

# CRISIS Y RENOVACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO<sup>1</sup>

Profesor Francisco Orrego Vicuña

## Introducción

Las presentes palabras procuran reflexionar de cómo el marco del derecho internacional contemporáneo se ve enfrentado hoy a una situación de crisis y de renovación. Jueces, académicos y profesionales del derecho se ven hoy confrontados a una paradoja relacionada con las muchas interpretaciones que el derecho internacional evidencia, algunas en la búsqueda de una contribución genuina al desarrollo de esta disciplina en tanto que otras engloban toda suerte de teorías que buscan desestabilizar las premisas que han guiado los esfuerzos de construir un marco jurídico internacional que rija la sociedad global.

Un primer aspecto que debe tenerse presente es de la necesidad de establecer los límites entre lo razonable y lo irrazonable en el marco de la necesaria evolución e interpretación del derecho internacional, ejercicio que comprende todo los grandes temas de esta disciplina, desde las fuentes del derecho internacional, los sujetos de este ordenamiento y un conjunto de aspectos que pertenecen a la estructura básica de la disciplina, incluyendo el uso de la fuerza, la solución de controversias, la jurisdicción, los océanos, el medio ambiente y la responsabilidad internacional.

## Una naturaleza centrada en la tradición y la adaptación.

En la búsqueda de ese límite, un aspecto sobresale en cuanto a su importancia. El derecho internacional ha mantenido lo esencial de su naturaleza y estructura durante tiempos inmemoriales, lo que no ha sido obstáculo a un significativo desarrollo, modernización y adaptación en

---

<sup>1</sup> Discurso de Incorporación como miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Buenos Aires, 28 de Septiembre de 2017.

función de las cambiantes necesidades de la sociedad internacional. Igualmente cabe tener presente que muchos puntos de vista contemporáneos que buscan reinterpretar el derecho internacional llevándolo más allá de sus límites naturales se inspiran en altos ideales que merecen respeto y admiración pero cuya compatibilidad con la estructura tradicional parece dudosa, al menos por un tiempo previsible.

Pero es igualmente necesario tener presente que en ocasiones esos ideales no se inspiran en la búsqueda de nuevas perspectivas intelectuales sino en un propósito de instrumentalizar el derecho internacional en función de finalidades ideológicas o políticas ajenas al marco del derecho, lo que ha influido crecientemente en las perspectivas de gobiernos, organizaciones internacionales y los tribunales en detrimento de la credibilidad y efectividad de este orden jurídico.

En estrecha relación con lo anterior es que debe dibujarse la línea que separa lo permisible de lo que no lo es en la interpretación del derecho internacional contemporáneo. Surge poderosa la necesidad de alcanzar un reequilibrio del orden jurídico internacional que haga posible interpretaciones que sean respetuosas de su esencia a la vez que permitan la evolución necesaria que hoy exige la comunidad internacional.

Es la búsqueda de ese nuevo equilibrio la que inspira estas palabras en este solemne acto de la Academia. El ejercicio no es simple de llevar a cabo, pero sí deja en claro que los extremos difícilmente contribuirán a este propósito. Tales extremos deben ser aislados a la luz de sus efectos dañinos para la viabilidad del orden jurídico internacional.

Una primera observación guarda relación con la interacción entre el derecho y la sociedad internacional. En la medida que el derecho internacional difiera de la naturaleza de la sociedad internacional que aspira a regir habrá una medida inevitable de resistencia por parte de los principales actores del sistema político internacional. Por el contrario, en la medida en que el marco conceptual sea compatible con el contexto político subyacente, si bien verá probablemente un progreso más lento, este llevará a un mayor

grado de convencimiento general y por consiguiente a la permanencia de sus normas e instituciones. No se trata, por consiguiente, de incorporar conceptos que difieren de las realidades internacionales sino de la manera como esos conceptos tradicionales pueden llevarse con mayor efectividad a la práctica.

Los fracasos encontrados en el propósito de otorgar mayor vigencia al papel del derecho internacional en el ordenamiento de la sociedad internacional no han sido pocos. Sin embargo, la contribución ordenadora del derecho internacional tampoco ha sido escasa, como lo demuestra la disponibilidad de medios pacíficos para la solución de controversias o la creciente cooperación en ámbitos de especial importancia, como el comercio, las inversiones y la tecnología.

Los principios en que descansa el concepto de la coexistencia pacífica, según lo concibiera Nehru en el contexto de la difícil etapa de la guerra fría, representan un esfuerzo de pragmatismo entre el orden y el poder. Las realidades de la globalización y del nacionalismo avanzan y retroceden al mismo tiempo, dando lugar a las muchas paradojas del sistema político y jurídico contemporáneo. Si acaso un verdadero orden jurídico internacional que sea común a la humanidad en su conjunto y sus muchas variaciones puede alcanzarse es todavía una pregunta en búsqueda de una respuesta.

No obstante las muchas teorías que se han planteado respecto de la naturaleza del derecho internacional, el hecho es que todo ordenamiento jurídico es la expresión de la natural evolución de la sociedad, siempre en búsqueda de estructuras compatibles con las presiones requeridas por un cambio. Por ello es que en este ámbito la modernización no sea incompatible con la tradición. Es así como la exigencia de un consentimiento en la formación del derecho no ha sido un obstáculo para el desarrollo de la cooperación internacional. El papel del Estado y los individuos ha cambiado a lo largo de ese proceso de evolución, pero ninguno ha perdido sus características básicas. Tampoco el papel desempeñado por las

organizaciones internacionales ha significado cambios de carácter estructural sino más bien de desarrollos funcionales.

Tampoco es nueva la idea de una estructura jerárquica en el derecho internacional, incluyendo la importante influencia del derecho natural tanto en sus orígenes como en el presente. Con frecuencia el derecho internacional positivo es la expresión de altos valores morales aun cuando cambie la terminología para expresarlos. Diferente es por cierto el caso de las aspiraciones destinadas a remodelar el derecho internacional y sus estructuras sobre la base de imponer esos valores a una sociedad caracterizada por la diversidad, debiendo predominar el respeto de los valores propios de un mundo multicultural.

#### Las fuentes del derecho internacional y la necesidad de su reequilibrio.

La diferencia de puntos de vista acerca de la naturaleza del derecho internacional también se ve reflejada en la discusión sobre el papel de las fuentes de este marco jurídico. Mientras desde el punto de vista de la tradición la teoría de las fuentes del derecho internacional es lo suficientemente amplia como para acomodar los cambios requeridos por la sociedad internacional, para quienes postulan una nueva fundamentación esa tradición sería un obstáculo para alcanzar nuevos objetivos políticos, económicos y sociales.

El consentimiento en la formación del derecho internacional ha sido severamente criticado como una expresión de voluntarismo. La realidad es, sin embargo, muy diferente pues en no pocas ocasiones la expresión de ese consentimiento ha sido el vehículo para transformar altos valores morales propios del derecho natural en un derecho positivo que surge de entendimientos comunes. Muchos de los desarrollos que caracterizan el derecho de los tratados muestran la creciente flexibilidad del derecho internacional en su materialización, siendo el derecho internacional económico y el relativo al medio ambiente claros ejemplos de cómo el consentimiento puede facilitar la adaptación a realidades cambiantes.

Lo anterior permite observar que el límite de la legitimidad y de la efectividad está dado en esta materia por la función de un consentimiento cada vez más flexible o la incorporación de conceptos de un proceso autónomo de creación del derecho, que permitiría crear normas del derecho internacional independientemente de la voluntad de los Estados. También ello es lo que establece el límite del hoy llamado “soft law”, que en algunas expresiones busca nuevamente prescindir de la voluntad de los Estados. Cuando ello llega al límite de lo razonable, no solo afecta al derecho internacional sino también altera el normal funcionamiento de la democracia constitucional pues el proceso se traduciría en sustituir la voluntad de los ciudadanos, expresada por medio de sus gobiernos, por un punto de vista unilateralmente proclamado por los autores de tales iniciativas.

Cuando se examinan los alcances de la costumbre internacional en el derecho internacional contemporáneo, las diferencias de opinión son todavía más agudas, oscilando entre el estricto cumplimiento de los requisitos tradicionales y una identificación con conceptos que solo pueden considerarse como la aspiración de sus proponentes. Las relatividades del proceso que lleva a la formación de una norma de costumbre no han sido un obstáculo insuperable, gradualmente resuelto por la doctrina y la jurisprudencia.

Debe observarse que el papel de los Estados y las organizaciones internacionales, la uniformidad de la práctica o el grado de participación en la formación de la costumbre son todos elementos conducentes a su aceptación universal. Nada de ello es el resultado de opiniones de mayoría o minoría, pero sí es claramente el fundamento de la exigencia de un *opinio juris* en el proceso de formación de normas consuetudinarias. Nuevamente este equilibrio es una garantía de legitimidad que a la vez sirve para prevenir el recurso al autoritarismo en el derecho internacional en el que solo se aceptara como derecho los dictados de grupos de presión.

También cabe observar las diferencias que caracterizan el recurso a los principios generales del derecho. En ausencia de normas convencionales o

consuetudinarias la opción preferida de jueces y abogados es la aplicación de principios generales del derecho. Ello puede ser un criterio amparado por el derecho, como también una herramienta que busca prescindir del consentimiento y más bien busca justificar los resultados deseados. Esos límites se ven traspasados en ocasiones que llevan a su reemplazo por referencias vagas a principios de justicia y equidad separados del derecho, fenómeno que está también alcanzando a los tribunales nacionales.

Diferencias todavía mayores se observan acerca del papel de la equidad. Sin duda que esta es una herramienta que otorga gran flexibilidad, pero ello no significa que deba situarse más allá del derecho o en contravención a sus normas. La clasificación de la equidad en las categorías de *infra legem*, *preater legem* or *contra legem* evidencia con claridad los límites del papel que ella tiene, lo que incluso se ha traducido en serias dificultades en su aplicación por la Corte Internacional de Justicia.

La anterior discusión no es meramente doctrinaria pues sus efectos se observan igualmente en la caracterización de los actos de los Estados y las organizaciones internacionales. El principal punto de contención es si acaso los actos de los Estados son el producto de su consentimiento en la formación del derecho y la costumbre o nuevamente la expresión de fuentes autónomas que buscan el logro de objetivos deseados por sus proponentes.

El hecho, sin embargo, es que si bien un acto unilateral puede tener algunos efectos jurídicos no puede entenderse como la expresión de una fuente autónoma del derecho internacional pues requerirá de la concurrencia de otras manifestaciones de voluntad para establecer una relación jurídica obligatoria. Similar es la situación de los actos de organizaciones internacionales, que siempre dependerán de la voluntad de los Estados o su renuente transferencia a órganos internacionales. Ello ha llevado al creciente control de su legalidad por tribunales internacionales, regionales y nacionales todavía incipiente pero claramente expresiva de que la concurrencia de voluntades no puede ser sobrepasada sin consecuencias o de manera contraria al derecho.

La creciente influencia del derecho internacional en la vida de los Estados ha llevado a que la clásica controversia entre el dualismo y el monismo como elemento caracterizador de su naturaleza se encuentre ampliamente superada en la práctica. La práctica constitucional de muchos países permite hoy día que ambos conceptos tengan un papel importante que desempeñar en la aplicación del derecho internacional, sin que necesariamente deba mediar un proceso de incorporación o transformación del derecho internacional en derecho nacional.

En cualquiera de estas alternativas doctrinarias, sin embargo, el control estatal ha estado presente en la formación y aplicación del derecho internacional. Un reciente fenómeno tiende a introducir una muy seria distorsión en este proceso de integración pues en ocasiones se busca eludir esos consensos necesarios mediante conferencias y reuniones internacionales destinadas a imponer un punto de vista parcial en la sociedad, que inevitablemente se traducirá en una pérdida de legitimidad del derecho internacional.

#### El papel cambiante de los sujetos del derecho internacional.

Las dificultades que enfrentan la naturaleza y las fuentes del derecho internacional, no podrían dejar de tener consecuencias para el papel de los sujetos de este ordenamiento. Se sostiene con frecuencia que el Estado ya no es el sujeto principal de este ordenamiento, con una soberanía disminuida que debe dar lugar al papel creciente de las organizaciones internacionales.

Siendo evidente que el concepto de la soberanía estatal se ha llevado en ocasiones a extremos inaceptables, como las manifestaciones extremas de nacionalismo y su incompatibilidad con valores morales y jurídicos, ninguna de estas distorsiones representa el verdadero sentido de la soberanía. Por el contrario, el derecho internacional nació efectivamente para proteger esos valores y asegurar su eficacia mediante la solución pacífica de controversias y la consiguiente estabilidad en las relaciones entre potencias soberanas en competencia.

Todo hace previsible que el sistema continuará fundamentado en la soberanía de los Estados y su papel central en la formación, aceptación y aplicación del derecho internacional. A la vez, es evidente que esa soberanía no carece de límites y cambios en su razón de ser. La más importante sea probablemente que la soberanía del Estado esté al servicio de la sociedad y no a la relación inversa, llevado a la aceptación de las muchas obligaciones que han reconocido al individuo como el verdadero sujeto del derecho internacional, como siempre se entendió que debía ser el caso.

Lejos de caer en la obsolescencia, la soberanía busca hoy su adaptación a las necesidades de una sociedad cambiante. Un elemento esencial de este proceso es el respeto de las diferentes culturas y tradiciones propias de un mundo multicultural, sin que se pueda pretender imponer un punto de vista a una sociedad tan diversa como la del mundo actual. De esta manera, la soberanía ya no debe ser un antagonista de la diversidad.

Como consecuencia de su evolución, el sistema internacional ha registrado grandes progresos en materia de cooperación internacional y el funcionamiento de sus instituciones, superando en el ámbito de sus competencias el quehacer tradicional de los Estados. Hay, sin embargo, no pocos casos en que la organización ha destinado sus mejores esfuerzos a su propio servicio o se han transformado en entidades políticas ajenas a los intereses de la comunidad que está llamada a servir.

La paradoja de esta situación es que instituciones nacidas para corregir los abusos cometidos en el plano nacional han incurrido en ocasiones ellas mismas en tales excesos, llevando a un creciente control de los Estados y su judicatura para asegurar la protección de los derechos afectados. El paradigma de que las organizaciones internacionales puedan sustituir el papel de los Estados no ha podido en consecuencia materializarse debidamente, excepto en materias y actividades muy específicas. En este contexto el control judicial sobre los actos de tales organizaciones se ha incrementado a la vez que se ha hecho crecientemente necesario, incluyendo



las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y algunos organismos especializados.

La más importante de las funciones del derecho internacional es, y ha sido siempre, la protección de los derechos del individuo en un marco de normas morales y jurídicas. La expansión del derecho internacional humanitario y la protección de los derechos humanos es la más vivida expresión del esfuerzo que comenzó al término de la guerra de los treinta años. Muchas veces se ha ignorado la importancia de sus orígenes y el propósito de refundar el derecho internacional no ha favorecido el adecuado desarrollo de esa protección.

El reconocimiento de la personalidad objetiva de los individuos ha sido hasta ahora más bien teórico que práctico. Su acceso a los mecanismos de protección de sus derechos y a los marcos procesales adecuados, ha sido más bien limitado, por más que se exprese lo contrario. La disponibilidad de instrumentos internacionales y regionales concebido para asegurar esa protección ha sido en gran medida lograda, pero ese no es el caso de algunas de las instituciones encargadas de su materialización, sobre todo cuando se mezclan los derechos fundamentales con derechos que se busca justificar a la luz de circunstancias coyunturales.

La obligatoriedad en el cumplimiento de estas últimas decisiones se ha visto proporcionalmente afectada. Un ejemplo vivido de este fenómeno ha sido el actuar de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en que la protección del individuo pasó a un papel secundario frente a prioridades políticas de sus temarios y decisiones. El resultado fue la abolición de esta Comisión y su reemplazo por el Consejo de los Derechos Humanos, que también comienza a mostrar síntomas de la misma enfermedad. Similar ha sido también el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya completa reorganización institucional bien podría seguir el ejemplo de otras experiencias.

Los mecanismos procesales para el acceso y participación de los individuos también muestra síntomas de ineficacia, predominando en

oportunidades el interés de la institución por sobre el de sus beneficiarios. Un distinguido autor fue quien observó que la carencia de mecanismos procesales para hacer efectivos los derechos del individuo, equivale a no disponer de derecho alguno.

Es en esta materia que el derecho internacional enfrenta su principal paradoja. La protección de los derechos del individuo buscaba limitar el papel de los Estados por la insuficiencia de las políticas e instituciones en garantizar su protección. Esas mismas deficiencias se observan hoy día en el trabajo de algunas importantes instituciones internacionales. La violación de derechos y del debido proceso no está ausente de dichas organizaciones, lo que otorga justificación para que la protección revierta al Estado de nacionalidad y sus tribunales.

#### Un desarrollo incipiente de la solución de controversias y la jurisdicción.

Es un hecho que la solución de controversias se encuentra todavía distante de las necesidades del derecho internacional contemporáneo y su evolución. Un ejemplo de lo anterior se observa en el hecho de que las controversias sobre temas financieros, el comercio o las inversiones nunca han sido llevadas a la Corte Internacional de Justicia, a pesar de que ellas ocupan la principal atención de los gobiernos. La muy limitada participación de los individuos en el sistema de solución internacional de controversias, impedido como está de llevar sus reclamaciones directamente a tales mecanismos y acceder a sus procedimientos a título propio, es otra limitación de serios alcances.

Nuevas formas de jurisdicción se han intentado para superar algunas de estas dificultades, buscando asegurar que la legítima soberanía de los Estados pueda armonizarse con el respeto de los derechos humanos. El principio de la jurisdicción universal ha buscado otorgar a los Estados la necesaria autoridad en relación a algunos crímenes que de otra manera quedarían sin juzgar por las limitaciones del sistema de principios jurisdiccionales. Sin embargo las distorsiones no tardarían en aparecer pues en ocasiones se buscó en este principio justificar la intervención de un Estado

en los asuntos de otro. La jurisdicción penal internacional y su corolario en términos del principio de la complementariedad han tenido importancia en compatibilizar los intereses de los Estados con la protección de los derechos humanos en el marco del derecho internacional, pero tampoco ha estado libre de distorsiones en el ámbito de acción de la Corte Penal Internacional.

#### Un fenómeno que permea el derecho internacional en su conjunto.

Muchos otros aspectos centrales del derecho internacional podrían analizarse a la luz de las mismas necesidades de reequilibrio entre los principios tradicionales y las innovaciones necesarias en su aplicación. El uso de la fuerza ofrece el claro ejemplo de como nuevos recursos a la violencia internacional han reabierto el debate acerca del límite a la prohibición del uso de la fuerza pues nada podría justificar que un Estado sea atacado sin consecuencias, ya no mediante una guerra convencional sino mediante el uso del terrorismo y otras acciones escudadas en el anonimato de la cobardía.

Similar búsqueda de un reequilibrio se observa en los conceptos que rigen la responsabilidad internacional de los Estados, en que sus principios básicos se ven confrontados con nuevas teorías acerca de quién puede reclamar y con qué título. El propósito de reconocer a la comunidad internacional como sujeto del derecho internacional es una nueva manifestación de los esfuerzos que buscan prescindir de la soberanía de los Estados. La contribución de la Comisión de Derecho Internacional y de su relator especial, el hoy juez James Crawford, permitieron incorporar algunas importantes precisiones en esta discusión que había, como muchas otras, procurado fortalecer los intereses políticos por sobre las consideraciones estrictamente jurídicas.

#### Una contribución necesaria de la República Argentina y de Chile.

En el contexto de los vínculos intelectuales entre la República Argentina y Chile, no podría dejar de referirme al interés compartido en torno a algunos temas especialmente sensibles para ambas naciones. Estos son los de las normas que rigen espacios de gran significación, con particular

referencia al derecho del mar, la Antártida y el medio ambiente. La cooperación en estos espacios ha avanzado hacia normas e instituciones más estructuradas, lo que debe ser naturalmente bienvenido. La pregunta que permanece sin respuesta, sin embargo, es si acaso el modelo de cooperación internacional que se ha seguido, con fuerte énfasis en el papel de las instituciones internacionales, es uno que habrá de perdurar o deberá además tomar en cuenta otros intereses centrales.

El concepto de la libertad de los mares cumplió un papel decisivo en la evolución de este ordenamiento, pero con el tiempo mostraría también sus vacíos, especialmente en cuanto a los abusos que siguieron en materia de explotación de la pesca y los recursos naturales. La reacción inescapable ante esta realidad fue la expansión del mar territorial, el surgimiento de la zona económica exclusiva y el perfeccionamiento de los derechos sobre la plataforma continental, todo ello magistralmente equilibrado en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Pero aun así, quedaron importantes zonas de vacío, como fue el caso de los fondos marinos fuera de la jurisdicción nacional y de la pesca en alta mar. La idea del patrimonio común de la humanidad no fue exitosa y hubo de ser complementada por la participación de intereses privados con la capacidad económica y tecnológica para la explotación de ese espacio.

En el caso de la pesca en alta mar la cooperación internacional demostró en gran medida ser ineficaz pues la sobreexplotación de sus recursos continúa inalterada, con contadas excepciones de algunos acuerdos regionales. La adaptación del derecho a la realidad es todavía una tarea pendiente en que deberá incluirse el papel de los Estados ribereños y de los operadores privados en un régimen que asegure la conservación y sustentabilidad de estos recursos.

El caso de Tratado Antártico es otra materia en que la efectividad de la cooperación internacional ha interactuado apropiadamente con los intereses nacionales. Por lo mismo, nuevamente aquí las ideas de internacionalización del continente o de su consideración como patrimonio común de la

humanidad serían enteramente antagónicas con el equilibrio de intereses que hoy rige en ese continente, en particular del papel desempeñado por las Partes Consultivas y su contribución a la investigación científica y la administración de los regímenes de recursos naturales. En algún momento no lejano deberá, sin embargo, también ocuparse del caso de los recursos minerales.

Pareciera necesario desde ya que las Partes Consultivas originales reasuman un papel central en estas materias, sin que quepa confundirlas con el papel secundario de aquellas Partes incorporadas siguiendo una estrategia política, pero cuya contribución al desarrollo de la Antártida es más bien un símbolo de prestigio que de contribución real a sus políticas.

Un tercer ámbito en el cual la cooperación debe organizarse de tal manera de tener en cuenta el interés de los Estados y otros participantes es el de la protección ambiental. Los progresos que se han llevado a cabo entre el Protocolo de Montreal de 1987 y el Acuerdo de París de 2015 han sido posibles en la medida en que esos otros intereses se han tenido en cuenta, evitando formas de antagonismo con la contribución de los Estados y los actores económicos, donde nuevamente han influido factores ajenos a la ciencia, el derecho y la objetividad que muchas veces buscan proseguir intereses ideológicos ajenos a una preocupación genuina por el medio ambiente.

Por esta misma razón es que los principios esenciales del derecho ambiental han sido cuidadosamente definidos con miras a no contradecir los intereses que se busca proteger. El principio precautorio, el concepto de la equidad intergeneracional, la responsabilidad común pero diferenciada, entre muchos otros ejemplos, se han abstenido de interpretaciones extremas que amenazan con descarrilar el sistema en su conjunto.

Derecho y sistema político internacional.

La discusión acerca de muchos de estos temas está vinculada a una realidad que se observa en todo el sistema del derecho internacional, que en esencia consiste en asegurar su compatibilidad con las características prevalecientes de la comunidad internacional y el orden que hasta ahora las rige. El derecho internacional es el fiel reflejo de las virtudes e imperfecciones de ese orden. Las aspiraciones de lograr un perfeccionamiento de este orden y su evolución encuentran su límite en la estructura del sistema internacional, materia que depende fundamentalmente de definiciones políticas que esperan una respuesta.

El derecho internacional ha hecho una contribución fundamental a la evolución de la sociedad internacional al incorporar perspectivas que llevan al perfeccionamiento de los objetivos compartidos de la paz internacional, la dignidad humana y el bienestar, pero todo ello dentro de los límites que imponen las actuales estructuras políticas. La distinción entre lo que es el derecho y lo que quisiéramos que fuera es un requerimiento fundamental de una evolución estable. Idealismo y realismo están en una confrontación constante que exige que todo progreso dependa de cómo estos dos valores legítimos logren armonizarse, determinando la compatibilidad del cambio y la modernización con las tradiciones esenciales que deben salvaguardarse. Este es el nuevo desafío del reequilibrio necesario del derecho internacional.



