencia o no de la responsabilidad del Estado por omisión.

sea responsable por omisión en el ejercicio del poder de policía, no era necesario que la obligación sea expresa sino la convergencia de tres requisitos: a) la existencia de un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa; así por ej., cualitativamente es interés prevaleciente la vida, la salud de las personas, los intereses exclusivamente patrimoniales, será menester un análisis cuantitativo. b) La necesidad material en actuar para tutelar interés. c) La proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigne en el accionar⁶⁸.

El caso citado trataba sobre la procedencia o no de una acción de daños y perjuicios, motivada en que durante el año 1981 una gran crecida había arrasado una defensa aluvional construida por la Provincia de Mendoza, destruyendo la propiedad y bienes del actor. El demandante alegaba que el Estado Provincial había omitido la realización de determinadas obras hidráulicas necesarias para prevenir los daños. En la resolución de caso, la jueza Kemelmajer de Carlucci entendió que no podía deducirse ni de la Constitución Provincial ni del CC ninguna obligación legal o garantía que obligase al Estado a realizar las obras y que las normas alegadas por la parte demandante sólo constituían deber genéricos que legitimaban el ejercicio del poder de policía.

Asimismo, estableció que no se cumplía el requisito de la proporcionalidad entre el sacrificio personal de los daños a la propiedad y la utilidad común en términos de costos económicos que debía soportar la comunidad para la ejecución de las obras. En este sentido entendió que: “no se puede dudar de las influencias recíprocas que existen entre derecho y economía, de modo que la solución jurídica no puede ser económicamente impracticable, pero a su vez, no es posible subordinar la respuesta requerida por la justicia a limitaciones económicas”. En su comentario al fallo citado, Cassagne acogió positivamente la posición de Kemelmajer de Carlucci y estableció que “siendo el conflicto de intereses de la misma naturaleza el actor debió haber acreditado que la omisión era abusiva o en su caso la inexactitud de la incidencia económica de las obras en el presupuesto provincial como lo sostuvo la demandada”⁶⁹.

⁶⁸ Ver Giovanni DUNI, *Lo stato e la responsabilita patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1986, pág. 55 y ss.

⁶⁹ Juan C. CASSAGNE, “La responsabilidad del Estado por omisión” (en referencia al caso: SC Mendoza, 1989/04/04, Torres Francisco c/ Provincia de Mendoza), en Tomás

De todo lo expuesto se desprende que los presupuestos esenciales de la responsabilidad por omisión son los siguientes: 1) imputación jurídica del hecho a un funcionario público en ejercicio o en ocasión de sus funciones, 2) ejercicio irregular de un servicio y/o actividad del Estado que este impuesta por mandato expreso o indeterminado. En este último caso valoración de intereses protegidos, de las consecuencias de la decisión, razonabilidad de los medios empleados (art. 1112) u omisión de un hecho previsto en una norma expresa o implícita que se desprenda de la existencia de un interés normativamente relevante que requiera ser tutelado y el sacrificio del particular sea proporcional a la utilidad de la comunidad (art. 1074), 3) la existencia de daño y 4) nexo causal entre la omisión y el daño.

3. *El poder de policía y la responsabilidad por omisión*

Cuando hablamos de *poder de policía* nos estamos refiriendo en términos generales, a la atribución del Estado de dictar normas para reglamentar el ejercicio de los derechos. Marienhoff lo define como “*la potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes*”⁷⁰. En nuestro sistema normativo, el poder de policía encuentra sustento en los arts. 14⁷¹ y 28⁷² de la CN que hacen mención expresa a *las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos*. Si bien el ejercicio del poder de policía es competencia del gobierno nacional, provincial y municipal, en virtud de lo

HUTCHINSON (dir.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario, Derecho administrativo, Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. 2, pág. 718.

⁷⁰ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, 5ª ed. actualizada, Buenos Aires, 1992, t. IV, pág. 490.

⁷¹ “Artículo 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

⁷² “Artículo 28. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

previsto en el art. 121 de la CN, se trata de una atribución de las provincias no delegada a la Nación salvo lo previsto en el art. 75 de la CN.

El ejercicio de poder de policía por sí mismo no da lugar a resarcimiento por los daños ocasionados por el ejercicio lícito de las funciones del Estado ⁷³. En este orden de ideas, cuando el ejercicio del poder de policía es irregular o deficiente o el Estado omite ejercer el poder de policía, la responsabilidad del estado por omisión debe analizarse a la luz de los presupuestos exigidos en los arts. 1074 y 1112 del CC, ya analizados en el apartado anterior.

A los efectos de comprender cómo se articula la responsabilidad por omisión en un caso concreto nos parece interesante hacer algunas referencias sobre el caso “Parisi de Frezzini c/ Laboratorios Huilen y otros - Daños y perjuicios” de la CSJN en materia de poder de policía sanitario. En dicho caso se demandaba al Estado Nacional por las consecuencias dañosas de la intoxicación de una persona con “propóleo” con altas concentraciones de dietilenglicol que había derivado en su fallecimiento. Tomando en cuenta la distinción entre mandatos determinados e indeterminados y genéricos que analizábamos anteriormente, la CSJN entendió que no debía atribuirse responsabilidad al Estado por omisión porque “la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado Nacional o provincial no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa” ⁷⁴.

Los argumentos centrales de la Corte para considerar que el Estado no era responsable por omisión fueron, por un lado, el hecho que la existencia de un deber genérico no otorgaba un derecho subjetivo a la parte actora, sino un interés legítimo subjetivamente indiferenciado a que se ejerciera el control sanitario. Y por otro lado, la inexistencia de nexo causal entre la conducta omisiva del Estado y el daño.

⁷³ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, ob. cit., nota 68, pág. 651.

⁷⁴ CSJN, “Parisi de Frezzini c/ Laboratorios Huilen y otros - Daños y perjuicios”, cit., nota 62, pág. 5.

IV. Incidencia del principio de progresividad y su interpretación en el régimen de responsabilidad

1. El principio de progresividad y el caso “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” (CSJN)

En materia de responsabilidad del Estado por omisión, es habitual que el Estado quiera eximirse de responsabilidad alegando la falta de recursos económicos y/o presupuestarios para la efectivización de ciertos derechos humanos. En la mayoría de los casos, el Estado buscará justificar la omisión de la adopción de medidas en la imposibilidad económica que conlleva su ejecución. Sin embargo, al igual que lo previsto por el Comité de DESC, es jurisprudencia consolidada en el derecho argentino que “las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquella (art. 5º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”⁷⁵.

La incidencia del principio de progresividad (expresado en los artículos citados *supra* y las interpretaciones del Comité de DESC y demás entes) en los presupuestos de la responsabilidad por omisión puede observarse en la delimitación de la omisión antijurídica como presupuesto para la procedencia de la responsabilidad del Estado. La constatación o no de

⁷⁵ El caso consistía en una demanda por daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires por la responsabilidad del Estado en virtud de la muerte de un joven en la cárcel como consecuencia de un incendio. La Corte concluyó que el Estado era responsable por la violación de sus deberes primarios y por el ejercicio irregular del servicio penitenciario. Para arribar a esa conclusión la Corte consideró las distintas deficiencias en la prestación del servicio penitenciario (precariedad, hacinamiento, falta de medios para apagar incendios, falta de medidas de seguridad) y los incumplimientos en los deberes administrativos debido a irregularidades y corrupción. Es importante destacar que, en este caso la Corte entendió que la cuestión económica presupuestaria planteada por el Estado para justificar las deficiencias no era un justificante de la violación de los derechos humanos (CSJN, “Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 19/10/95, págs. 9-10).

la existencia de omisión por parte del Estado se realiza teniendo en cuenta los parámetros de *progresividad* dispuestos en la esfera internacional. El juez argentino verifica en un caso concreto si el Estado utilizó el máximo de los recursos disponibles para prevenir la violación de los derechos humanos y si el Estado garantizó por lo menos el mínimo esencial de los derechos humanos en juego. El Juez realiza una valoración en torno a la razonabilidad o no de los medios y/o políticas implementadas.

En este marco de análisis, merece nuestra atención un reciente caso de la CSJN, “Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” (2012) que consistió en una acción de amparo presentado por la madre de un niño menor de edad discapacitado en situación de calle que le solicitaba al Gobierno de Buenos Aires (BA) el cese de su conducta ilegítima que, al denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo, violaba sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda reconocidos no sólo en la Constitución local, sino también en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales incorporados a su art. 75, inc. 22. La parte actora le solicitaba al Estado el otorgamiento de una solución a su problema habitacional, argumentando que los programas disponibles en la Ciudad de Buenos Aires eran insuficientes y no garantizaban su derecho a una vivienda digna de forma permanente.

La Corte entendió que el Estado había omitido dar una respuesta efectiva a la situación de la actora y ordenó que se la incluyera en un programa de vivienda que diera una solución permanente a su problema habitacional. Para llegar a esa conclusión, la CSJN realizó un análisis exhaustivo de la razonabilidad⁷⁶ de las medidas adoptadas por el Gobierno de BA en materia de acceso a vivienda digna. Del análisis efectuado, la Corte concluyó que el Gobierno no disponía de medidas a largo plazo e idóneas para el núcleo familiar en cuestión.

A los fines del presente trabajo, lo que nos interesa resaltar es la incidencia del principio de progresividad en el razonamiento de la Corte en torno a la existencia o no de una omisión antijurídica como presupuesto

⁷⁶ CSJN, “Q. 64. XLVI, Recurso de hecho, Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, Buenos Aires, 24/4/12, págs. 17-19.

de la responsabilidad por omisión. Frente a los alegatos de la actora sobre la insuficiencia de las medidas adoptadas en materia habitacional, el Estado intentó justificar su incumplimiento en la falta de fondos disponibles para diagramar otras estrategias en torno a la cuestión habitacional y la existencia de un presupuesto “inelástico”⁷⁷. Lo que intentaba demostrar el Estado era que no había omisión antijurídica de su parte porque el Estado no había podido, por razones presupuestarias, dar una mejor respuesta a la parte actora. A los fines de demostrar la existencia de una conducta antijurídica del Estado la Corte se remitió a las disposiciones del Pacto de DESC y a las consideraciones interpretativas del Comité de DESC sobre el principio de progresividad. La Corte se basó en ambos instrumentos para concluir que el Gobierno de BA no había empleado todos los *medios disponibles* y que si bien la dificultad presupuestaria era atendible, el Estado no había garantizado el mínimo esencial que exige el derecho a la vivienda digna y tampoco había implementado medidas eficientes de bajo costo. En resumidas cuentas, lo que dijo la Corte es que el Estado podría haber hecho más de lo que hizo y que ni siquiera había hecho lo mínimo exigido en el marco del flexible concepto de progresividad. Por la importancia que tiene para nuestro trabajo la dialéctica de la Corte en esta sentencia, es que transcribimos el tenor literal de algunas de sus reflexiones: “Que resulta evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S.Y.Q.C. y su hijo *no es suficiente o adecuado* ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente”⁷⁸. “En este contexto, el argumento de la utilización de los *máximos recursos disponibles* parece subordinado a un análisis integral por parte de la Ciudad de la asignación de sus *recursos presupuestarios*, que no podrá prescindir de la obligación primera que surge de los tratados a los que se comprometió la Argentina, que es

⁷⁷ Ibidem, pág. 20.

⁷⁸ Ibidem, págs. 21-22.

dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos”⁷⁹. “No se trata en esta situación de *evaluar el precio del servicio* que paga el Estado y dado su costo dar por cumplido el deber que le incumbe, conforme a un estándar de realización de los derechos, sino de *valorar su calidad* en cuanto a la adecuación a las necesidades del caso. Es decir, *la inversión del Estado debe ser adecuada*, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la *idoneidad* de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible”⁸⁰. “Es evidente que ni la asistencia económica originalmente brindada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ni la medida cautelar posteriormente dispuesta en autos, que garantiza a la actora la suma de \$ 1.700 para el pago de una habitación en un hotel, resuelven la problemática planteada en el *sub examine* pues no han garantizado adecuadamente a la señora S.Y.Q.C. la posibilidad de acceder a un trabajo ni a una vivienda apta para un niño con el grado de discapacidad de J.H.Q.C”⁸¹. “De manera que aun cuando el esfuerzo económico estatal es considerable, no parece ser el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de “*bajo costo*”, en los términos que recomienda el Comité citado de Naciones Unidas”⁸².

Las argumentaciones vertidas por la CSJN en este fallo, ponen en evidencia el impacto que tiene el principio de progresividad y sus alcances en la delimitación de la conducta antijurídica del Estado. A criterio del máximo tribunal argentino la responsabilidad del Estado por omisión estará supeditada al análisis de razonabilidad de las medidas conforme dicho principio. Como observamos, la Corte siguió la lógica del Comité de DESC y analizó, en primer lugar, la razonabilidad de las medidas adoptadas (si éstas era “adecuadas”). En este primer punto la Corte concluyó que si bien la gobernación de Buenos Aires era libre para elegir las medidas que estimase convenientes, éstas no lo eran para el caso. En segundo lugar, la Corte analizó si las medidas adoptadas se adecuaban al máximo de los recursos disponibles, pero incluyendo un enfoque cualitativo respecto del

⁷⁹ Ibidem, pág. 24.

⁸⁰ Ibidem, págs. 25-26.

⁸¹ Ibidem, pág. 26.

⁸² Ibidem, pág. 27.

uso de dichos recursos. En este sentido, el tribunal concluyó que el modo de afectación de los recursos no había sido idóneo y que el Estado no había implementado medidas de bajo costo que podrían haber otorgado una solución superlativa del caso.

V. Conclusiones

El objetivo central de este trabajo ha sido precisar cuál es la hermenéutica en torno al alcance del principio de progresividad en el plano internacional y cómo ha incidido la misma en el régimen argentino de responsabilidad del Estado. A lo largo del desarrollo del mismo, hemos podido constatar que existen ciertos lineamientos interpretativos fijados en el plano internacional conforme a cómo debe interpretarse el principio de progresividad. dichos lineamientos son principalmente los siguientes:

- Progresividad implica que el cumplimiento de la obligación de hacer efectivos los derechos no es de cumplimiento inmediato pero el Estado debe garantizar un mínimo esencial aunque sea mediante programas efectivos de bajo costo.

- La situación económica desfavorable o crisis no exime de responsabilidad al Estado respecto de adoptar medidas.
- El máximo de los recursos disponibles no se limita a cuántos recursos se emplearon sino a cómo se emplearon (calidad de uso de éstos).
- Las medidas apropiadas son aquellas que capaces de hacer efectivos los derechos aunque no se produzca el resultado.
- El Estado tiene, en principio, posibilidad de elegir cuáles son las medidas que estima “apropiadas”.
- Lo apropiado pareciera ser equivalente a lo razonable.
- Lo razonable es el resultado de un equilibrio de factores entre los que encontramos: 1) que las medidas tengan el fin concreto de cumplimentar los DESC; 2) que el poder del Estado no sea arbitrario ni discriminatorio; 3) que existe respeto de los estándares de derechos humanos; 4) que existan varias opciones y la opción elegida sea la menos restrictiva; 5) el plazo en el que las medidas fueron adoptadas; 5) se tomen en cuenta situaciones de vulnera-

bilidad y marginalización de ciertos grupos o se prioricen situaciones más riesgosas.

- La consideración de que un Estado actuó en el máximo de sus recursos es el resultado de los siguientes factores: 1) nivel de desarrollo del Estado; 2) gravedad de la violación y la existencia o no de un mínimo esencial de derechos; 3) la situación económica del Estado; 4) la existencia de otras circunstancias que limiten los recursos del Estado (*i.a.*: conflicto armado); 4) la existencia o no de cooperación internacional.
- En la responsabilidad internacional y a criterio de la CIDH, el respeto o no de los DESC se debe medir valorando el conjunto de la sociedad y no sólo la situación individual.

En relación con la incidencia del principio de progresividad y su interpretación en el régimen de responsabilidad observamos que éste incide de forma directa y concluyente. A tal efecto, pudimos advertir cómo la conducta omisiva del Estado es valorada teniendo en cuenta la hermenéutica del Comité de DESC sobre medios disponibles, obligación mínima, medidas de bajo costo, etc. En este sentido, la aplicación del principio de progresividad en la conformación de la omisión antijurídica implica que el Estado sólo podrá eximirse de responsabilidad si demuestra haber adoptado la conducta mínima esperable que no será solo la adopción de medios sino el uso razonable de los fondos en la elección de medios realmente idóneos. En cuanto a la valoración sobre el carácter positivo o negativo de estas incidencias, podemos decir que advertimos como positivo el impacto del principio de progresividad en la conformación de la omisión antijurídica porque contribuye a delimitar qué reparaciones se puede exigir al Estado fijando parámetros sensatos que no conviertan al Estado en una aseguradora de todo daño ni tampoco lo eximan de su responsabilidad de ejercitar el poder de policía y diagramar políticas públicas eficaces.

VI. Bibliografía

ALTABE DE LÉRTORA, Martha H., “El control de convencionalidad en el derecho argentino. Caracteres generales y particulares”, 4/11/13, MJ-DOC-6488-AR

- ALTAMIRA GIGENA, Julio, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973.
- ALTERINI, Atilio, *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.
- ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Temas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1995.
- CASSAGNE Juan C., *Derecho administrativo*, 5ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. 1.
- *Derecho administrativo* 7ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, t.1.
- “La responsabilidad del Estado por omisión” (en referencia al caso: SC Mendoza, 1989/04/04, Torres Francisco c/ Provincia de Mendoza), en Hutchinson, Tomás (dir.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario, Derecho administrativo, Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. 2.
- COLAUTTI, Carlos E., *Responsabilidad del Estado: problemas constitucionales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, “Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Cuarta instancia?”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba, 24 de septiembre de 2009.
- ECHVESTI, Carlos A., et al., *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 11ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2013, t. 2, Capítulo XIX.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A., “Derechos y prerrogativas públicas: aspectos de un nuevo orden”, *La Ley*, 3/10/12.
- HUTCHINSON, Tomás, *Tratado jurisprudencial y doctrinario, Derecho administrativo, Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. 1, vol.7.
- LUQUI, Roberto E., “Socialización de la justicia”, *Buenos Aires, La Ley*, 16/12/11.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 5ª ed. actualizada, Buenos Aires, 1992, t. IV.
- PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Astrea, 2013, t. 1.

- REY CARO, Ernesto. J., “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino. Consideraciones sobre la reforma constitucional”, en Rey Caro, E.J. *et al. Los tratados internacionales y la Constitución Nacional*, Córdoba, Lerner, 1995.
- SALOMONI, Jorge L., “La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2011.
- TAWIL, Santiago G., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- VANELLA, Carolina A., “La actividad judicial como límite al poder político democrático”, *La Ley*, 24/1/12.

**LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE
LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SU
OBLIGACIÓN DE RESPETAR LA INTEGRIDAD
TERRITORIAL DE LOS ESTADOS ¹**

**THE UNITED NATIONS DECLARATION ON THE RIGHTS OF
INDIGENOUS PEOPLES AND THE OBLIGATION TO RESPECT
THE TERRITORIAL INTEGRITY OF STATES**

*Oscar César Benítez **

Resumen: La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas otorga a éstos el derecho a ejercer la libre determinación. El principio de libre determinación de los pueblos junto al principio de soberanía e integridad territorial de los Estados constituyen dos principios fundamentales del derecho internacional que juegan un rol preponderante en la determinación de los derechos que se reconocen a los pueblos indígenas. La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la independencia de Kosovo significó una contribución al alcance y desarrollo progresivo de estos principios. En el presente trabajo se hace un análisis del alcance dado a estos principios en la Declaración.

Palabras-clave: Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas - AGNU Resolución 2625 (XXV) - Integridad Territorial de los Estados - Libre Determinación de los Pueblos.

Abstract: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples gives these the right to exercise self-determination. The Principle of Self-

¹ Trabajo recibido para su publicación el 8 de junio de 2014 y aprobado el 19 de agosto de 2014.

* Profesor de Derecho Internacional Público de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Miembro titular del Instituto de Derecho internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

determination of peoples close to the Principle of Sovereignty and Territorial Integrity of States constitute two fundamental principles of international law which play a major role in determining the rights recognized to indigenous peoples. The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of Kosovo's independence meant a contribution to the scope and progressive development of these principles. In this paper is made an analysis of the coverage given to these principles in the Declaration.

Keywords: United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples - GAUN Resolution 2625 (XXV) - Territorial Integrity of States - Self-determination of peoples.

Sumario: I. Introducción. II. El principio de soberanía e integridad territorial en el caso Kosovo. III. Los sujetos y su vinculación con el principio de soberanía e integridad territorial. IV. La Declaración sobre los pueblos indígenas y su obligación de respetar la integridad territorial de los Estados. V. Conclusión.

I. Introducción

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 por 144 votos a favor, 4 en contra (EE.UU., Canadá, Nueva Zelanda y Australia) y 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladesh, Bhután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania). Por su naturaleza, sus disposiciones no son vinculantes y constituye una proclama en las que se materializa un ideal común *que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo*.

Uno de los temas centrales respecto de esta Declaración es el derecho que tienen los pueblos indígenas a ejercer el derecho a la libre determinación. Este derecho se contrapone con el derecho de los Estados a su soberanía e integridad territorial.

En el Preámbulo de la Declaración se reconoce que *la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*. Se aclara en el párrafo siguiente que

nada de lo contenido en la (...) Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional.

También en el articulado se puede percibir la importancia dada al principio de libre determinación de los pueblos. En tal sentido en su artículo tres (3) se establece que *los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.* En el artículo cuatro (4) por su parte se establece que *los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.*

II. El principio de soberanía e integridad territorial en el caso Kosovo

Constituyó un llamado de atención el requerimiento a la Corte para que emita opinión sobre la legalidad de la declaración de independencia de Kosovo, situación que no se puede asimilar completamente a la problemática de los pueblos indígenas, pero cuyas aristas tienen relevancia para ésta en materia de libre determinación e integridad territorial de los Estados.

La Opinión Consultiva de la Corte resultó demasiado escueta para la riqueza de los argumentos vertidos por los Estados durante el procedimiento, inversamente proporcional a la extensión de las controversias generadas una vez que vio la luz.

Son más los interrogantes que las certezas los que quedaron después de la intervención de la Corte que se limitó a expresar que la declaración de independencia de Kosovo adoptada el 17 de febrero de 2008 no había violado el derecho internacional sin hacer mayores análisis sobre las implicancias jurídicas del acto.

La Corte se limitó a enunciar el principio de soberanía e integridad territorial a través de la referencia expresa al párrafo cuatro (4) del artí-

culo dos (2) de la Carta de las Naciones Unidas, la Resolución 2625² y el Acta de Helsinki³ para concluir que el alcance del principio de soberanía e integridad territorial está limitado a la esfera de las relaciones interestatales.

Cabe destacar que, en nuestra región, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) no tiene ninguna referencia directa al Principio de Libre Determinación mientras que se refiere en cuatro oportunidades⁴ al principio de soberanía e integridad territorial considerándolo un principio fundamental dentro de la estructura OEA. El artículo 13 expresa que el Estado tiene derecho a defender su integridad territorial y que el ejercicio de este derecho *no tiene otros límites que el ejercicio de los derechos de otros Estados conforme al Derecho Internacional*.

La Carta de las Naciones Unidas trata la libre determinación de los pueblos entre los propósitos del artículo uno (1) para, a través de su respeto, fomentar entre las naciones relaciones de amistad. Esto no ha sido obstáculo para su reconocimiento como un principio general del derecho internacional. Este propósito se perfecciona en el artículo cincuenta y cinco (55) que establece el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos⁵.

En cambio, el principio de soberanía e integridad territorial es referido en el artículo 2 de los principios en donde se establece que los miem-

² Declaración relativa a los principios del derecho internacional que referidos a las relaciones amistosas y la cooperación entre los Estados conforme a la Carta de las Naciones Unidas.

³ 1º de agosto de 1975 (Conferencia de Helsinki).

⁴ En el art. 1 bajo el título *Naturaleza y Propósitos*, en el art. 13 en el título *Derechos y Deberes Fundamentales de los Estados* y en los arts. 28 y 29 en el título *Seguridad Colectiva*.

⁵ Agrega el artículo que (...) *la Organización promoverá: a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; la cooperación internacional en el orden cultural y educativos; y c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.*

bros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial de cualquier Estado.

Ambos principios son objeto de desarrollo posterior en la Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La afirmación vertida por la Corte en la Opinión Consultiva sobre la legalidad de la independencia de Kosovo, respecto de que el principio de soberanía e integridad territorial está limitado a la esfera de las relaciones interestatales, es compartida por algunos de los Estados que emitieron opiniones durante el proceso. Austria manifestó que la Comisión de Derecho Internacional cuando examinó los derechos y deberes de los Estados en el año 1949, expresó en el Proyecto de dicho año que la obligación de respetar la integridad territorial no se impone más que a los Estados ⁶.

Sin embargo, entendemos que los artículos del Proyecto de 1949 están formulados en términos generales, sin restricciones ni excepciones. Por la forma de su redacción, la extensión y las modalidades de aplicación de los principios contenidos en el Proyecto debían ser desarrolladas por normas más precisas. El artículo catorce (14) ⁷ es un reconocimiento de este estado de situación y se trata de una provisión abarcadora que tiene por fin proclamar la supremacía del derecho internacional.

Tanto es indudable que el Proyecto está dirigido a los Estados, como que el mismo no excluye la posibilidad de que los restantes actores de la comunidad internacional estén obligados a respetarlo.

En este sentido iguales consideraciones merece la Resolución 2625 que es mucho más precisa que el Proyecto de 1949 y aunque se refiere a los principios en el marco de la búsqueda y fomento de las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, en su preámbulo se puede advertir que se trata del Estado en sentido amplio al referirse a las Naciones (... *fomento de las relaciones de amistad y cooperación entre las naciones*) y los pueblos (*los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos*).

⁶ Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados, NU, A/CN.4/SR.14, YBILC p. 113 (1949),

⁷ “Artículo 14.- Todo Estado tiene el deber de conducir sus relaciones con otros Estados de conformidad con el derecho internacional y con el principio de que la soberanía del Estado está subordinada a la supremacía del derecho internacional”.

Gran Bretaña en la opinión vertida a la Corte consideró que *la protección de la integridad territorial de los Estados es una protección en términos de “relaciones internacionales”*. *Ella no garantiza la permanencia de un Estado en la forma en la que existe en un momento dado. No se aplica a los movimientos secesionistas sobrevinientes sobre el territorio de un Estado. De manera general el Derecho Internacional no prohíbe la separación de una parte del territorio de un Estado que provenga de un proceso interno.*

Pero seguidamente este Estado considera que se trata de situaciones muy excepcionales ya que entiende que el derecho internacional *favorece la integridad territorial de los Estados en interés de la estabilidad y del arreglo pacífico de los conflictos (...) en virtud del derecho internacional, los movimientos secesionistas, o los pueblos que ellos afirman representar; no tienen ningún derecho legal a la independencia, excepto en el contexto específico de la autodeterminación de las colonias. El derecho internacional busca evitar la disolución de los sujetos, pero no al punto que estas situaciones no pueden jamás suceder* ⁸.

III. Los sujetos y su vinculación con el principio de soberanía e integridad territorial

El respeto a la integridad territorial de los Estados es un corolario del principio de soberanía, es por ello que usualmente se lo denomina principio de soberanía e integridad territorial, la sola circunstancia de que las resoluciones mencionadas estén dirigidas a los Estados no debiera implicar que los restantes sujetos del derecho internacional no están obligados a respetar los principios fundamentales de éste.

En este orden de idea resultaría válido afirmar que todos los entes que gozan de subjetividad internacional deben respetar el derecho internacional y en tal sentido los pueblos indígenas no escaparían a esta obligación. Esta afirmación, que deviene lógica en la estructura del derecho internacional actual, se encuentra con la manifestación de la Corte en la

⁸ Contribución escrita de Gran Bretaña.

Opinión Consultiva de que el principio está limitado a la esfera de las relaciones interestatales, y nos obliga a interrogarnos sobre si la obligación de respetar la soberanía e integridad territorial de los Estados se imponen a todos los entes que gozan de subjetividad internacional en el plano internacional.

Es reconocido que dentro del derecho internacional conviven, superpuestas o no, distintas ramas o vertientes jurídicas, que tienen un objeto de regulación preciso, así podemos citar, con distinta intensidad normativa y de codificación, al derecho internacional ambiental, derecho internacional penal, derecho del mar, etc.; todas estas ramas tienen un denominador común, están siempre enmarcadas en un derecho internacional general que constituye el núcleo duro que las aglutina y cuyos principios generales son obligatorio para todos los sujetos.

De esta suerte, la conformación de ese núcleo duro puede resultar indubitable o controversial según cuál sea la naturaleza y contenido de la/las norma/s que se pretende/n lo integra. Por su aceptación universal, la Carta de las Naciones Unidas es el instrumento a través del cual se puede identificar el contenido normativo de ese núcleo y nos permite concluir que dentro de éste núcleo se encuentran los principios generales del derecho. *La Carta de las Naciones Unidas, como las constituciones escritas de los Estados se compone de dos partes, una orgánica y otra dogmática; una parte que cabe llamar consultiva, porque crea los mecanismos y órganos de gobierno de la comunidad internacional y otra, declarativa, en la que se estipulan los principios a los cuales esos órganos deben ajustar su acción, para que esa acción sea válida*⁹.

El art. 38 1.c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que también es una referencia ineludible sobre el particular, se refiere a ellos como los *principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*, conformados tanto por los que provienen del foro doméstico como por los principios generales del derecho internacional. Los principios generales del derecho impregnan todo el ordenamiento jurídico internacional.

⁹ E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1958, pág. 35.

Tampoco debieran surgir voces altisonantes cuando se afirma que dentro de estos principios generales se localiza tanto al principio de soberanía e integridad territorial de los Estados, como al principio de libre determinación de los pueblos.

De este razonamiento se desprende que los entes a los que se les reconoce subjetividad jurídica internacional deberían estar obligados a respetar los principios fundamentales del derecho Internacional y a ajustar su conducta a sus disposiciones ¹⁰. Sólo una disposición expresa del ordenamiento jurídico internacional, a través de los órganos pertinentes, podrá habilitar apartarse del camino que fijan y, en la medida que no se conculquen normas imperativas.

En este orden de ideas resultaría obvio decir que sobre las organizaciones internacionales, habitualmente integradas y constituidas por Estados, pesa la misma obligación, sin que estén referidas en el Proyecto de 1949 o en la Resolución 2625. Mucho más si su objeto es del tipo militar o de defensa ¹¹. Se podría expresar que las organizaciones internacionales están habitualmente integradas por Estados y que por tal razón operaría una suerte de extensión de las obligaciones que pesan sobre estos.

De esta suerte, el interrogante a realizarse es, ¿qué ocurre con los restantes entes que gozan de subjetividad en el plano internacional y particularmente con los grupos humanos con alto nivel de cohesión e intereses comunes como sucede con los pueblos indígenas?, ¿están obligados por estos principios y, en particular, por el principio de soberanía e integridad territorial de los Estados?

El principio de soberanía e integridad territorial hace a la existencia misma del Estado, a su supervivencia, lo que implicaría necesariamente que todos los sujetos de derecho internacional tienen una obligación de comportamiento con relación al mismo. Desde esta perspectiva se trataría de un Principio fundamental de la Comunidad Internacional.

¹⁰ Oscar César BENÍTEZ, "Kosovo una cuestión de principios", en *Estudios de derecho internacional. Libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot/Thomson Reuters, 2012, t. I, pág. 3.

¹¹ En este sentido es importante recordar la relevante intervención de la OTAN en el conflicto de Kosovo sin cuya directa y activa intervención no se habrían dado las condiciones para la declaración de la independencia de Kosovo.

Se ha expresado para sustentar su exclusiva naturaleza interestatal que la resoluciones que lo contemplan se dirigen a los Estados. Es lógico que el principio de soberanía e integridad territorial se haya dirigido expresamente a los Estados puesto que son éstos los que hasta tiempos recientes podían poner en riesgo la integridad de sus pares. Una importante cantidad de conflagraciones bélicas muestran que el uso de la fuerza con ese fin ha sido un recurso utilizado con asiduidad por los Estados.

Pero sucede que, en la actualidad, también la persona humana y, fundamentalmente, los grupo humanos, con distinta intensidad en materia de subjetividad internacional, pueden poner en riesgo la integridad territorial de los Estados. Este fenómeno se ha advertido a través de la instrumentalización que han hecho ciertos entes de determinados grupos humanos independientemente de la mayor o menor nobleza de sus pretensiones. Este complejo entramado de intereses ha puesto en la palestra a otros entes/sujetos, que pueden gozar o no de algún grado de subjetividad internacional, y que tienen en muchos casos mayores potencialidades que algunos Estados, tales como las empresas transnacionales, las ONG, los fondos de inversión, las organizaciones terroristas o dedicadas al narcotráfico, e incluso como se manifestase previamente las organizaciones internacionales ¹².

La propia noción de principio como norma que impregna la totalidad del ordenamiento trae aparejada la obligación de respetarlo por todos los entes dotados de subjetividad internacional, aun cuando se trate de una

¹² Respecto de la afirmación de los que ratifican la validez de la declaración de independencia que consideran que se trata de un principio que no se aplica a actores no estatales, *Argentina postula que las Naciones Unidas tienen por práctica invocar el principio de respeto de la integridad territorial de los Estados con relación a partes no estatales en los conflictos internos. Cita la referencia a la Asamblea General en el caso Bantoustans cuando expresó que su creación tiene por objeto destruir la integridad territorial del país, reafirmando los derechos inalienables de la población africana de Sudáfrica sobre el país entero. Agrega que en el derecho internacional contemporáneo el principio de respeto de la integridad territorial se impone no solamente a los Estados sino también a las Organizaciones Internacionales pero también a otros actores internacionales, en particular (...) la resolución 1203 de 1998 se dirige a los dirigentes de Kosovo y luego de reafirmar la integridad territorial de la República Federal de Yugoslavia exige que los dirigentes albaneses de Kosovo y todos los otros elementos de la comunidad albanesa de Kosovo respeten estrictamente y rápidamente las Resoluciones 1160 (1998) y 1199 (1998).*

subjetividad reducida, incompleta o transitoria. Las excepciones al cumplimiento de esta obligación deberán surgir de manera expresa del ordenamiento jurídico internacional ¹³.

Alemania, defensor de la legalidad de la independencia de Kosovo, expresa que el derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos está bien reconocido en el derecho internacional, es parte de la Carta de las Naciones Unidas y está sólidamente anclado en el derecho internacional consuetudinario, sin embargo reconoce que un derecho de secesión abierto *sería un peligro para la paz internacional incitando a todos los grupos de cualquier talle y naturaleza a separarse de su Estado de origen. Si la razón de la secesión es esencialmente por motivos políticos, evitar los peligros creados por un derecho de secesión demasiado generoso es un objetivo legítimo del Derecho Internacional* ¹⁴.

El Estado es el sujeto del derecho internacional por antonomasia y la conservación de la integridad territorial de aquél es un objetivo ineludible para aquél. La libre determinación de los pueblos en su plano externo constituye una excepción a la obligación de respetar la integridad territorial de los Estados, sin embargo, cabe remarcar que la Resolución 2625 aclara que *no autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes... y que todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país.*

IV. La Declaración sobre los pueblos indígenas y su obligación de respetar la integridad territorial de los Estados

Como se manifestó precedentemente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas fue adoptada con

¹³ España expresa que *la integridad territorial, por su relación con el concepto mismo de estatalidad, se aplica por igual tanto en las relaciones del Estado con terceros Estados como en el marco de las relaciones intraestatales, ya que en ambos casos una violación de la integridad territorial afecta al Estado y su soberanía.*

¹⁴ Contribución escrita de Alemania.

el apoyo de más dos tercios de la comunidad internacional. En materia de técnica legislativa se puede advertir el uso constante, hasta excesivo, del término pueblo, lo que provoca no pocas confusiones que pueden llevar erróneamente a asimilarlo con la noción de pueblo que goza del derecho a la libre determinación en su faz externa, es decir que puede conducir a la creación de un *Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo*. Confusión en la que incurren aquellos doctrinarios que consideran que el derecho a ejercer la libre determinación tiene necesariamente este contenido, es decir que confieren dicha facultad o atribución que tienen sólo algunos pueblos, y que la tienen por haber obtenido un reconocimiento de la comunidad internacional en ese sentido.

Se trata de un desacierto sin duda porque la citada Resolución 2625 es clara al manifestar que *todos*, no sólo algunos, son los pueblos que tienen el derecho a determinar libremente, *sin ingerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural*. La referencia a “todos los pueblos” debe ser interpretada a la luz de la estructura dada por la resolución al principio y, fundamentalmente, al párrafo séptimo que expresa que *ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color*.

Un análisis integral del principio, conforme la Resolución, conduce a considerar que el principio de libre determinación se refiere en primer lugar al *pueblo* como género que siempre goza del derecho a la libre determinación en su faz interna, es decir que no habilita a la creación de un *Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo*, y lo distingue

del *pueblo* como especie dentro de dicho genero que, además, puede ejercer la libre determinación en su faz externa ¹⁵.

Esta circunstancia se advierte aún más si hacemos un análisis de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y permite comprender cabalmente las razones de la utilización reiterada del término pueblo sin temor a caer en confusiones.

La Resolución se refiere en cuatro oportunidades de manera expresa al derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, en el preámbulo en dos oportunidades donde se reconoce este derecho de todos los pueblos a determinar libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural y se tiene presente que nada de lo contenido en la Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional.

Luego, en el articulado se contempla en dos oportunidades, primero en el artículo tres (3) que los pueblos indígenas tiene derecho a la libre determinación y que en virtud del mismo determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural, y en el artículo cuatro (4) en donde precisa que por el derecho a la libre determinación tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y los locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

Adviértase que tanto la Resolución 2625 como la Declaración sobre los pueblos indígenas utiliza los términos “condición política” ¹⁶ refiriéndose a la libertad que tienen los pueblos de determinarla libremente. Se utiliza esta terminología tanto para el caso de pueblos que tienen el derecho a ejercer la libre determinación en su faz interna como para aquellos que tienen el derecho a ejercerla en su faz externa. Por lo tanto hay que evitar caer en el error de considerar que la determinación o búsqueda de una determinada condición política por un pueblo puede en cualquier caso conducir al ejercicio de la libre determinación en su faz externa.

¹⁵ Arturo Santiago PAGLIARI, *Curso de derecho internacional público*, 2ª ed., Córdoba, Advocatus, 2013, pág. 58.

¹⁶ *Political status* en las versiones anglófonas.

En este sentido, también la Declaración sobre los pueblos indígenas hace evidente esta distinción entre pueblos que gozan del derecho a la libre determinación en su faz interna de aquellos que gozan de este derecho, además, en su faz externa. Los pueblos referidos en la Declaración se enmarcan dentro del género “pueblo” al que hicimos referencia precedentemente, que tienen el derecho a ejercer la libre determinación, pero sólo en su faz interna. El art. 46 de la Declaración pone un límite a la libertad de los pueblos indígenas de determinar libremente su condición política.

Este límite está dado por la obligación de respetar el principio de soberanía e integridad territorial de los pueblos. Expresa el artículo cuarenta y seis (46) que *nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas o se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.*

Los pueblos indígenas gozan del derecho a ejercer la libre determinación en su faz interna que les permite a los pueblos determinar su condición política, perseguir libremente los distintos planos del desarrollo y, obviamente, el derecho a la autonomía o al autogobierno en aquellas cuestiones que sean sobre asuntos internos o locales respetando la integridad territorial o la unidad política de los Estados.

Se puede extraer de esta Declaración que la obligación de respetar la soberanía y la integridad territorial de los Estados excede la exclusiva esfera interestatal para constituirse en una obligación que también cae en cabeza de los restantes sujetos que interactúan en la sociedad internacional. La Declaración sobre los pueblos indígenas es un claro ejemplo de lo expresado.

Sin embargo, se podría afirmar, de una interpretación del texto del artículo cuarenta y seis (46) y de la Declaración toda, que se trata de disposiciones que vinculan a los Estados, de hecho la Declaración fue votada por Estados y que el artículo de referencia no está redactado de forma ordenatoria, sino de manera indirecta, estipulando que sus disposiciones no se podrán interpretar en un determinado sentido. Sin referirse a la existencia de una norma preexistente en ese sentido y sin establecerla expresamente.

Como ya se advirtió, no hay duda que los Estados están obligados a respetar la integridad territorial de sus pares, el fin del artículo cuarenta y seis (46) no tiene como destinatario sólo a los Estados, sino también a los pueblos indígenas. Pero los redactores de la Declaración prefirieron no referirse a los pueblos indígenas en el artículo, sino que fueron más allá al referirse a todo *pueblo, grupo, o persona*.

Deviene lógica la referencia al “pueblo” puesto que como ya expresamos el género pueblo no goza del derecho a ejercer la libre determinación en su faz externa. Al referirse a todo “grupo” exorbita el objeto de la Declaración para referirse a todo otro grupo humano aún cuando no pueda identificarse con un pueblo indígena. Finalmente, en una declaración dedicada a desarrollar los derechos de grupos humanos, se incluye a la persona humana, en su individualidad, evidenciando que la limitación alcanza a todos y que la obligación de respetar la integridad territorial de los Estados es para todos.

Ciertamente que se podría decir que el artículo no establece la obligación de respetar la integridad territorial de los Estados, puesto que sólo expresa que la Declaración no puede interpretarse como que confiere un derecho en ese sentido.

Pero si hacemos un análisis del artículo cuarenta y seis (46), que 144 Estados votaron, advertiremos que su texto expresa que *nada de lo señalado en la (...) Declaración (...) se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes. Autorizar* significa dar o reconocer a alguien facultad para hacer algo. Indica la existencia de un derecho que no se tiene y por tanto la existencia de un obligación de no hacer. Es decir que el mismo artículo nos está indicando que existe una norma que obliga a los sujetos referidos en el artículo a respetar la soberanía e integridad territorial de los Estados y que para que un pueblo no esté obligado a respetarla debe ser uno de aquellos pueblos autorizados, es decir que gocen del derecho a ejercer la libre determinación en su faz externa.

Pero la gran enseñanza que nos dejó Kosovo es que esta autorización no sólo surge por un reconocimiento de los órganos de las Naciones Unidas vinculados a casos de pueblos sometidos al yugo del colonialismo como se pensaba, sino que el derecho a ejercer la libre determinación en su faz externa puede emerger del incumplimiento del Estado de su obliga-

ción de respetar los derechos fundamentales de los grupos humanos que lo integran, que no son otros que los derechos que todo pueblo tiene en el ejercicio de la libre determinación en su faz interna ¹⁷.

Este es un verdadero derecho-deber, puesto que los Estados deben garantizar el acceso a los pueblos indígenas a la libre determinación interna so pena de que se genere a favor de dichos pueblos el derecho a la libre determinación en su faz externa, como se ha advertido en el caso de Kosovo y que es lo que se ha denominado derecho de secesión - remedio o secesión - sanción.

V. Conclusión

Por ello cabe concluir que los pueblos indígenas tienen una obligación de comportamiento para con el Estado que integran que es la de respetar su soberanía e integridad territorial. Que el artículo cuarenta y seis (46) no se refiere únicamente a los pueblos indígenas sino a todo pueblo, grupo o persona que incluye a la totalidad de los entes que gozan de subjetividad en el plano internacional. Y que la inserción de este artículo en la Declaración es un indicio de que la obligación de respetar la integridad territorial de los estados, que surge de una norma preexistente, no se limita a la esfera interestatal y alcanza a todos los sujetos que interactúan en la sociedad internacional.

¹⁷ Antonio REMIRO BROTONS, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pág. 129.

INDICE

Palabras preliminares <i>Ernesto J. Rey Caro</i>	11
Principios generales de derecho internacional. Un tema multifacético <i>Ernesto J. Rey Caro</i>	13
Los principios generales del derecho internacional como fuente principal y autónoma <i>Arturo S. Pagliari</i>	25
Los principios generales del derecho internacional público como base del orden público internacional <i>Zlata Drnas de Clément</i>	47
Los principios generales del derecho en la <i>Idea del Derecho</i> de Alfred Verdross <i>Eduardo Pintore</i>	77
El principio de la abstención del uso de la fuerza y la agresión <i>Luciano Pezzano</i>	105
Responsabilidad compartida: ¿Principio general emergente? <i>María Cristina Rodríguez y Gloria Rosenberg</i>	135
Principio de buena fe: desarrollo, análisis y perspectivas <i>Susana Sartori</i>	159

Principio de cooperación internacional <i>Christian G. Sommer</i>	173
El <i>uti possidetis juris</i> <i>Graciela R. Salas</i>	191
El principio de progresividad de los derechos humanos y su impacto en el régimen argentino de responsabilidad del Estado <i>Magdalena García Elorrio</i>	217
La “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas” y su obligación de respetar la integridad territorial de los Estados <i>Oscar Benítez</i>	255

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de abril de 2015

