

EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. FUNCIONES, FUENTES, CUMPLIMIENTO Y LA VOLUNTAD DE LOS ESTADOS

Arturo Santiago PAGLIARI*

RESUMEN: La finalidad esencial del derecho internacional público es asegurar la paz y seguridad internacionales, fungiendo como modelador del orden social internacional al crear normas jurídicas mediante las fuentes del derecho internacional. Para lograr su finalidad y poder contribuir al progreso moral y material de los sujetos, es esencial que el derecho internacional público adecue sus reglas a la realidad social.

ABSTRACT: The purpose of the Public International Law is to guarantee the peace, serving as a modeler of the world social order creating norms by means of the sources of the International Law. In order to accomplish this purpose as well as contributing to the moral and material progress of the peoples, it is essential to make suitable the rules of the Public International Law to the social reality.

RÉSUMÉ: Le but essentiel du droit international public c'est mettre en sureté la paix, en servant comme un modelateur de l'ordre social international avec la creation des normes juridiques internationales médiane les sources du droit international public. Pour réussir ce but et pouvoir contribuer au progress moral et material des sujets, l'adaptation des regles du droit international à la réalité sociale est essentielle.

* Catedrático de derecho internacional público. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República de Argentina.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Funciones*. III. *Fuentes*. IV. *Los límites a la voluntad estatal*. V. *Las funciones, las fuentes, el cumplimiento y la aplicación del derecho internacional*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo contiene reflexiones respecto a las relaciones existentes entre las funciones, las fuentes, el cumplimiento del derecho internacional y la voluntad y consentimiento de los Estados, principales y determinantes sujetos del derecho, con base en lo cual se originan las normas jurídicas que reglan las relaciones de los sujetos en la comunidad internacional.

Considerando que una de las principales funciones del derecho internacional público es regular las relaciones entre sus sujetos, y los principales sujetos son los Estados, y éstos son los que crean y aplican las normas internacionales, cabe entonces formularse los siguientes interrogantes:

- ¿Existen límites a la voluntad estatal? Y, en su caso, ¿cuáles son y quién los determina?
- ¿Las funciones del derecho internacional público se encuentran subordinadas a las fuentes del derecho, o viceversa?
- ¿La aplicación y cumplimiento del derecho internacional depende exclusivamente del consentimiento o voluntad de los Estados?
- ¿Existe una relación entre el cumplimiento del derecho internacional y las fuentes? ¿En otras palabras, algunas normas, de acuerdo con su origen o naturaleza, tienen más alto grado de eficacia y cumplimiento?

II. FUNCIONES

La función del derecho internacional público —como de todo derecho— está vinculada al objeto y a la finalidad del derecho. Habitualmente se considera que los fines del derecho son la seguridad y la justicia: es decir, que el derecho en general y el derecho internacional público en particular, cumple la función de asegurar la pacífica convivencia en un orden justo.

En su sentido más simple, seguridad (principio de seguridad jurídica) equivale a paz, es decir, a la situación de una sociedad en la que las relaciones entre sus miembros discurren habitualmente sin violencia y en donde cada uno está protegido contra la agresión de los demás.

El derecho internacional público ha de cumplir ante todo esa misión pacificadora, ya que un sistema jurídico es un mecanismo de paz social, aunque logre sólo parcialmente alcanzar ese fin, ya que no se ha encontrado un medio más eficaz de imponer una solución pacífica de los conflictos entre Estados (principio que obliga a los Estados a solucionar pacíficamente sus controversias),¹ y de evitar la violencia (principio de prohibición del uso de la fuerza).²

En consecuencia, dentro de la finalidad esencial de asegurar la paz, la función de carácter general del derecho internacional público es la de reglamentar las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional que sean susceptibles de una normatividad de carácter jurídico. Esta regulación de relaciones entre Estados soberanos “explica que su progreso como orden vertical jerárquico sea mucho más limitado que su progreso horizontal”.³

Esa reglamentación y regulación se traduce en normas jurídicas internacionales que se crean a través de las fuentes propias del derecho internacional (función legislativa),⁴ y a un proceso cada vez más acentuado de interacción entre dichas fuentes.⁵ También el derecho internacional tiene una función ejecutiva o administrativa, que la realiza a través de los lla-

1 Los miembros de la organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia (artículo 2o., apartado 3. Carta de las UN).

2 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 (artículo 2, apartado 4).

3 Orrego Vicuña, Francisco, *El derecho internacional en la perspectiva de un cambio de siglo. Libro homenaje al doctor E. Rey Caro*, Córdoba, Argentina, Lerner, 2002.

4 Los Estados continúan siendo los principales creadores de normas internacionales a través de la práctica, y de los tratados bilaterales y multilaterales, sin perjuicio de la importancia creciente que tienen las organizaciones internacionales en la celebración de los mismos.

5 Interacción que no sólo se observa entre la costumbre y los principios generales del derecho y viceversa, sino también en la conocida influencia entre el tratado y la costumbre con sus tres efectos posibles: declarativo, generador o cristalizador. De manera similar cabe la interacción con otras fuentes no enumeradas en el artículo 38 del estatuto de la corte, como las resoluciones de las organizaciones internacionales, que pueden constituir el paso inicial, intermedio o cristalizador de formación de una norma jurídica, o, en su caso, creadora en forma autónoma de una regla de derecho.

mados “servicios públicos internacionales” (todos de base convencional).⁶ Y por último posee una función judicial.⁷

Su función normativa puede abarcar situaciones de paz o de guerra, pues incluso esta última queda, en amplios sectores, regida por el derecho internacional público. Justamente en este último campo, el llamado derecho de los conflictos armados es donde ha tenido particular relevancia la modernización de lo que se denomina el derecho internacional humanitario. Esta rama del derecho internacional se refiere específicamente a la reglamentación de los medios de guerra, y protege a las personas y bienes involucradas en el conflicto, guarda una estrecha relación con la sanción personal contenida en las nuevas normas internacionales,⁸ respecto a la violación de las mismas. Además, existen otras áreas de moderna reglamentación referidas a los refugiados y desplazados.⁹

Por otra parte, el derecho internacional público cumple otra función esencial que es la de delimitar las competencias estatales o, dicho de otro modo, la de ordenar los ámbitos de validez de dichas competencias.¹⁰

La necesidad de adecuar permanentemente sus normas a la realidad social, atento a los cambios producidos en la comunidad internacional, produjo una ampliación de las funciones del derecho internacional que se

6 Abundan los ejemplos en tal sentido: Unión Telefónica Internacional, Unión Postal Universal, Unión para la Protección de la Propiedad Industrial, Literaria y Artística, la OMS, la OMM, etcétera.

7 Si bien carente de competencia obligatoria, la Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. Existen tribunales judiciales internacionales permanentes de carácter regional y para determinadas materias, como la Corte de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte de Derecho del Mar, etcétera.

8 El Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado el 17 de julio de 1998 y que entró en vigor el 1.º de julio de 2002 tiene competencia para juzgar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

9 La problemática de la protección internacional de la población civil como consecuencia de los conflictos armados, ha originado la necesidad de normas internacionales que contemplen su situación tanto a nivel internacional (Organización Internacional de los Refugiados (1946), Alto Comisionado de las UN para los Refugiados (1950), Estatuto del ACNUR (1950), Convención relativa al Estatuto de los Refugiados (1951), Protocolo de Nueva York sobre los Refugiados (1967), como regional (en el ámbito de la OEA la Declaración de Cartagena (1984) y de San José (1994).

10 La soberanía estatal constituye una de las bases relevantes de la comunidad internacional, que tiene su contrapartida y complemento en el principio de igualdad jurídica soberana de los Estados. Cabe al derecho internacional la delicada función de delimitar las competencias estatales para una aplicación coherente y efectiva de las normas internacionales. De esta forma, la soberanía estatal cuenta con dos limitantes: por una parte, la soberanía de los otros Estados, por la otra, el orden jurídico internacional. Pagliari, Arturo, *Derecho internacional público. Ensayos II*, Novcento, 2003.

centró básicamente en tres objetivos: la protección de los derechos humanos, la cooperación y el desarrollo, y la conservación del medio ambiente.

Dentro de las funciones que cumple el derecho internacional público, a medida que se perfecciona técnicamente, se amplía y se profundiza su campo de actuación con el fin de brindar una protección eficaz a los sujetos del ordenamiento jurídico internacional, no sólo de los Estados que constituyen los principales sujetos del derecho internacional público, sino, también, de los hombres individualmente considerados. En las últimas décadas, se ha internacionalizado la protección de los derechos humanos, es decir de la tutela del hombre, de la dignidad humana frente al poder; porque existe mayor seguridad jurídica cuando el derecho protege en forma eficaz los derechos de la persona humana que se consideran básicos para una existencia digna.¹¹

El derecho internacional público es el modelador del orden social internacional y, con él, soporte de la paz y seguridad internacionales; en ese sentido, debe cumplir el fin social propio de todo ordenamiento jurídico: contribuir al progreso moral y material de los sujetos. Para cumplir esa función se hizo necesario crear normas que atendieran y observaran el principio de cooperación internacional, que se tradujo a través de una “cooperación institucionalizada”, principalmente concretada mediante el accionar de las organizaciones internacionales. Esta función de cooperación tiene su fundamento en la función básica del mantenimiento de la seguridad y de la paz internacionales. En efecto, en la actualidad la cooperación se observa como una necesidad imprescindible para asegurar la coexistencia pacífica entre los sujetos de la comunidad internacional. Los Estados toman conciencia de que sólo haciendo efectivo el principio de cooperación pueden solucionar más acertadamente los problemas comunes que tiene la comunidad internacional. Es producto del cambio del concepto de soberanía, de noción absoluta al de interdependencia. Esta idea reposa en dos consideraciones: una, la toma de conciencia por parte de los Estados que no pueden vivir aislados, y, otra, en la necesidad de cumplir con una función básica del derecho internacional, cual es la satisfacción de sus intereses comunes.

El principio de igualdad jurídica de los Estados no constituye un aspecto suficiente porque la desigualdad real de los Estados determina en

11 A partir de la segunda mitad del siglo pasado existen innumerables declaraciones, pactos y convenciones que se refieren a esta materia.

los hechos situaciones de injusticia que todavía no se han podido superar. Quedó demostrado que no era suficiente ser independiente jurídicamente; se hacía necesario ampliar el principio de cooperación, concentrándolo en un aspecto: el desarrollo. La acción de la comunidad internacional se reflejó en la resoluciones de la AG de las UN 3201 y 3202, y en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (Res. 3281). Desde ese momento se habla del nacimiento de un nuevo orden económico internacional.¹²

La conservación del medio ambiente, es decir, la preservación del medio y sus ecosistemas, es un valor común de la comunidad internacional. De aquí que se pretenda la creación de normas internacionales que lo protejan y reglamenten la actividad de los Estados y particulares en cuanto a su utilización. En tal sentido la cooperación institucionalizada ha tenido un papel sumamente importante en las últimas décadas, tratando de conciliar conceptos como ecología, economía, medio ambiente y desarrollo. Nuevos principios internacionales informan esta función: *a)* De prevención (daños transfronterizos, utilización equitativa y razonable, deber de vigilancia); *b)* De reducción (limitar los niveles de contaminación); *c)* De control (comprende la represión; incluso se ha llegado a considerar la contaminación masiva de los mares o la atmósfera, como un crimen internacional).

El otro objetivo del derecho se refiere a la justicia. Sin profundizar en la consideración de la esencia de la justicia, baste decir que la misma se respeta en cuanto existe un criterio básico de igualdad. Si bien se reconoce en la Carta de la ONU el principio de igualdad jurídica de los Estados (principio de soberanía), no se puede negar en la realidad la desigualdad de hecho de los Estados. La función del derecho es intentar imponer en las relaciones internacionales la justicia como valor objetivo. Ese valor objetivo que significa la justicia, que tiene como propósito hacer de ella una realidad, es perceptible en cuanto a la formación de las normas (justicia legislativa), a su vigencia (justicia conmutativa) y en lo referente a la aplicación de las mismas (justicia judicial), constituyendo todas ellas lo que se denomina la justicia subjetiva. Lo mismo ocurre con otras dimensiones de la justicia como son las relativas a la proporcionalidad en

12 Los fines principales del llamado nuevo orden económico internacional, plasmado en la resoluciones citadas, fueron satisfacer necesidades básicas humanas, estrechar la brecha existente entre países ricos y pobres, acelerar el desarrollo económico de estos últimos, y reivindicar la propiedad de sus recursos naturales como un derecho soberano e inalienable.

el trato (justicia distributiva) y a la compensación adecuada a la violación cometida (justicia correctiva).

III. FUENTES

La descentralización del poder político que caracteriza a la sociedad internacional produce una estructura de carácter horizontal donde coexisten los Estados como sujetos primarios y fundamentales de esta comunidad. Dentro de tal estructura no existe un poder central con facultades para crear la norma internacional. En consecuencia son los propios Estados los creadores de las normas y los destinatarios de las mismas.

El principio de igualdad jurídica de los Estados hace que el consentimiento sea el mecanismo básico para la creación de normas y obligaciones internacionales, ya sean estas consuetudinarias, convencionales o unilaterales. En un caso, mediante un comportamiento o práctica sobre una materia determinada, aceptada y conformada por el uso de los sujetos; en otro, mediante la celebración de tratados, y en el restante, por obra de la voluntad de asumir un compromiso jurídico unilateral en forma clara y concreta.

En todos estos casos, el consentimiento de los Estados expreso, tácito, individual o colectivo juega un papel trascendente en la creación de la norma internacional, constituyendo sin duda la fuente del derecho más precisa.

Sin embargo, existen ciertos límites a la voluntad estatal como fuente del derecho, límites que en unos casos están dados por fuentes de otra naturaleza (los principios del derecho), y en otros, por normas jurídicas superiores a esa voluntad que se deben observar bajo pena de nulidad (*ius cogens*) y por delegación de facultades soberanas (supranacionalidad).

IV. LOS LÍMITES A LA VOLUNTAD ESTATAL

1. *Los principios del derecho*

El basamento de todo orden jurídico es, en último término, la justicia, valor anterior a las reglamentaciones positivas. El ordenamiento jurídico internacional tiene como fundamento el propósito de hacer realidad la justicia en las relaciones entre sus destinatarios. La realización de la justicia requiere del derecho internacional.

La voluntad estatal (particular o general) no puede constituir el fundamento último de validez de las normas internacionales ni considerarse como única causa creadora de las mismas. La conformidad de los Estados es importante para consolidar los valores mediante su formulación normativa y aplicación universal.

Los principios son reglas de derecho superiores a las positivas que se concretan mediante la expresión de voluntades subjetivas a las que sirven de fundamento. Los principios generales del derecho constituyen las pautas de toda normativa jurídica, por lo cual resultan la primera consecuencia de hacer efectiva la justicia en la realidad internacional.

Los principios constituyen los elementos fundamentales, origen y causa del ordenamiento jurídico internacional. Los principios generales del derecho constituyen pautas esenciales vigentes que informan toda la elaboración jurídica particular, y condicionan el proceso de creación de normas jurídicas.

Tanto los principios del derecho internacional general como del particular son principios propios del derecho internacional, relacionados con los principios generales del derecho, pero basados en la particular naturaleza de la realidad social internacional.¹³

2. *Las normas imperativas*

La existencia de normas imperativas de derecho internacional público hoy no se discute. Lo que todavía es motivo de análisis son los problemas derivados en cuanto a su origen (clarificación en cuanto se trate de un principio o norma consuetudinaria), determinación (ausencia de un mecanismo formal que determine objetivamente las normas imperativas o bien que una norma de derecho internacional general ha alcanzado la categoría de imperativa) y aplicación (carencia de un órgano decisorio para establecer una jerarquía de fuentes y de normas en derecho internacional).

13 Se ha discutido que los principios generales del derecho internacional sean fuente autónoma de derecho aduciendo, por una parte, porque constituyen derivaciones de otras fuentes (tratados o costumbres) y, por otra, que los principios generales del derecho que hace mención el artículo 38 del estatuto de la corte, son exclusivamente los principios generales del derecho reconocidos en foro doméstico. No estamos de acuerdo con dichas objeciones. Los principios generales del derecho internacional, en muchos casos no revisten las condiciones previstas para la formación de una norma consuetudinaria, especialmente por carencia de algunos de los elementos materiales necesarios para su constitución. La segunda objeción tampoco constituye un obstáculo para considerarlos fuentes, ya que según la opinión mayoritaria, las fuentes del derecho internacional no se agotan en las enumeradas en el artículo 38, ya que dicho dispositivo sólo tiene un carácter indicativo no taxativo y excluyente.

El jusnaturalismo siempre sostuvo que existía una limitación objetiva a la potestad soberana de los Estados en la creación y aplicación de la norma internacional, a diferencia de las corrientes voluntaristas que negaron tal posibilidad. En el derecho en general, y en los sistemas normativos internos en particular, el principio de la autonomía de voluntad está subordinado y limitado por el concepto de orden público. Si bien este concepto ha motivado innumerables discusiones doctrinarias en cuanto a su precisión, significa, en definitiva, la prevalencia del interés general, público o social sobre el individual. Consecuencia de las disposiciones de orden público, es que derogan toda convención de los sujetos de derecho que se le opongan; no rige respecto de ellas la autonomía de voluntad de las partes; en definitiva, son normas imperativas y no supletorias de la voluntad de las partes.¹⁴

Trasladado el problema al orden internacional, que presenta rasgos propios y diferenciados de los órdenes internos (descentralizado, inorgánico, etcétera), es preciso señalar que también existe esa dicotomía normativa entre normas dispositivas y normas imperativas. Quizás un marco referencial para establecer una diferencia entre ambas esté en el objeto regulado por la norma, ya sea consuetudinaria o convencional: la limitación de la voluntad de los Estados está centrada en el aspecto fundamental de la licitud del objeto regulado.

En situaciones de estabilidad de las relaciones internacionales, el derecho positivo es suficiente para resolver adecuadamente las situaciones jurídicas. Pero en época de crisis o de transformaciones, el derecho positivo, a veces, no tiene la repuesta adecuada. En tales supuestos es necesario recurrir a normas superiores que trasciendan ese derecho positivo: los principios y las normas imperativas.

El *jus cogens* quedó incorporado en la Convención de Viena de 1969, en los artículos 53, 64 y 71.¹⁵

14 El orden público no es un concepto unívoco sino elástico, pues no se trata de un concepto rígidamente delimitado, sino que constituye un problema de valoración jurídica. Macagno, Julio, *El derecho coactivo en el derecho internacional*, Ed. Multicopias, 1980.

15 El artículo 53 declara nulo todo tratado que esté en el momento de su celebración en oposición a una norma imperativa de derecho internacional, definiendo a continuación lo que la convención entiende por normas de esa naturaleza. El 64 declara que se convierte en nulo y finaliza todo tratado existente que esté en oposición con una nueva norma de derecho internacional que surja con posterioridad; y el 71 reglamenta las consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

A través de la historia, la doctrina, la jurisprudencia y la opinión de los Estados, es posible determinar en la actualidad las siguientes normas *ius cogens*: la comercialización de seres humanos (esclavitud y trata de blancas); la proscripción del uso de la fuerza (agresión); la destrucción de un grupo nacional o étnico (genocidio); la violación de las leyes de la guerra (crimen de guerra); los ataques contra la población civil (crimen de lesa humanidad); la opresión de un grupo racial sobre otro (*apartheid*); la contaminación masiva y deliberada de la atmósfera o de los mares.

Esta clase de normas presentan los siguientes caracteres: *a*) Constituyen sus normas un orden público internacional; *b*) Son de derecho internacional general, por ende son universales; *c*) Protegen el interés común (el bien común universal) de la comunidad internacional; *d*) Constituyen derecho coactivo, perentorio, imperativo; *e*) Sancionan con la nulidad toda norma derogatoria; *f*) Son supremas (en cuanto a la categoría de normas); *g*) Introducen una seria limitación a la autonomía de voluntad de los Estados.

Las normas imperativas son generadas por los principios del derecho y la costumbre internacional. Es difícil admitir que una norma de esta naturaleza pueda ser creada por vía convencional, ya que se tendrían que poner de acuerdo todos los Estados del mundo en la celebración y aprobación de un tratado que la contenga.¹⁶

Consecuencia de esto es que los actos particulares de los Estados, en cualquier forma que se expresen, no pueden crear normas imperativas, ya que de aceptarse esta postura, no sólo iría en contra del mismo concepto y naturaleza de la norma imperativa, sino que también podría constituirse en un pretexto de incumplimiento de un tratado o atacarlo de nulidad, lo que violaría abiertamente el principio de la *pacta sunt servanda*.¹⁷

En cuanto a la jerarquía de las fuentes, esta clase de normas están en el escalón más alto e implícitamente incorporadas en el artículo 38 del estatuto de la corte, ya sea vía principios o por la costumbre. El *ius cogens* se halla en la cúspide de las fuentes normativas, tanto por su carácter

16 Para algunos autores y la posición de ciertos Estados cuando se discutió sobre este tema, las disposiciones de la Carta de San Francisco constituirían normas *ius cogens*. Tunkin, coincidente con su concepción general del derecho internacional, sostiene que las normas imperativas nacen del derecho convencional. Acorde con esta postura la Unión Soviética sostuvo la importancia preponderante de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas como fuente del *ius cogens*. A juicio de la representación australiana, el artículo 75 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, destaca el carácter *supercogens* de la carta.

17 Las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 no admiten tal posibilidad.

inderogable (en tiempo de paz como de guerra), como por su contenido. No le es oponible al *ius cogens* la regla del objeto persistente (como en las normas de derecho internacional general consuetudinaria). Tiene su fundamento en la calidad del bien protegido.¹⁸

3. *La delegación de competencias estatales (supranacionalidad)*

La ampliación de las funciones del derecho internacional público clásico al contemporáneo, producto del cambio operado en la comunidad internacional, se traduce, fundamentalmente, en el campo de la cooperación internacional y, su correlato, la institucionalización de la comunidad. La función de cooperación da nacimiento a nuevas ramas jurídicas como el derecho del desarrollo, el derecho económico internacional, el derecho del medio ambiente, el derecho penal internacional, el derecho internacional de los derechos humanos, etcétera, que determinan el surgimiento de nuevos conceptos de contenido jurídico.

En este proceso-función de cooperación y desarrollo, juegan un papel significativo las organizaciones internacionales, consideradas el paso necesario en la institucionalización de la comunidad internacional. El principio asociativo en las organizaciones internacionales es la igualdad jurídica de sus miembros: los Estados preservan de ese modo el principio de soberanía, aunque limitándolo en forma paulatina pero creciente por su propia voluntad a materias específicas.

Pero las organizaciones internacionales siguen evolucionando en la medida en que los Estados aceptan la delegación de determinadas potestades soberanas, elaborándose un nuevo concepto, el de supranacionalidad. La supranacionalidad da nacimiento a las llamadas organizaciones internacionales supranacionales, que constituyen el último paso en la evolución de las formas de cooperación internacional.¹⁹

18 Violaciones graves a normas jurídicas internacionales, como el genocidio o la agresión, constituyen normas *ius cogens* aceptadas universalmente, como también los crímenes de guerra y de lesa humanidad, la esclavitud, etcétera. Cualquiera de estas acciones violatorias del derecho internacional, “conlleva a la destrucción de las bases sustanciales necesarias, naturales o sociales de la comunidad internacional”. De Clement, Zlata Drnas, “Las normas imperativas de derecho internacional general. Dimensión sustancial”, en varios autores, *Estudios de derecho internacional. Homenaje al profesor Ernesto Rey Caro*, Córdoba, Argentina, Ed. Lerner, 2002.

19 La actualidad muestra a las organizaciones internacionales “en proceso de perfeccionamiento como instrumento de cooperación estatal (intergubernamentales) y con progresiva participación, en los asuntos políticos que afectan a la comunidad internacional, a las que disponen del ejercicio de

Si bien el sustento jurídico (legitimación) de esta clase de organizaciones lo constituye la voluntad y el consentimiento de los Estados que la conforman, la delegación de potestades soberanas a las mismas determinan el ejercicio de tales competencias por parte de la organización, lo que significa una verdadera restricción a la autonomía de voluntad estatal inherente al principio de soberanía. Consecuencia de ello es la restricción de la capacidad de los Estados para decidir en forma autónoma su política interna y externa: el ejercicio de ciertas potestades soberanas quedan en manos de otros sujetos internacionales.²⁰

En definitiva, el haz de competencias soberanas delegadas por los Estados en las organizaciones internacionales supranacionales, constituye un límite a sus voluntades individuales o colectivas. Tal restricción se traduce necesariamente en una limitación de la voluntad de los Estados en los procesos de creación, modificación o extinción de normas u obligaciones internacionales.

Ese proceso se traduce en un cambio de la importancia de las fuentes del derecho en dos sentidos: un reemplazo del derecho consuetudinario por el derecho de los tratados (desplazamiento del centro de gravedad en el cuadro de las fuentes de la costumbre hacia los tratados), ya que las convenciones constituyen el instrumento idóneo para el cumplimiento de las funciones de cooperación; y una ampliación de las fuentes del derecho internacional al adquirir gran importancia la resolución de las organizaciones internacionales.²¹

facultades supranacionales con proyección externa; su operatividad resulta de las competencias de sus respectivos órganos.

20 Se puede observar este fenómeno particularmente “en el plano comercial de la Comunidad Europea, aún cuando tampoco se trata ésta de una transferencia generalizada; incluso en el caso de la Unión Europea se aprecia una mayor restricción por parte de los Estados miembros a los poderes que pueden ser ejercidos por los mecanismos propios de la Unión. Orrego Vicuña, Francisco, *op. cit.*, nota 3.

21 En la opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o el uso de las armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia estableció que las resoluciones de la Asamblea General, aún cuando carezcan de fuerza obligatoria, “pueden tener a veces valor normativo”; pueden servir de prueba de la existencia de una regla o de comprobación de una *opinio juris*; también, “sucesivas resoluciones pueden ilustrar sobre la progresiva evolución de la *opinio juris* que es necesaria para la existencia de una regla nueva”. *Recueil*, 1996.

V. LAS FUNCIONES, LAS FUENTES, EL CUMPLIMIENTO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Las normas y obligaciones internacionales adoptadas y aceptadas por los Estados deben ser cumplidos por ellos de buena fe (*pacta sunt servanda*), y generalmente así lo hacen en forma espontánea.

Para la aplicación de una norma internacional es preciso la determinación previa, tanto de su existencia, como de su contenido y alcance. Si bien este proceso aparece como sencillo en los tratados, se torna más dificultoso y controvertido en los casos de principios, normas imperativas y normas consuetudinarias. En efecto, aún cuando la norma sea identificada y se constate que se encuentra vigente, resta determinar si la misma es oponible al sujeto de que se trate. Esta situación se encuentra estrechamente vinculada con el carácter relativo de las normas internacionales (las consuetudinarias, por la figura del objetor persistente; las convencionales, por la regla *res inter alios acta*).

La aplicación está íntimamente vinculada con el proceso de interpretación de la norma, que nos remite al problema de la inexistencia de un órgano central cuya función debería ser, justamente, la de interpretar y aplicar las normas internacionales. La aplicación de las normas internacionales corresponde a los propios sujetos, y en tal sentido los Estados, sujetos principales, la aplican y cumplen no sólo por el compromiso jurídico internacional que suponen tales normas, sino también porque en muchos casos la incorporan a su derecho interno, y consecuentemente son aplicadas por sus propios órganos. En efecto, los tribunales nacionales en muchos casos aplican el derecho internacional en virtud de la incorporación al derecho interno de los tratados debidamente ratificados, pero también pueden hacerlo con normas internacionales consuetudinarias.²²

La violación de las normas jurídicas o de las obligaciones internacionales vigentes generan responsabilidad internacional del autor. La responsabilidad constituye el núcleo del sistema jurídico internacional.²³ En

22 “La aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales también muestra la naturaleza evolutiva del orden internacional... Este es un fenómeno creciente en la función judicial, pero también se ha prestado a abusos en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales o en la propia interpretación del derecho internacional aplicable”. Orrego Vicuña, Francisco, *op. cit.*, nota 3.

23 Tanto el principio de que la violación de una obligación internacional origina la responsabilidad internacional, como su corolario, el deber de reparar en forma adecuada el daño causado, han sido aceptados y ratificados en forma pacífica por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica de los Estados. Pagliari, Arturo, *op. cit.*, nota 10.

efecto, “se puede considerar a la responsabilidad internacional como aquella situación resultante del incumplimiento de una obligación jurídica internacional por un sujeto del derecho internacional, cualquiera sea la naturaleza de esa obligación y a la materia a que se refiere”.²⁴ Es decir, que todo comportamiento (por acción u omisión) atribuible a un sujeto internacional violatorio de una obligación internacional, conforma un hecho internacional ilícito, que genera responsabilidad internacional.²⁵ Las consecuencias jurídicas que se derivan del acto internacionalmente ilícito, en síntesis, son las siguientes: *a)* La continuidad del deber del autor de la violación de cumplir la obligación violada; *b)* Poner fin al hecho ilícito; *c)* Ofrecer garantías de no repetición; *d)* Reparar íntegramente el perjuicio causado por la violación.

Todo sujeto internacional lesionado por el hecho internacionalmente ilícito, puede invocar la responsabilidad internacional del responsable, exigiendo que se cumplan las consecuencias propias del mismo.

Pero si el sujeto infractor de la norma internacional no reconoce ni acepta su responsabilidad internacional ante el ilícito internacional, ¿Existen procedimientos de aplicación coactiva de las normas internacionales? Y en su caso ¿cuáles son esos procedimientos y de qué manera se instrumentan?

Las características propias del derecho internacional (carencia de órganos centrales y de una jurisdicción obligatoria) no privan a sus normas de coactividad, aunque condicionan sus mecanismos.

Frente a un hecho ilícito internacional caben, en principio, dos clases de reacciones: una, centralizada de naturaleza vertical, de carácter institucional; la otra, descentralizada, de naturaleza horizontal, individual, unilateral. Las primeras se adoptan en el marco de sistemas normativos centralizados, previstas en las cartas o tratados de las organizaciones internacionales, y generalmente se las tipifica como sanciones por su verticalidad, ya que las mismas son resueltas por los órganos de la organización con competencia para ello; de allí que ellas respondan siempre a pautas convencionales institucionales.²⁶ Esta clase de reacciones (sancio-

²⁴ *Idem.*

²⁵ Resolución AGNU 56/83, proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional (artículo 10.).

²⁶ Las medidas adoptadas por la organización internacional general o regional se las denomina sanciones (ya que pueden tener carácter punitivo) de naturaleza vertical (se dirigen desde el órgano competente hacia el Estado —miembro de la organización— infractor).

nes) pueden ser decididas no solamente en el marco de organizaciones mundiales, sino también en el de las organizaciones regionales,²⁷ o bien por normas establecidas en tratados²⁸ que establecen mecanismos de esta naturaleza para aplicar en el caso de controversias entre las partes o bien cuando una de ellas viola las disposiciones convencionales.

En cambio, la reacción descentralizada, unilateral es llevada a cabo por el Estado directamente lesionado mediante medidas de retorsión, reciprocidad o represalias (contramedidas). Parte de la doctrina engloba dentro de la denominación genérica de contramedidas, todas aquellas acciones individuales que puede tomar el Estado lesionado para presionar al Estado infractor, al cumplimiento de la obligación violada,²⁹ y que asuma las consecuencias del hecho ilícito.³⁰ Otros circunscriben el término únicamente a las represalias. La razón de estos últimos es que la retorsión y las medidas de reciprocidad son acciones lícitas y se toman en el marco del derecho de los tratados, respectivamente, mientras que las represalias (contramedidas) son acciones normalmente ilícitas, pero que el derecho las transforma en lícitas.

La importancia y trascendencia de estas últimas motivó que la resolución AGNU 56/83 le dedicara su particular atención. En efecto, las contramedidas componen el capítulo II (contramedidas, artículos 49 a 54) de la tercera parte (modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado). Las contramedidas significan un comportamiento de un Estado que no está en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro, presenta los siguientes caracteres y condiciones: *a)* Objeto: inducir al Estado infractor a que cumpla con la obligación violada y al pago de la reparación pertinente; *b)* Finalidad: lograr la reanudación del cumplimiento de la obligación violada; *c)* La contramedida adoptada debe ser limitada en el tiempo: hasta la cesación del ilícito o cuando se someta la controversia a un tribunal con facultades para dictar una decisión vinculante; *d)* Debe ser proporcional al perjuicio sufrido y a la gravedad del hecho ilícito.

Si bien el Estado facultado para adoptar las contramedidas es el Estado directamente lesionado, el proyecto autoriza en casos especiales a terceros Estados (artículo 48) a invocar a la responsabilidad internacional

27 Facultades del Consejo de Seguridad en las Naciones Unidas, o del Consejo Permanente de la OEA.

28 Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

29 Retorsión, represalias, denuncia de un tratado, incumplimiento de normas convencionales, legítima defensa.

30 Cese del hecho ilícito, reparación y, en su caso, seguridades y garantías de no repetición.

del Estado infractor³¹ para reclamar la cesación del ilícito, obtener garantías de no repetición y obligarlo a cumplir con la reparación; incluso ha quedado inserta en la resolución lo que se denomina “cláusula de salvaguardia” (artículo 54), por la que se deja a salvo el derecho de cualquier Estado, facultado de conformidad al citado artículo 48, a tomar medidas lícitas contra el Estado infractor para asegurar la cesación de la violación y el pago de la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.³²

VI. CONCLUSIONES

Hemos tratado de señalar la directa relación existente entre las funciones, las fuentes y el cumplimiento del derecho internacional.

El cumplimiento de los fines y funciones del derecho internacional requiere la adecuación de sus reglas a la realidad social que es el objeto de su regulación normativa.

Esa adecuación del derecho internacional a la realidad de la comunidad internacional, que es la base donde opera el derecho, reconoce la posibilidad de su aplicación efectiva (cumplimiento del derecho)³³ con el fin de que sirva para garantizar la paz y la seguridad entre los sujetos de esa comunidad, aplicación que constituye el fundamento mismo de la obligatoriedad del sistema jurídico internacional.³⁴ Que las normas internacionales generalmente se cumplan de modo espontáneo por los Estados, no

31 En los casos en que la obligación violada exista con relación a un grupo de Estados del que el tercer Estado forme parte o que la obligación violada exista con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

32 Algunos autores afirman que estas disposiciones consagran una especie de acción pública internacional (*actio popularis*), ya que se legitima a Estados no directamente lesionados en sus derechos subjetivos por el ilícito, para invocar la responsabilidad del Estado responsable y solicitar el cese de la violación, el otorgamiento de garantías de no repetición que cumpla con su violación de reparar (en interés del Estado lesionado y de los beneficiarios de la obligación violada). Téngase presente que esta legitimación no sólo se otorga en caso de violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas (lo que en el proyecto original se denominaban como “crímenes internacionales”), sino también en los casos de violaciones de obligaciones colectivas o con la comunidad internacional en su conjunto.

33 La aplicación del ordenamiento internacional plantea el problema de la eficacia del sistema internacional como orden jurídico. González Campos, Julio *et al.*, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Facultad de Derecho, 1990.

34 Lo que realmente diferencia a la moral y al derecho “es el diferente grado de sanción, y más exactamente, por lo que al ordenamiento internacional se refiere, la responsabilidad internacional que la violación del derecho internacional público origina. Díez de Velasco, M., *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, 1985.

obsta para que su violación signifique para el responsable una amenaza de coacción jurídica, vía sanción institucionalizada o contramedida unilateral por el lesionado. La ausencia de un régimen superior centralizado e institucionalizado que imponga la coacción ante un hecho ilícito internacional, no le resta por sí mismo eficacia y obligatoriedad a la norma internacional. Por el contrario, y esto nos lleva nuevamente a destacar la íntima relación existente entre funciones, fuentes, cumplimiento y voluntad de los Estados, “dado que los Estados han participado mediante su consentimiento, que cristaliza un *consensus* común, en la formación de las normas, éstas no se imponen por un cauce autoritario, al margen de la voluntad de cada Estado; lo que facilita la aplicación del derecho en una sociedad de Estados soberanos e iguales”.³⁵

Sin perjuicio de esto, el jurista ha de preguntarse ante el derecho internacional público como un sistema jurídico determinado, cuáles son, qué significado tienen y qué alcancen poseen esos principios básicos respecto a la seguridad y a la justicia, y también, cuál es la relación entre ellos.

Asimismo, puede y debe hacer la crítica de esos principios desde el punto de vista de sus propios ideales de justicia, si no coinciden con los del sistema imperante.

El derecho internacional público ha sido y seguirá siendo tema de controversias filosóficas en el campo de la ley, precisamente porque en su esfera se ponen frente a frente los valores de orden y justicia que constituyen la dialéctica del derecho.

En la esfera internacional, es innegable que el orden representa el interés predominante de la comunidad de naciones participantes, de modo que, aún cuando en determinadas circunstancias la justicia y, por lo tanto, las normas se apliquen de manera imperfecta, ese orden tiene, no obstante, significado y valor.

En la actualidad, se hace necesario reforzar la conciencia jurídica que permita a la comunidad internacional cumplir las grandes tareas que la época plantea.

Una posible ley universal, dentro del marco de una Constitución mundial, parece estar de acuerdo con la progresiva comprensión de la tarea que el derecho, como realización de la justicia, pone ante la humanidad. Sólo así se podrán conducir y realizar de manera adecuada y justa los intereses comunes de la humanidad.

35 González Campos, Julio *et al.*, *op. cit.*, nota 33.