

EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO COMO ORDEN JURIDICO*

Hernán Valencia Restrepo

Doctor en Derecho de la U. de A.
Profesor de tiempo completo de la Facultad de
Derecho de la U. de A.
Profesor de Cátedra de la U. P. B.
Medellín, Colombia, calle 48A, N° 81A-28.

*Primeros dos capítulos de la primera parte del curso de Derecho Internacional Público.

SUMARIO

1. El Concepto de "Derecho Internacional Público": 1-31.
 - 1.1. Apunte terminológico: 2-5.
 - 1.1.1. "Internacional": 3-4.
 - 1.1.2. "Público": 5.
 - 1.2. Definición formal del d.i.: 6-8.
 - 1.3. Tentativa de definición material o descripción material del actual derecho de gentes: 9-14.
 - 1.4. Las divisiones del d.i. y sus mutuas implicaciones: 15-21.
 - 1.5. Ubicación del d.i. dentro de la ciencia de las relaciones internacionales y dentro del ordenamiento y ciencia jurídicos: 22-31.
2. La Juridicidad y Atipicidad del D.I.: 32-75.
 - 2.0. Los "negadores" del d.i.: 34-35.
 - 2.1. La juridicidad del d.i.: 36-49.
 - 2.1.1. Las notas esenciales del derecho: 37-47.
 - 2.1.1.1. Exterioridad predominante: 40.
 - 2.1.1.2. Bilateralidad: 41.
 - 2.1.1.3. Heteronomía: 42-45.
 - 2.1.1.4. Coercibilidad: 46-46A.
Epílogo: La definición del derecho: 47.
 - 2.1.2. Las notas esenciales del derecho en el d.i.: 48-75.
 - 2.1.2.1. Exterioridad predominante y bilateralidad del d.i.: 49.
 - 2.2. La atipicidad del d.i.: 50-75.
 - 2.2.1. La heteronomía inorgánica del d.i.: 52-60.
 - 2.2.2. La coercibilidad inorgánica del d.i.: 61-72.
Epílogo: La definición del d.i.: 73-75.

Ex-curso.

1. El Concepto de "Derecho Internacional Público".

1. Aproximación y Puntos de Partida, Referencia y Llegada.

Para hacernos a un concepto de "Derecho Internacional Público", recorreremos un camino dividido en cinco etapas:

- La primera, el apunte terminológico, es una simple aproximación al concepto (1.1.).
- La segunda, la definición formal, constituye el punto tanto de partida como de referencia. Punto que nos dará la esencia lógica del derecho internacional público o el concepto de éste en sentido estricto (1.2.).
- La tercera, una mera tentativa de definición material, explicita el objeto actual del derecho internacional público, referido a la etapa anterior, a la definición formal (1.3.).
- Finalmente, las etapas cuarta y quinta, las divisiones del d.i. (1.4.) y su ubicación en la ciencia y en el ordenamiento jurídicos (1.5.), son el punto de llegada. En él queda consolidado el concepto de "Derecho Internacional Público".

1.1. Apunte Terminológico.

2. El Sustantivo "Derecho" y los Dos Adjetivos Calificativos "Internacional" y "Público".

En este primer capítulo, no nos ocuparemos del nombre "Derecho" porque reservamos su análisis crítico, algo demasiado trascendental, a todo un capítulo, el segundo.

Centraremos, pues, nuestra atención en los calificativos "Internacional" y "Público".

1.1.1. "Internacional".

3. Imprecisión del Vocablo "Internacional".

El vocablo "Internacional" conlleva la idea de "Nación", que es de poca relevancia jurídica y de mucho contenido ideológico.

En efecto, por nación se ha entendido la sustancia humana del Estado o la persona jurídica formada por el conjunto de individuos que lo componen y titular del derecho subjetivo de soberanía. Esto

en el derecho constitucional. Y en el derecho internacional público, el conjunto de hombres que tienen cierta unidad o comunidad de raza, lengua, religión, cultura o civilización que les crea aspiraciones, tradiciones y recuerdos comunes (nacionalismo). Las naciones como tales no son sujetos del d.i.¹

Parecería mejor sustituir la dicción "Internacional" por "Inter-estatal", toda vez que "Estado" es una categoría estrictamente jurídica: "Comunidad jurídico-política delimitada espacialmente", al decir de Oscar Fischbach.

Pero aún así, con la connotación de "Derecho Inter-estatal" o "Supra-estatal" no se estaría dando un concepto preciso y omnicomprendivo de las relaciones reguladas por el tradicional y comúnmente llamado d.i.

En verdad, tal ordenamiento regula la conducta de las naciones o Estados entre sí, mas también la de otros sujetos no nacionales ni estatales, como la de las Organizaciones Internacionales (O.N.U., O.E.A., v.gr.) o Supranacionales (Pacto Andino, Comunidad Económica Europea), de los grupos de rebeldes o insurrectos y, en ocasiones, la de las mismas personas naturales o individuales.

En suma, el vocablo "Internacional" es impreciso porque no delimita omnicomprendivamente las relaciones reguladas por el d.i.

4. Derecho Internacional y Derecho de Gentes.

Hasta las postrimerías del siglo XVIII, nuestra disciplina se denominó derecho de gentes. Esta expresión se había tomado del "ius Gentium" romano, en donde tuvo tres acepciones:

- 1^a El "ius Gentium" era el mismo derecho civil romano ("ius civile Romanorum"), despojado de los formalismos puramente romanos, aplicable a las relaciones entre romanos y extranjeros ("peregrini"), o entre extranjero y extranjero dentro del territorio romano.²
- 2^a El "ius Gentium" era el conjunto de normas jurídicas aplicables en todos los pueblos sin distinción de nacionalidad.³

(1) Véase a este respecto a Verdross, Alfred. "Derecho Internacional Público". Sexta edición española. Madrid, 1978, quien se refiere en el capítulo V, literal c, a Suiza como a un "Estado de nacionalidades" y a los imperios austriaco y ruso como a "Estados plurinacionales". Lo mismo se afirma del reino de Bélgica.

(2) Cfr. Gayo, 93, 133.

(3) Gayo, I, 1: "Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populus costoditur vocaturque ius Gentium quasi quo iure omnes Gentes utuntur". Original sin resaltos. En el mismo sentido, Cicerón, "De Officiis", 3. 69.

3ª El "ius Gentium" era el conjunto de normas que regían las relaciones entre Roma y los demás pueblos organizados políticamente. El que se aplicaba, por ejemplo, a las declaraciones de guerra ("ius feiale") y a los tratados de paz o de alianza.⁴

La tercera acepción fue la tenida en cuenta y por ello se llamó nuestro derecho internacional derecho de gentes, "ius Gentium" o "ius inter Gentes",⁵ entendiendo por "Gens" o "Gentes" los pueblos organizados políticamente.

En 1780, el jurista inglés Jeremy Bentham, en una obra⁶ empleó por primera vez la locución "Derecho Internacional", que suplantó muy rápidamente en las principales lenguas europeas la hasta entonces usual de derecho de gentes. Es así como tal locución ha llegado hasta nuestros días.⁷

La rapidez con que se propagó la nueva denominación⁸ obedeció a que desde el siglo XVI los más importantes pueblos de Europa estaban organizados políticamente (recuérdese el significado de "Gentes") bajo la forma de nación^{9a} y, entonces, el invento terminológico del jurista anglo resultó rigurosamente técnico, como que desde hacía dos centurias los sujetos del derecho de gentes eran las naciones o, mejor dicho, los Estados nacionales.

De veras, lo que subyace en las expresiones "Derecho de Gentes" y "Derecho Internacional Público" es una figura retórico-jurídica, una sinécdoque, en virtud de la cual se toma la parte más importante regulada por ese ordenamiento, su materia por autonomasia (las relaciones entre los Estados) por el todo. Todo constituido por relaciones entre Estados y por relaciones entre sujetos no estatales.

(4) Cfr. Pomponio, L. 17 (18), D., "De Legat.", L. 7. Salustio, "De Bell. Jugurt.", 22, 34. Tito Livio, I. 14 (1); V, 36 (8) y IX, 10, "in fine".

(5) Francisco Suárez, entre otros, empleó ambas denominaciones. Es el "Droit des Gens" de los franceses, "Diritto delle Genti" de los italianos, "Law of Nations" de los ingleses y "Völkerrecht" de los alemanes.

(6) "An Introduction to the Principles of Moral and Legislation".

(7) "Droit International", en francés; "Diritto Internazionale", en italiano; "Direito Internacional", en portugués; "International Law", en inglés; "Internationales Recht", en alemán; "Internationele Recht", en holandés; "Mezhdunarodnoe Pravo", en ruso; "Prawo Miedzynarodowe", en polonés; "Medunarodno Pravo", en yugoeslavo; "Elkanwn Eldawly", en árabe; "Kuo-tsi-fa", en chino y "Kokusaisho" en japonés.

(8) Ya en 1802 aparece traducido al francés por el suizo Dumon el trabajo de Jeremy Bentham. En Francia se añadió el otro adjetivo, "público", para distinguirlo del derecho internacional privado, y de allí pasó el neologismo "Derecho Internacional Público" a Italia, España, Portugal y demás países latinos.

(8a) Sobre el apareamiento del Estado-Nación en el siglo XVI, véase a Crossman, R.H.S. "Biografía del Estado Moderno". Segunda Edición Española. México, 1965. Cap. II, I. Esa obra es la traducción del libro inglés "Government and the Governed" ("A History of Political Ideas and Political Practice").

Scelle ha propuesto un retorno al uso de la fórmula "Derecho de Gentes", pero dando a "Gentes" el significado de individuos.⁹

Estamos identificados con el sentir del ius-internacionalista francés porque la denominación se acomoda a carta cabal con las acepciones que en el derecho romano tuvo el "ius Gentium". Lo que hubo de común a todas ellas fue el regular una relación donde podía haber un elemento extranjero, no romano, fuera éste una persona individual (véase la 1ª y la 2ª acepciones) o una persona colectiva (véase la 2ª y la 3ª acepciones).

Eso es justamente lo que ocurre en el actual derecho internacional que regula no sólo conducta estatal sino también conducta no estatal (la de las organizaciones internacionales o supranacionales) y dentro de ésta la individual excepcionalmente.

Luego, la expresión "Derecho de Gentes" daría a entender de una manera omnicompreensiva la materia regulada por el d.i.

De todos modos, Derecho Internacional y Derecho de Gentes son giros sinónimos.¹⁰

1.1.2. "Público".

5. Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Privado.

El adjetivo "Público", cuando califica el d.i., hace surgir una anfibología porque sugiere antonómica o dialécticamente la idea de que exista otro derecho también internacional: el privado, y lleva a pensar que ambos pertenezcan a una misma rama o familia jurídica.

Es ello erróneo debido a que, en lo relativo a las fuentes y a los ámbitos de validez (personal, espacial y material) de esos dos ordenamientos, o nada hay de común, o lo que hay es demasiado poco como para justificar colocarlos bajo un mismo denominador jurídico.

En cuanto a las fuentes, el d.i. público nace en el seno de la comunidad internacional¹¹ y pretende imponerse a los Estados, ser superior a ellos. En cambio, el d.i. privado surge en el seno de las comunidades nacionales y, por tanto, es lisa y llanamente un dere-

(9) Cfr. Scelle, Georges. "Précis de Droit des Gens". París, 1932. I, 27. También, "Manuel", 1943, 19.

(10) Así, la Constitución Política de Colombia, art. 121, inc. 1.

(11) Vide infra, num. 8.

cho nacional, un derecho interno que de ninguna manera pretende imponerse a otros Estados ni ser superior a ellos. Cada Estado lo crea unilateral y autónomamente. Luego, no es internacional.^{11a}

Aun en los negocios unilaterales del d.i. público, se requiere la cooperación o colaboración de otro u otros Estados diferentes a aquel que emite tales actos. En el d.i. privado cada Estado crea las normas de una manera tan autónoma que no se necesita recabar la cooperación o colaboración de otro u otros Estados.

Es de advertir que eventualmente el llamado derecho internacional privado puede llegar a ser derecho internacional público cuando, mediante un tratado, dos o más Estados crean las reglas que se van a aplicar a las relaciones privadas de los nacionales que se encontraren en el territorio del otro o de los otros Estados signatarios.¹²

Entonces, en lo tocante con las fuentes formales no hay nada en común.

En cuanto a los ámbitos de validez. El ámbito de validez personal del d.i. público está constituido por los destinatarios de la norma jurídico-internacional o por los sujetos de ese ordenamiento, cuales son principalmente los Estados y secundariamente, en la medida que éstos lo han querido, las Organizaciones Internacionales y Supranacionales, y las personas individuales.

Los destinatarios del d.i. privado son exclusivamente las personas individuales (o naturales) y las personas colectivas (o jurídicas) que se hallaren dentro del territorio de un determinado Estado, pero nunca los Estados.

Puede aseverarse que por vía muy excepcional el d.i. público y el d.i. privado en un momento dado podrían tener en común el ámbito de validez personal cuando las normas de uno y otro fuesen dirigidas a los simples miembros de la especie humana.^{12a} Pero esta posibilidad de carácter tan exceptivo configuraría un tener demasiado poco común los dos órdenes en cuestión.

El ámbito de validez espacial del d.i. público no se circunscribe al territorio de un Estado o de varios (los titulares de los derechos y obligaciones jurídico-internacionales) sino que se extiende a cualquier espacio en donde puedan realizarse conductas jurídico-interna-

(11a) Hay tantos derechos internacionales privados cuantos son los Estados. Habrá, v.gr. un d.i. privado colombiano, inglés, francés, venezolano, alemán, etc., pero no habrá sino un solo d.i. público.

(12) Cfr. Oppenheim, L. "International Law". Vol. I. Eighth Edition. New York, 1962, l.

(12a) Esto acaece, por ejemplo, en la protección internacional de los derechos humanos.

cionalmente relevantes; y aún a lugares no estatales, como el espacio extra-terrestre, cósmico o sideral. En cambio, el ámbito de validez espacial del d.i. privado siempre queda circunscrito al territorio de un Estado. Tal orden jurídico no trasciende las fronteras estatales.

El ámbito de validez material del d.i. público es regular con preferencia relaciones jurídicas públicas en que haya uno o varios elementos extranjeros, contrariamente a lo que acaece en el d.i. privado que norma en exclusividad las relaciones jurídicas privadas en las cuales haya uno o varios elementos extranjeros (v.gr., el matrimonio de un nacional alemán con una nacional francesa en Colombia).

Por donde el mal llamado d.i. privado debería denominarse con toda propiedad "derecho de los conflictos de normas, leyes u ordenamientos", puesto que se trata con él de resolver el problema generado por no saberse qué norma ha de aplicarse a una relación jurídica privada que cae simultáneamente bajo las jurisdicciones de dos o más Estados.

Si a toda costa se quisiera conservar un calificativo concerniente a "Nación", dígame más bien "Derecho Privado Internacional" o "Derecho Civil Transnacional".¹³

Por tanto, es demasiado poco lo común existente en esos dos derechos como para que se justifique llamar a ambos "internacionales". El máximo elemento común, ya señalado, consiste en regular entrambos relaciones jurídicas, alguno o algunos de cuyos elementos (sujeto u objeto) no pertenecen a un mismo Estado, en una palabra, hay un elemento foráneo.

Es en este orden de ideas como el d.i. privado encuentra en el "ius Gentium" romano¹⁴ un antecedente histórico.

Por consiguiente, el derecho que estudiamos debería llamarse sencillamente "Derecho Internacional" sin el adjetivo "Público". En puridad de verdad, no hay un derecho internacional privado por cuanto "Derecho Internacional" no hay sino uno y éste es el "Público".¹⁵

(13) Cfr. Sepúlveda, César. "Derecho Internacional Público". 4ª Edición. México, 1971, pág. 4. Camargo, Pedro P. "Derecho Internacional". Bogotá, 1973, tomo I, pág 19, nota 1.

(14) Véase el num. 4. y allí la 1ª acepción del "ius Gentium".

(15) Más adelante, en el num. 26, explicaremos el carácter prevalente del d.i público sobre el d.i. privado

En resumidas cuentas, el adjetivo "público", cuando califica a derecho internacional, nos llama a anfibología, equivocidad o ambigüedad.

1.2. Definición Formal.

6. Las Cuatro Clases de Definiciones del D.I.^{15a}

Según von der Heydte, las definiciones del d.i. se pueden agrupar en cuatro clases:

1. Las definiciones que se basan en las relaciones reguladas por ese derecho; como, por ejemplo, las de Oppenheim, Lauterpacht y Guggenheim.
2. Las definiciones que caracterizan el d.i. porque sus normas tienen como sanción la guerra. Así, Schmitt.
3. Las definiciones que ven en el d.i. el ordenamiento de una comunidad concreta (Scelle y Verdross).
4. Las definiciones que toman en cuenta el proceso empleado para la producción de las normas jurídico-internacionales (Kelsen).
7. *Las Definiciones Materiales y las Definiciones Formales.*

Sin remitirlo a duda, las dos primeras clases son definiciones materiales porque parten del contenido u objeto del d.i., constituido por las normas, las cuales se componen de supuesto y consecuencia.

La primera clase define el d.i. teniendo en mira el supuesto de las normas: las relaciones que ellas regulan; y la segunda, la consecuencia: la sanción (la guerra).

Ambas categorías de definiciones trabajan con juicios de contingencia y, por ello, no son rigurosamente científicas toda vez que lo que ayer fue materia del d.i., mañana bien puede no serlo, o a la inversa.

Regula hoy el d.i. una relación que antes era materia del derecho interno, y mañana pueden imponerse sanciones diferentes a la guerra, y seguirá su existencia, no obstante, el derecho de gentes.¹⁶

(15a) Cfr. Heydte, Friedrich August von der Frhr. "Völkerrecht". 2 Bände. Köln, 1958 bis 1960.

(16) Recuérdese que, a partir de 1928 (Pacto Kellogg-Briand), la interdicción de la guerra domina todo el panorama del d.i. actual.

Las dos últimas clases, en cambio, son definiciones formales debido a que tienen en cuenta dónde y cómo se producen las normas jurídico-internacionales.

Una y otra trabajan con juicios de necesidad porque, por más que cambie el ordenamiento internacional —éste es una normación esencialmente cambiante y convulsa como lo es la comunidad que lo crea y observa— en su aspecto material, siempre las normas nacerán dentro de una comunidad concreta —la internacional— y mediante unos procesos establecidos por ella misma.

De todo lo cual se infiere que la definición rigurosamente científica del d.i. debe combinar las definiciones formales (las pertenecientes a la 3ª y 4ª clases).

Con esa base daremos nuestra propia definición, que es estrictamente formal puesto que delimita el d.i. por sus fuentes formales, tanto generales como particulares. Esto es correcto, ya que las fuentes formales son las líneas demarcatorias, las fronteras o límites entre las diversas ramas del ordenamiento jurídico: ellas tipifican o caracterizan cualquier rama del derecho.

8. Nuestra Definición Formal del D.I.

El d.i. es la rama jurídica que se ocupa de las normas creadas por la comunidad internacional, bien sea a través del comportamiento habitual de los sujetos¹⁷ que la componen (costumbre internacional), bien a través de las declaraciones de voluntad emitidas por ellos individualmente (negocios jurídico-internacionales de formación unilateral), bien a través de acuerdos entre los mismos o tratados (negocios jurídico-internacionales de formación bi o multi-lateral), bien a través de Organizaciones Internacionales o Supranacionales (legislación internacional), bien a través de los principios generales del derecho o bien a través de la jurisprudencia y la doctrina internacionales.

Nuestra definición formal, por consiguiente, se basa en la autoridad que hace nacer la norma jurídico-internacional, en el órgano investido del poder o facultad para crearla. A la definición formal dedicaremos toda la segunda parte de este curso ("La Norma Jurídico-internacional"), que se caracteriza frente a las otras dos porque en ella se estudia el d.i. desde un punto de vista meramente formal.

(17) Los sujetos del d.i. son los titulares de derechos y obligaciones jurídico-internacionales, como son originaria y primordialmente los Estados y, en la medida que ellos lo han permitido, permiten y permitirán, las Organizaciones Internacionales y Supranacionales, los grupos de rebeldes e insurrectos, las personas individuales, etc.

1.3. Tentativa de Definición Material del D.I. o Descripción Material del Actual Derecho de Gentes.

9. Los Sujetos del D.I. no Son Siempre los Mismos.

La praxis internacional enseña cómo en épocas pasadas existían ciertos entes que no eran sujetos del d.i. y ahora lo son, y cómo no existían ciertas entidades que en la actualidad existen y son sujetos jurídico-internacionales.

Ejemplo de la primera ocurrencia es el hombre —el individuo de la especie humana— a quien no se le reconocía, hace algunos años, personalidad internacional. Hoy en día sí, aun cuando excepcionalmente y para determinados efectos, por ejemplo, en la esfera de los derechos humanos.

Del segundo caso nos puede servir de paradigma la situación de muchas Organizaciones Internacionales y Supranacionales, como el Pacto de Varsovia, la O.T.A.N., la Comunidad Económica Europea y el Acuerdo Sub-regional Andino, que antes no existían y ahora son sujetos del d.i.

Nos indica esto que trabajar con parámetros materiales es inseguro y anti-científico porque si el contenido del d.i. radica en regular la conducta intersubjetiva de los titulares de derechos y obligaciones jurídico-internacionales, ellos pueden cambiar y, cambiados éstos, cambiará asimismo el ámbito de validez material del d.i.

Además, la materia regulada por el d.i. puede eventualmente ampliarse o restringirse en la medida en que lo permitan las circunstancias jurídico-políticas de los Estados.

10. Razón del Epígrafe del Sub-nomenclador 1.3

De ahí que con todo rigor no se pueda hablar de definición material del d.i. porque en la medida de lo posible la ciencia debe trabajar con juicios de ser (es éste el caso de la definición formal), que den la esencia lógica de lo que el entendimiento está conociendo de una vez para siempre (“semel pro semper”), y no con los de valor que implican contingencia y mutabilidad.

Las llamadas definiciones materiales son, rigurosamente, simples tentativas de captar la esencia lógica del d.i., descripciones de lo que en la fecha es tal ordenamiento. Son, por ende, algo inacabado, provisional, pero no consumado o definitivo.

11. Objeto Formal del D.I.: las Normas. Objeto Material del D.I.: el Contenido de las Normas.¹⁸

El objeto formal del d.i. está conformado por las normas creadas en el seno de la comunidad internacional. Este concepto fue incluido en nuestra definición formal.¹⁹

El objeto material del d.i. está constituido por la materia o contenido (algo sumamente mutable) de las normas. Noción ésta que se incluirá en la tentativa de definición material.²⁰

12. Sentido de la “Definición” Material del D.I.

El sentido, que pueda tener una definición material del d.i., es mostrarnos cuál es el objeto material del actual derecho de gentes, qué es lo que regulan las normas de ese ordenamiento hoy en día.

He aquí, pues, una definición material:

El d.i. se presenta a la fecha como la rama jurídica que regula la conducta intersubjetiva²¹ de los titulares de derechos y obligaciones jurídico-internacionales.

13. Estructura de la Conducta Intersubjetiva.

La conducta intersubjetiva presupone un vivir juntos, un coexistir, una comunidad, una sociedad, de todo lo cual brota un cúmulo de relaciones entre los asociados. Esas relaciones en el campo internacional realizan valores o disvalores, como coexistencia pacífica o conflictos armados, cooperación o insolidaridad, integración o atomización, etc.

El d.i. regula esos valores o disvalores, y por eso han aparecido diferentes áreas en tal normatividad.

Para regular la conducta intersubjetiva de la coexistencia pací-

(18) Por objeto material queremos significar el ente concreto total a que se dirige el conocimiento científico. Por objeto formal, la característica particular, el aspecto especial (la “forma”) que en ese ente concreto total se considera. Entonces, el objeto formal del d.i. es el aspecto común a todos los objetos de ese ordenamiento, aspecto común que es aprehendido en cada una de las participaciones individuales de dicho aspecto. Vale aclarar que el aspecto común a todos los objetos jurídico-internacionales es el que todos ellos sean normas.

(19) Vide supra, num. 8.

(20) Vide infra, num. 14.

(21) Es oportuno traer a colación que el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva. Cfr. Vecchio, Giorgio del. “Filosofía del Diritto”. XII edizione riveduta. Milano, 1965, “passim”.

fica hay el d.i. de la paz; y para regular la conducta intersubjetiva durante los conflictos armados, el d.i. de la guerra (el "ius ad bellum" y el "ius in bello").

Para regular la conducta intersubjetiva que persigue cooperación, existe el d.i. del desarrollo, penal, laboral, mercantil, de los tratados, del mar, humanitario, fiscal, aeronáutico, espacial, nuclear, etc.

La cooperación entre los sujetos del d.i. ha dado origen a las Organizaciones Internacionales. Las normas relativas a ellas se agrupan en dos ramas: el d.i. constitucional y el d.i. administrativo.

Para regular la conducta intersubjetiva que pretende alcanzar metas comunes a varios Estados, se han creado las Organizaciones Supranacionales, y por ello ha aparecido el derecho comunitario o de la integración.

La enumeración hecha de las diferentes áreas o contenidos del d.i. es simplemente ejemplificativa o declarativa, no taxativa o limitativa.²²

Más adelante volveremos sobre cada una de ellas.

14. *El Triple Contenido Actual del D.I.*

Para explicitar la extensión del concepto "conducta intersubjetiva" de los miembros de la comunidad internacional —que es la materia regulada por el d.i., reiteramos la idea— elencamos tres que podrían llamarse contenidos actuales del orden jurídico en cuestión, todos reductibles a conducta intersubjetiva, el único y verdadero contenido.

En la actualidad el d.i. es la rama jurídica que se ocupa de:

1. La delimitación de los ámbitos de validez de los Estados o delimitación de las competencias estatales.
2. La responsabilidad internacional y la solución de los conflictos internacionales.

(22) Véase en Friedmann, Wolfgang. "La Nueva Estructura del D.I.". México, 1967, pág. 46, la división del d.i. actual en derecho de coexistencia y derecho de cooperación, y los niveles dentro de los que él avanza: nivel de la coexistencia, nivel de la cooperación y nivel comunitario (pág. 436). Allí mismo véanse las nuevas áreas o contenidos del d.i. contemporáneo. Igualmente Korovin, Y. y otros. "D.I. Público". México, 1963, cap. I. num. 4: "La coexistencia pacífica y la cooperación entre los Estados. Los fundamentos del D.I."

3. La reglamentación de las Organizaciones tanto Internacionales como Supranacionales.²³

La definición material del d.i. o la descripción material del mismo equivalen a su ámbito de validez material, el que será estudiado en la segunda parte de una manera general, y en toda la tercera parte de un modo específico. En ésta se tratarán los tres contenidos precitados. Esa tercera parte del curso es, pues, el d.i. considerado materialmente.

1.4. *Las Divisiones del D.I. y sus Mutuas Implicaciones.*

15. *D.I. Común - D.I. Particular.*

D.I. Consuetudinario - D.I. Convencional.

Muchas divisiones podrían darse del d.i. A nosotros nos interesan dos no más y son a las que de continuo nos remitiremos:

1. D.I. común y d.i. particular.
2. D.I. consuetudinario y d.i. convencional.

Obedecen las dos divisiones respectivamente a los criterios de la validez y de las fuentes formales del d.i.

16. *Criterio de la Primera División: los Ámbitos o Esferas de Validez Personal y Espacial de las Normas Internacionales.*

Constituyen el primer criterio divisorio los ámbitos de validez personal y espacial de las normas jurídico-internacionales.

Si ellas vinculan a todos los sujetos de la comunidad internacional (validez personal), normas semejantes deberán ser observadas en todos los dominios o lugares (validez espacial) en que puedan llevarse a cabo conductas de aquellos sujetos. Tal acervo normativo recibe el nombre de d.i. común, general o universal.

Pertenecen a él, por ejemplo, las normas consuetudinarias que, desde época remotísima, regulan las inmunidades diplomáticas.

Si, por el contrario, las normas del derecho de gentes vinculan únicamente a unos sujetos de la comunidad internacional pero no a

(23) Véase en Rousseau, Charles. "Derecho Internacional Público". Tercera edición española. Barcelona, 1966, I. la triple función que él asigna al derecho de gentes.

todos, ellas se observarán sólo en los sectores o regiones en donde hayan de efectuarse las conductas de esos sujetos. Esta segunda nomenclación es el d.i. particular o regional.

El derecho de las Organizaciones Regionales —O.E.A., Liga Árabe, Organización de la Unidad Africana— es d.i. particular.

Hay autores para quienes el d.i. común es el conjunto de normas válidas para la *mayoría o generalidad* de los Estados. Este criterio es inexacto y por ello no lo prohijamos. El adecuado es la *totalidad* de los sujetos del ordenamiento internacional.

17. Criterio de la Segunda División: la Fuente de Donde

Brotan las Normas Internacionales.

Si las normas son creación de la costumbre, formarán el d.i. consuetudinario. Si de los tratados, el d.i. convencional.

La tradicional libertad de los mares y la regla "pacta sunt servanda" pueden estimarse como ejemplos de normas consuetudinarias. De normas convencionales, las surgidas de un tratado de límites entre dos Estados o de una cesión territorial.

18. El D.I. Común es Consuetudinario.

"El d.i. general es en realidad derecho consuetudinario. Como en principio los tratados sólo obligan a las partes contratantes, y como no existe tratado alguno que haya sido celebrado o al que hayan adherido todos los Estados del mundo, solamente hay un d.i. general consuetudinario y no un d.i. general convencional. Es verdad que la Carta de las Naciones Unidas, tratado en el cual muchos pero no todos los Estados²⁴ son partes contratantes, pretende ser obligatoria —por lo menos respecto a algunas disposiciones— para todos los Estados²⁵ y tener así el carácter de d.i. general".²⁶

Puesto que hasta hoy el d.i. común ha sido necesariamente consuetudinario, y el derecho consuetudinario se caracteriza por ser un

(24) No son miembros de la O.N.U. Suiza, Liechtenstein, San Marino y Mónaco (nota nuestra).

(25) Carta de la O.N.U., art. 2, ord. 6: "Para la realización de los propósitos consignados en el art. 1, la Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: 6. La organización hará que los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales". Nota nuestra.

(26) Kelsen, Hans. "Principios de D.I. Público". Buenos Aires, 1965, pág. 161.

derecho espontáneo, creado por el instinto jurídico de sus mismos destinatarios y no por un órgano diferente de ellos, el d.i. común ha sido y es totalmente descentralizado, inorgánico y desorganizado.²⁷

19. El D.I. Particular es Preponderantemente Convencional

Pero Puede Ser También Consuetudinario.

"Normalmente el d.i. particular se crea por los tratados; pero también puede crearse por una costumbre particular en cuyo establecimiento sólo participen algunos Estados"²⁸ y, entonces, únicamente para éstos será obligatoria.

El d.i. particular convencional de la comunidad internacional organizada es parcialmente centralizado, orgánico u organizado.²⁹

20. Jerarquía del D.I. Común.

Entre el d.i. común y el d.i. particular media una relación de subordinación del segundo al primero. El d.i. común constituye no solamente un supuesto lógico del d.i. particular sino también un supuesto ontológico. Por lo que, con arreglo a los principios del d.i. común debe ser interpretado el particular.^{29a} Jerárquicamente éste es inferior.

"El d.i. particular presupone el d.i. común o universal, y en primer término los principios de éste relativos a la celebración y abrogación de tratados, pudiéndose desenvolver únicamente dentro del marco que ellos fijan. Marco amplísimo, por lo demás, ya que el d.i. común contiene muy pocas normas taxativas".³⁰

21. Obsolescencia de la Primera División del D.I.

"Algunos autores tratan de establecer una distinción entre d.i. común o general, que comprendería a la Comunidad Internacional inorgánica y antigua, y el d.i. particular que abarcaría a la organización internacional. Esta distinción es, empero, improcedente por cuanto la Sociedad Internacional (u organización internacional) ha alcanzado un nivel prácticamente universal.

(27) Vide infra, num. 60.

(28) Kelsen, Hans. Op. cit., pág. 162.

(29) Vide infra, num. 60.

(29a) Así, "Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale". Série A, 7, p. 22, 23, 20; sentencia de octubre 19 de 1928 en el Asunto "Pinson". "Annual Digest and Reports of Public International Law Cases". 1927-1928, num. 292.

(30) Verdross, Alfred. Op. cit., cap. VIII, I).

“Este es el siglo de la Organización Internacional o Sociedad Internacional, tanto de carácter mundial como regional. Inclusive, dada la universalidad que han logrado las Naciones Unidas, los autores han empezado a fundir el derecho de la Organización Internacional con el derecho internacional común o general, superando así la antigua clasificación de d.i. general y d.i. particular”.³¹

No comulgamos con la opinión del ilustre profesor colombiano porque si bien es cierto, por una parte, que la Organización de Naciones Unidas ha alcanzado universalidad casi irrefragable, ocurren fenómenos en la práctica internacional que no pueden ser captados sino mediante la categoría de un d.i. escindido en común y particular. Por tanto, la división ha sido impuesta por los hechos —piénsese en las costumbres generalizadas en la comunidad internacional aun no recogidas en tratados— y la ciencia del derecho de gentes no ha efectuado otra cosa que, con base en ellos, crear la categoría. A lo largo de estas notas demostraremos la necesidad de ésta para justipreciar algunas instituciones.

Adherimos a los subsiguientes conceptos: “Es preciso recurrir al d.i. común, que con frecuencia se califica de clásico, cuando determinadas normas de la Carta de la O.N.U. se revelan ineficaces. Señalemos, por último, que una serie de principios de la Carta solo fueron apuntados, sin ser objeto de un mayor desenvolvimiento, por lo que pueden ser interpretados en sentido restrictivo o en sentido amplio. De ahí que existan en la actualidad diversas tendencias en la política del d.i. que en parte conservan ciertos ingredientes del antiguo d.i., pero en parte quieren también desarrollar los principios de la Carta. Y esta es una razón más por la que el nuevo d.i. de la O.N.U. no es comprensible sin el d.i. clásico”.³²

“La Carta de las Naciones Unidas constituye la materia de un tratado internacional suscrito sobre la base del d.i. común... El artículo 51 de la Carta de la O.N.U. constituye... la placa giratoria que —en el caso de que el C.S. no funcione— reconduce el derecho de las Naciones Unidas al viejo cauce del d.i. común”.³³

Por otra parte, el criterio que hemos adoptado para dividir el d.i. en común, general o universal y en particular o regional consiste en que las normas de uno u otro de esos dos órdenes vinculen

(31) Camargo, Pedro Pablo. “Derecho Internacional”. Bogotá, 1973. Tomo I, cap. I, 5; cap. II, 6, 7.

(32) Verdross, Alfred. Op. cit., cap. VIII, XIV.

(33) *Ibidem*, cap. XXV.

a la totalidad o no de los sujetos internacionales, y no en que vinculen a la mayoría o generalidad de los mismos.³⁴

Si nos hubiésemos servido de este segundo criterio, inapropiada, sería correcta la identificación del d.i. común con el derecho de la comunidad internacional organizada.

Con todo, no queremos desconocer la trascendencia suma que revisten los principios de la Carta de la O.N.U. para la comunidad internacional toda que ha obligado a la Asamblea General de la Organización a declarar solemnemente que los principios de la Carta contenidos en su Resolución 2625/XXV constituyen “principios básicos de d.i.”: “Los principios de la Carta incorporados en la presente Declaración constituyen principios básicos de d.i. 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”.³⁵

No quisiéramos finiquitar este apunte sobre la obsolescencia o vigencia de la división del d.i. en común y particular sin notar que el mismo iusinternacionalista que se pronuncia contra ella, la emplea en otro pasaje de su obra e incurre en flagrante contradicción, pues en un primer momento asevera que “la Carta de las Naciones Unidas es un tratado normativo que forma parte del d.i. general”, y en un segundo que “no existe un derecho internacional convencional universal”; y a renglón seguido demuestra cómo la Carta de la O.N.U. no puede ser tenida como d.i. común”.^{35a}

Por último, siempre que en estas páginas se emplee la expresión “derecho internacional”, sobre-entiéndese el común. En caso contrario, se hablará expresamente del particular.

1.5. Ubicación del D.I Dentro de la Ciencia de las Relaciones Internacionales y Dentro del Ordenamiento y Ciencia Jurídicos.

22. *Diferentes Disciplinas de la Ciencia de las Relaciones Internacionales.*

Son muchas las disciplinas que se ocupan de las relaciones internacionales, según sea el respecto de ellas que estudien: étnico, lin-

(34) Vide supra, num. 16.

(35) Declaración de Principios de D.I. Res. 2625/XXV, disposiciones generales, 3.

(35a) Camargo, Pedro Pablo. Op. cit., tomo I, pág. 29, nota 33. Tomo II, pág. 34.

güístico, religioso, económico, geográfico, histórico, artístico, deportivo, demográfico, geo-político, político, jurídico, etc.

El d.i. es la disciplina que estudia las relaciones internacionales desde el punto de vista jurídico, vale decir, desde el punto de vista de las normas que regulan tales relaciones.

Entonces, las normas que integran el d.i. son el medio o vehículo que emplean los sujetos de ese ordenamiento para inter-relacionarse.

Colígese de ello que el derecho de gentes es la disciplina más importante de las relaciones internacionales por cuanto señala cómo deben ser éstas y cual debe ser el comportamiento recíproco de los miembros de la comunidad de las naciones.

23. *El D.I. y la Política Internacional.*

Si dentro de las relaciones internacionales, el derecho juega un papel preponderante, otro tanto hemos de predicar de la política internacional o política exterior de los Estados.

D. I. y política internacional son dos vasos comunicantes, dos dominios intersensibilizados de las relaciones internacionales: no pocas veces principios de D.i. se han convertido en postulados de una política exterior de un Estado (v.gr., de la Declaración Universal de Derechos Humanos —UNESCO, 1948— se han tomado éstos como bandera del gobierno del Presidente Jimmy Carter) e ideas originariamente políticas han llegado a ser normas internacionales (por ejemplo, el principio político de la libre determinación de los pueblos trasplantado al campo jurídico-internacional por la Carta de la O.N.U., arts. 1, ord. 2 y 55 y la doctrina Truman sobre la plataforma continental de 1945).

Si cualquier derecho es político en la medida que regula el comportamiento humano dentro de un Estado determinado, que es la sociedad política, y en la medida que supone una relación de poder o señorío, el internacional es el derecho político por excelencia por cuanto regula la conducta recíproca de las sociedades políticas, los Estados, y porque regula las relaciones de poder entre ellos.

Se ha sentenciado que la política no es todo pero está en todo.³⁶ La veracidad de esta máxima se puede palpar a cada paso en el dominio del d.i., y tanto que puede éste devenir un instrumento para

(36) "La politique n'est pas un but dernier, absorbant tous les autres. Néanmoins, si la politique n'est pas tout, elle est en tout". Mounier, Emmanuel. "Le Personnalisme". 10. édition. Paris, 1967, págs. 125 y 126.

materializar una política o ideología dadas entre los Estados. Entiéndase la dicción "política" en la plenitud de su sentido, ora bondadoso ora peyorativo.

Así se explica, aunque no se justifica, el por qué en ocasiones Estados poderosos se han servido del d.i. como medio para hacer valer su prepotencia frente a naciones económica o militarmente débiles.

El sedimento político del d.i. es muy grande y no se puede soslayar o subestimar so pena de convertir ese orden jurídico en una entelequia ininteligible y laberíntica. Siempre hay que recurrir a la política para comprender a carta cabal la praxis jurídico-internacional de cada día.³⁷

"En ningún otro campo como en el del d.i., la descripción científico-objetiva del derecho positivo está tan seriamente comprometida por consideraciones políticas".³⁸

24. *Derecho Público y Derecho Privado.*

Como el derecho de gentes es la parte de las relaciones internacionales que estudia el aspecto jurídico de las mismas, hay que ubicarlo dentro del ordenamiento y ciencia del derecho.

Para fines sistemáticos, didácticos, epistemológicos y sobre todo prácticos, como se advertirá en los numerales siguientes, suele dividirse el derecho (ya como ordenamiento, ya como quehacer científico) en público y en privado.³⁹

Del derecho público afirmamos que es el conjunto de normas que regulan la organización y funcionamiento del Estado, y las relaciones de éste con los particulares y con los sujetos jurídicos-internacionales.

(37) Consúltense las obras de Kaplan, M.A. y Katzenbach, N. de B. "Fundamentos Políticos del D.I.". México, 1965. Kaplan, M. "System and Process in International Politics". New York, 1967. "Great Issues of International Politics" ("The International System and National Policy"). Chicago, 1970. Niemeyer, G. "Law without Force: The Function of Politics in International Law". Princeton, 1941. Morgenthau, H. "Politics among Nations". New York, 1967. Schwarzenberger, G. "Power Politics" ("A Study of International Society"). London, 1951. Frankel, Joseph. "International Relations". New York, 1964. Palmer, Norman and Perkins Howard. "International Relations". Boston, 1969. Laswell, Harold and Kaplan A. "Power and Society". New York, 1965. Fenwick, Charles G. "Foreign Policy and International Law". New York, 1968. Ekkehart Krippendorf, Hrsg., "Internationale Beziehungen". Köln, 1973.

(38) Kelsen, Hans. Op. cit., prólogo a la edición española.

(39) Para algunos autores, derecho público y derecho privado son categorías apriorísticas de la ciencia jurídica. Así, Radbruch, G. "Filosofía del Derecho", Madrid, 1933, pág. 163.

El derecho privado es el acervo de normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí, y las de éstos con el Estado y los demás sujetos jurídico-internacionales cuando aquél o éstos obran desprovistos de sus calidades soberanas.

25. *El Doble Criterio de la División.*

Para clasificar el derecho en público y privado, hemos apelado simultáneamente a dos criterios divisorios:

1. Al de los sujetos de la relación jurídica o al ámbito de validez personal de las normas.
2. Al del objeto de la relación jurídica o al ámbito de validez material de las normas.

Es doble y simultáneo el criterio divisorio por una razón obvia: en una relación jurídica no se da sujeto sin objeto ni objeto sin sujeto. Siempre deben coexistir.

Si nos fijamos un tanto detenidamente en las dos definiciones, de inmediato percibimos que en ellas están involucrados los dos criterios de una manera inseparable.

Efectivamente, en el derecho público los sujetos son personas públicas (los Estados, las entidades estatales, los sujetos jurídico-internacionales), a las cuales siempre está referido el correspondiente objeto (organización y funcionamiento del Estado y la regulación de las relaciones de éste con las entidades estatales, los sujetos jurídico-internacionales y los particulares).

Lo mismo ha de pregonarse del derecho privado: los dos criterios divisorios se hallan íntimamente entrelazados. Es así como los sujetos son los particulares y los Estados, entidades estatales y sujetos jurídico-internacionales, cuando los tres últimos en sus actuaciones se despojan de sus prerrogativas soberanas; brevemente, cuando actúan a semejanza de las personas privadas, a las cuales necesariamente está referido el respectivo objeto: la regulación de las relaciones que entre ellas se traben.

26. *Improcedencia del Criterio Subordinación-Coordinación.*

Para la clasificación, con que estamos trabajando, no nos hemos valido del criterio divisorio subordinación-coordinación, según el cual la relación de derecho privado se caracteriza porque los sujetos se encuentran en un plano de igualdad y ninguno interviene como una

persona superior a la contraparte. En cambio, en la del derecho público se daría una superioridad (la de la entidad pública) con respecto al otro sujeto.

Parámetro semejante es improcedente por cuanto en el derecho público puede haber relaciones tanto de subordinación (Estado-particular; sujeto jurídico-internacional - particular extranjero) como de coordinación (Estado-Estado; sujeto jurídico-internacional-sujeto jurídico-internacional).

Por el contrario, la relación del derecho privado es siempre de coordinación (Estado - particular; particular - particular; sujeto jurídico-internacional - particular extranjero).

27. *Una de las Partes no Es Sujeto Jurídico-internacional.*

El d.i. queda debidamente ubicado, pues, dentro del derecho público.

Cuando en una relación jurídica ambas partes son sujetos internacionales, cae de su peso que la norma aplicable deberá tomarse del d.i. público.

El problema surge evidentemente cuando una de ellas es un sujeto jurídico-internacional y la otra no: ésta es una persona particular extranjera (individual o colectiva).

Sirva de paradigma una negociación comercial —un empréstito— que una empresa privada foránea otorga a un Estado (gobierno u organismo gubernamental).

Tradicionalmente el derecho mercantil, rama del d.i. privado, suministraba la ley aplicable al conflicto de intereses entre particulares y aún al que se presentara entre un gobierno y un particular extranjero, sobre todo en materia de préstamos. Es el segundo conflicto el que nos concierne.

“Sin embargo, un número cada vez mayor de operaciones mercantiles internacionales está cayendo dentro del campo del d.i. público a medida que aumenta la participación del Estado en cuestiones que anteriormente eran tan sólo de interés privado, y que estaban regidas por consideraciones estrictamente comerciales”.⁴⁰

Lo que Friedmann denomina con los equívocos giros “cuestiones”, “interés privado” y “regidas por consideraciones estrictamente comerciales”, no es otra cosa que el objeto de la relación jurídica

(40) Friedmann, Wolfgang. Op. cit., 210.

(ámbito de validez material de las normas), el cual objeto no requería, hace algunos lustros, que el sujeto jurídico internacional interviniera en calidad de ente soberano porque esas cuestiones, aunque tenían que ver con el desarrollo del Estado, se dejaban en manos de los particulares —interés privado— o al susodicho sujeto le bastaba obrar como uno de éstos. Además, los tales asuntos se regían por consideraciones estrictamente comerciales.

Con todo, desde antiguo se considera materia que debe ser regulada por el d.i. público y no por el d.i. privado las deudas que, en caso de sucesión de Estados, han de ser pagadas por el Estado sucesor a los acreedores extranjeros, aunque éstos sean personas privadas. Entonces, la prevalencia del derecho de gentes sobre el d.i. privado, que estamos analizando, tiene antecedentes históricos de vieja data.^{40a}

Desde hace algunas décadas a esta parte, el Estado se ha apersonado, como nunca antes, de la planificación del desarrollo: es el intervencionismo estatal. Por tanto, en las negociaciones con particulares extranjeros necesita actuar soberanamente anteponiendo el interés público al privado y no rigiéndose por consideraciones estrictamente comerciales ni él ni éstos.

Las ideas expresadas apuntan al fenómeno de la publicización del derecho privado, tema que trataremos en seguida.

Los convenios concertados en las condiciones descritas son de competencia del d.i. público y no del internacional privado, a pesar de la condición privada de una de las partes.⁴¹

Es de advertir que en estas ocurrencias, las negociaciones suelen efectuarse a través de los canales diplomáticos u oficiales del Estado y no de los comerciales.

27A. *El D.I. del Desarrollo, Rama del D.I. Público.*

Las necesidades, que ha impuesto el desarrollo a los Estados, han dado origen al d.i. del desarrollo como rama independiente ubicada dentro del d.i. público.

Cabalmente esa rama nueva está produciendo las normas aplicables a los acuerdos económicos para el desarrollo celebrado entre un gobierno y una empresa extranjera, a las inversiones extranjeras y estudiando la naturaleza de los contratos de concesión.

(40a) Cfr. "Annual Digest and Reports of Public International Law Cases", 1923-1924, 59.

(41) Cfr. Jessup, P.C. "Transnational Law". New Haven, 1956, págs. 35 y 37.

Además, está haciendo esfuerzos el d.i. del desarrollo a fin de crear un código de conducta para las empresas transnacionales que no son sujetos jurídico-internacionales, como se analizará en el numeral 30.

28. *Prevalencia del D.I. Público sobre el D.I. Privado.*

Colofón de lo que se viene tratando es que si una de las partes de una negociación es un sujeto jurídico-internacional, y la materia exige el ejercicio de prerrogativas soberanas, el negocio celebrado se regirá por las disposiciones del d.i. público y no por las del d.i. privado.

Obviamente que los interesados de consuno pueden pactar que el negocio se rija por la ley nacional de uno de ellos o crear expresamente normas privadas para ese acto.

En esta coyuntura, el sujeto jurídico-internacional estaría obrando como un particular porque la materia así lo permite, de la misma manera como el Estado en el derecho público interno se despoja de su soberanía y contrata con sus súbditos en pie de igualdad. Aquí, por el objeto de la relación jurídica, que no demanda una actuación soberana, se aplica el derecho privado.

Mas cuando el Estado o uno de sus órganos actúa en tanto que persona soberana, a la relación es de aplicar el derecho público. Asimismo sucede en el campo internacional cuando el sujeto obra como persona jurídico-internacional, como ente soberano por razón de la materia u objeto de la relación jurídica (ámbito de validez material de la norma): el llamado a reglar los avenimientos es el d.i. público y no el internacional privado.

En nuestros días, la inmensa mayoría de los acuerdos entre sujetos jurídico-internacionales y particulares extranjeros tienen como objeto la exploración y explotación de recursos naturales o la prestación de algún servicio público, en una palabra, el desarrollo económico, político o cultural de un Estado, en el que él necesita tener un control, intervenir directamente y, por ende, debe obrar como persona soberana o de derecho público por razón de la materia de la relación jurídica. De ahí, entonces, que se aplique el d.i. público y no el privado, no obstante que uno de los sujetos sea un particular.^{41a}

En consecuencia, es menester ampliar el ámbito de validez material del d.i. público por cuanto es una rama del derecho público —como ha quedado expuesto en el numeral 24— y agregar: el d.i.

(41a) Se ha aseverado con sobrada razón que si un Estado no es dueño de sus recursos naturales, no podrá ejercer plenamente el derecho de libre determinación.

público hace parte del derecho público porque norma las relaciones de los sujetos jurídico-internacionales entre sí y las de éstos con los particulares extranjeros cuando los primeros obran como personas de derecho público por razón del objeto de la relación jurídica.

Con esta ampliación del ámbito de validez material del derecho de gentes actual, queda, por una parte, redondeado el tema del deslinde entre el d.i. público y el d.i. privado; y, por otra parte, complementada la tentativa de definición material del primero de los ordenamientos.⁴²

29. *El D.I. no Es Derecho Público ni Derecho Privado.*

Por los planteamientos que acaban de exponerse, creemos inexacta la opinión de Walz en el sentido de que el internacional no es derecho público ni derecho privado.

“El motivo de que se viera en el d.i. un sector del derecho público reside en la aplicación equívoca de aquella teoría del sujeto, según la cual es derecho público todo derecho que regula las relaciones de personas jurídicas de carácter público”.⁴³

En primer lugar, el autor pasa por alto que el patrón para dividir el derecho en público y en privado no ha sido sólo el sujeto o sujetos de la relación jurídica (ámbito de validez personal de las normas) sino también el objeto de la misma (ámbito de validez material).

Si el sujeto necesita actuar como persona soberana por razón del objeto de la relación jurídica, sea con otra persona soberana sea con una no soberana, el derecho aplicable a la relación será siempre el público cualquiera sea su nivel: interno o internacional.

Si, por el contrario, el objeto de la relación jurídica no requiere el ejercicio de prerrogativas soberanas, se deberá aplicar el derecho privado independientemente del nivel de que se trate.

En segundo lugar, es preciso reiterar y explicitar contra Walz la existencia de “relaciones de personas de carácter público” que no se rigen por el derecho público sino por el privado, ora interno ora internacional, cuando por razón del objeto de la relación jurídica, y no por razón de los sujetos mismos que continúan siendo personas de carácter público, éstas se comportan como particulares.

El iusinternacionalista germano incurre en error al separar el problema de si el d.i. es un orden público o un orden privado, del

(42) Vide supra, num. 5 y 12, respectivamente.

(43) Walz, G. A. Op. cit., págs. 393 y 394.

problema de si el d.i. debe ocuparse o no de regular relaciones soberanas.⁴⁴ son dos facetas de una misma problemática.

Separa las dos facetas por cuanto en el primer problema considera que la división del derecho en público y en privado obedece a un único o equívoco parámetro: el de los sujetos de la relación jurídica. Y en el segundo problema emplea el patrón del objeto de la relación jurídica.

De haber unido los dos criterios habría llegado a la conclusión exacta de que el orden internacional es derecho público porque se ocupa de las relaciones soberanas de los sujetos jurídico-internacionales entre sí y entre ellos y los particulares extranjeros cuando aquellos deben actuar soberanamente por razón de la materia de la relación jurídica.

No huelga repetir que las relaciones privadas (no soberanas) de los sujetos jurídico-internacionales caen bajo la órbita del d.i. privado.

Concluyendo: con arreglo a lo anotado en el numeral 24., ha de esclarecerse que es derecho público todo derecho que regule las relaciones soberanas entre personas jurídicas de carácter público o las relaciones de una persona jurídica de carácter público con otra de carácter privado cuando la primera obra en función de sus prerrogativas soberanas.

Se ensancha así el concepto estrecho de derecho público enunciado por Walz y transcrito en la nota 43 de estas páginas.

Aún en el caso exceptivo de que un particular nacional de un Estado —persona natural o jurídica— actúe como sujeto del derecho de gentes, la norma aplicable es la del d.i. público porque son cabalmente los Estados —entidades soberanas y sujetos originarios y primordiales del d.i.—⁴⁵ los que conceden a él y en la medida que a ellos venga en gana la personalidad jurídico-internacional.

30. *La Publicización del D.I. Privado.*

“Si se ha calificado el siglo XIX de iusprivatístico, civilista o privatista, bien se puede denominar el nuestro de iuspublicístico”.⁴⁶

(44) “Esta concepción (la de ver en el d.i. un derecho privado o público) es distinta de la que considera que el d.i. ha de ocuparse de relaciones jurídicas soberanas, como por ejemplo sostiene Schönborn, Op. cit., págs. 4-5”. Walz, G. A. Op. cit., pág. 393, nota 7.

(45) Vide supra, num. 8., nota 17.

(46) Valencia Restrepo, Hernán. “Thomas Hobbes, Fundador de la Filosofía Política Moderna”. Estudios de Derecho, septiembre de 1975, N° 88, págs. 370 y ss.

Ello principalmente por el fenómeno de la publicización del derecho privado en el ordenamiento interno. Pero también esto se ha verificado en el orden internacional: el d.i. privado se ha publicizado en una cierta medida.

Así como el derecho público interno ha invadido dominios antes reservados al derecho privado y ha multiplicado las normas taxativas derogando casi por completo el principio de la autonomía de la voluntad particular para producir efectos jurídicos, otro tanto ha sucedido en el ordenamiento internacional donde el derecho de gentes ha comenzado a regular materias anteriormente pertenecientes al d.i. privado y restringido un tanto el férreo dogma de la absoluta autonomía de la voluntad de los Estados, propio del d.i. clásico.

Hasta hace algunos años, el d.i. mercantil era una rama del d.i. privado, que solucionaba el conflicto de intereses entre un Estado y un particular extranjero, fuera éste persona individual o colectiva.

En la actualidad, por razón del objeto de la relación jurídica, es el d.i. público quien suministra la norma aplicable al caso controvertido, como lo hemos dilucidado ya.⁴⁷

Dentro de este contexto, muestra patente de la publicización del d.i. privado nos la ofrece el caso de las empresas transnacionales, las antes llamadas "multinacionales".

A pesar de su "transnacionalidad", estas colosales empresas no son sujetos jurídico-internacionales, aunque sean "uno de los principales participantes no gubernamentales en las relaciones internacionales".⁴⁸

Empero, por más actores y protagonistas que sean en la escena internacional, no se les otorga ni se les debe otorgar personalidad internacional porque ésta debe ser exclusiva de los Estados y de los organismos ya intergubernamentales ya comunitarios, a los cuales organismos la voluntad soberana de las entidades estatales ha otor-

(47) Vide supra, num. 27 y 28. Es oportuno destacar que las siguientes opiniones pueden encajar dentro de nuestra temática y confirmarla: "e) Por último, encontramos tratados concertados entre organizaciones internacionales, intergubernamentales y privadas, o entre Estados y personas privadas extranjeras (por regla general, sociedades anónimas), bajo la forma de un acuerdo internacional 'inter pares'. Dada la circunstancia de que tales acuerdos se establecen entre un sujeto del d.i. y una entidad que no lo es 'inter pares', los llamaremos tratados o acuerdos cuasi-internacionales" (original sin resaltos). Verdross, Alfred. Op. cit., pág. 6. Allí mismo cotéjense las ideas de los literales f), g) y las de P.C. Jessup, G. Dahm y C.W. Jenks (citadas en la nota 10, del traductor) con las nuestras consignadas en los numerales 27, 28 y 30.

(48) O.N.U., Secretaría General (1973): "Las Corporaciones Multinacionales en el desarrollo Mundial".

gado esa personalidad. Ciertamente los fines perseguidos por las empresas transnacionales no son idénticos ni análogos a los de los Estados y demás sujetos del d.i. público.

Son ellas personas privadas o particulares nacionales de su país de origen, en donde tienen su centro de decisión, y que generalmente se benefician de la tecnología, financiamiento y protección de ese mismo país, el cual las emplea como instrumento, el más eficaz, de su política económica exterior.

Aun más, las empresas transnacionales están sometidas a la soberanía, Constitución y Leyes de los Estados donde operan y, en caso de conflicto, a la jurisdicción privativa de los tribunales nacionales. En pocas y concisas palabras, son sujetos del d.i. privado.

Con todo, como las actividades de esta clase de empresas involucran el desarrollo de los Estados y trascienden las fronteras y jurisdicciones nacionales, superando la posibilidad de cualquier acción o control de los países individualmente considerados, esto ha llevado a que se imponga como medio proporcional y adecuado el tratamiento del problema a nivel del d.i. público: los Estados deben obrar con respecto a ellas dotados de las prerrogativas soberanas.

Así, entonces, ha surgido la empresa transnacional como un nuevo campo de la normatividad del derecho de gentes, cercenándose al d.i. privado.

Pasamos a enumerar, en forma por demás sucinta, manifestaciones de esa normatividad en la O.N.U., O.E.A. y en el Acuerdo de Cartagena.

1. EN LA O.N.U.

Las Resoluciones 3201 y 3202 (mayo 1 de 1974) de la Asamblea General establecen la necesidad de reglamentar y fiscalizar las actividades de las empresas transnacionales para crear un nuevo orden económico internacional.

La Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados (Resolución 3281 de la Asamblea General, diciembre 12 de 1974) consagra la facultad de los Estados para reglamentar y supervisar las actividades de las empresas transnacionales y adoptar medidas en orden a que ellas se ajusten a sus políticas y leyes.

El establecimiento de la Comisión de Empresas Transnacionales, que es un grupo intergubernamental de expertos cuyos principales

esfuerzos se orientan a la formulación de un Código de Conducta, al que las mismas queden sometidas, constituye otra manifestación normativa en este particular.

2. EN LA O.E.A.

La Resolución 130 (IIIo/73) de abril de 1973 de la Asamblea General condena las ingerencias de las empresas transnacionales en asuntos de la competencia doméstica de los Estados.

La Resolución 167 (IV-o/74) de mayo 1 de 1974 recomienda al Consejo Permanente la recopilación ordenada de estudios sobre la naturaleza y estructura jurídicas de las empresas transnacionales.

3. EN EL ACUERDO DE CARTAGENA.

La Decisión 24 de la Comisión ("Régimen Común del Tratamiento a los Capitales Extranjeros en el Grupo Andino") enuncia los principios básicos vigentes en materia de empresas transnacionales.⁴⁹

Igualmente la Decisión 37, que contiene ajustes a la 24.

31. Dos Diferencias entre el D.I. Clásico y el D.I. Contemporáneo.

Por cuanto, en cierta medida, el d.i. privado se ha publicizado recientemente, ensanchando así el d.i. público su campo normativo, y por cuanto en éste se ha consagrado convencionalmente la noción de "ius cogens",⁵⁰ podemos arribar a la conclusión de que el d.i. contemporáneo se diferencia del d.i. clásico porque éste desconoció algunos campos normativos que en otro tiempo fueron regulados por el d.i. privado y en la fecha lo son por el público; y porque el d.i. clásico se basó en el dogma de la absoluta autonomía de la voluntad de los Estados, mientras el contemporáneo va comenzando a conocer restricciones a ese dogma, como adelante puntualizaremos.

(49) En opinión de entendidos, tal instrumento se ha convertido en el precedente más relevante en asunto de inversión extranjera y se proyecta como modelo, no sólo para América Latina sino para todo el Tercer Mundo.

(50) Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (mayo 22 de 1969), artículos 53 y 64.

2. La Juridicidad y Atipicidad del Derecho Internacional.

32. Sistematización del Presente Capítulo.

El capítulo II versará sobre dos temas diferentes pero íntimamente relacionados: la juridicidad (2.1) y la atipicidad (2.2) del d.i.⁵¹

Antes de entrar en materia, se hará una nota introductoria concerniente a los "negadores" del d.i. (2.0.), quienes no admiten que éste tenga carácter jurídico.

Para efectos sistemáticos, débese advertir que el tema de la juridicidad es un análisis crítico del sustantivo "derecho" empleado en la locución "derecho internacional público". En otro pasaje,⁵² habíamos anunciado su tratamiento en este lugar.

33. Contenido del Capítulo II.

El contenido del capítulo II se puede compendiar apretadamente en esta proposición: "El d.i. es derecho; no es simple moral, ni tampoco un complejo de usos sociales; pero es un derecho de sello peculiar, que, comparado con el derecho estatal, ofrece marcadas particularidades".⁵³

En el primer tema, la juridicidad del d.i., empezaremos por considerar las notas esenciales de cualquier derecho posible (2.1.1.) —histórico o vigente— para pasar, en un segundo momento, a verificar si ellas se dan en el así llamado "derecho" internacional (2.1.2.).

Sin concluir el primero de los temas, lo conectaremos con el segundo, la atipicidad, en donde instauraremos un cotejo entre el derecho interno —el típico— y el d.i. —el atípico— que nos llevará a colegir que el segundo es un orden jurídico que se separa del primero por su heteronomía (2.2.1.) y coercibilidad (2.2.2.) inorgánicas.

En el desenvolvimiento de los dos temas, aportaremos los elementos indispensables para alinderar los tres sectores normativos internacionales: derecho, moral y cortesía. Deslinde tal nos conducirá a una conclusión: el d.i. no es moral ni cortesía.

(51) Sobre la necesaria e inescindible conexión entre juridicidad y atipicidad, véase el numeral 50.

(52) Vide supra, num. 2.

(53) Walz, G. Op. cit., pág. 395.

2.0. Los "Negadores" del D.I.

34. La Negación del Carácter Jurídico del D.I.

La expresión "negadores del d.i." designa a aquellos autores que no reconocen carácter jurídico al derecho de gentes.

Siguiendo "grosso modo" a Walz,⁵⁴ los negadores pueden ubicarse en tres grupos:

1. Los que consideran el d.i. como política de fuerza.
2. Los que lo tienen como moral internacional o cortesía internacional.
3. Los que lo juzgan como derecho imperfecto o en gestación.

Para el primer grupo, el d.i. no es un sistema normativo sino un conjunto de fuerzas de la política internacional, una mera "política de fuerza".⁵⁵ El denominado "derecho" internacional es la simple expresión ideal de la constelación de fuerzas de la política entre los Estados.

Pertenecen a esta concepción Espinoza, Lasson, Gumpłowicz, Max Seydel, Lundstedt, Niemeyer, Corbett, Morgenthau,⁵⁶ Aron, Paschukanis y Vychinski.⁵⁷ También se les conoce con la denominación de "negadores prácticos" porque no admiten la existencia o validez del d.i. ni aun su mera posibilidad. Para ellos, el d.i. no es objetivamente comprobable, no demostrable empíricamente. En síntesis, no existe ni es posible.

El segundo y el tercero de los grupos conceden que el d.i. sea un sistema normativo, pero no admiten que tenga carácter jurídico sino que es moral o cortesía o un derecho imperfecto, que, al compararlo con el derecho interno, no se le puede atribuir todavía carácter jurídico.

A estos dos grupos se les llama también "negadores teóricos", por cuanto admiten lo que los "prácticos" niegan, a saber, la existencia en las relaciones internacionales de ciertas reglas dotadas de obligatoriedad o normatividad. Niegan sí que deba atribuírseles carácter jurídico.

(54) Cfr. Walz, G. Op. cit., págs. 72 a la 174.

(55) "Power politics". En este mismo orden de ideas, otros se refieren a un sistema de velada política de fuerza.

(56) Niemeyer, Corbett y Morgenthau son representantes del neo-realismo norteamericano. Vide supra, num. 23 y nota 37.

(57) Paschukanis ("Elementos de D.I.", 1935) y Vychinski ("Cuestiones de D.I. y de Política Internacional", 1949) se afilian a la Escuela Soviética de interpretación del derecho de gentes. Asimismo Tunkin, G. y otros en "Curso de Derecho Internacional". Manual. Dos volúmenes. Moscú, 1979.

Conforman el segundo grupo, entre muchos, Austin, Puchta, Rayneval, Acollas, Somló, Sander, Baumgarten y Binder.

En el tercer grupo encontramos a Fricker, Savigny, Bekker, Pütter, Pincitore, Wilson, Zitelmann, Hold-Ferneck, Burckhardt y Albert Hermann Post, quien sintetiza plásticamente la concepción al denominar el d.i. "un derecho en devenir".⁵⁸

34A. Causas de la Negación del D.I.

Con Akehurst⁵⁹ estimamos que el generalizado escepticismo sobre la existencia del d.i. y, por ende, la etiología de su negación, debe encontrarse en tres motivos, de los cuales los dos primeros los entresacamos directamente del citado internacionalista inglés:

1º El sensacionalismo de los medios de comunicación social que sólo destaca las violaciones al d.i. Su observancia, en cambio, no es noticia.

Por esta actitud periodística se ha llegado en la mente de infinidad de personas a hacer de la excepción —el quebrantamiento de las normas jurídico-internacionales— la regla general, que es justamente la observancia de las mismas.

2º Ante una disputa entre Estados, se prejuzga creyendo que uno de ellos ya ha violado el d.i.

De los susodichos motivos se desprende la especie tan difundida, aun en medios jurídicos, de que el derecho de gentes es el más violado de los órdenes jurídicos, que se infringe de modo constante. Especie que no dudamos en calificar, con terminología baconiana, de un ídolo de la tribu.

De nuestra propia cosecha, agregamos que sumamente ilustrativa de la cuestión ha sido la publicidad desplegada a las infracciones contra el d.i. durante la segunda guerra mundial, despliegue efectuado de manera especial por los medios audiovisuales (cine y televisión).

Tanto en el Este como en el Oeste se ha hecho creer que ellas provinieron exclusivamente de los vencidos (alemanes y japoneses). No es así: Alfred M. de Zayas ha dado a luz una obra sobre las violaciones —hasta ahora desconocidas— de los aliados.⁶⁰

Inquirimos: ¿alguien se ha preocupado por resaltar la observancia del d.i.? Por lo que conocemos, nadie. No existe obra al respecto.

(58) "Ein werdendes Recht".

(59) Cfr. Akehurst, Michael. "Introducción al Derecho Internacional". Madrid, 1972, cap. I.

(60) Zayas de, Alfred M. "Die Wehrmachtsuntersuchungsstelle". Unveröffentlichte Akten über alliierte Völkerrechtsverletzungen im Zweiten Weltkrieg. Universitas/Langen-Müller.

3º. Es el más determinante de la negación del carácter jurídico del d.i. Ha de hallarse en que los "negadores" toman como único modelo de normación jurídica el derecho estatal como se presenta en la época moderna y, cualquier "derecho" que esté desprovisto de las notas de aquél, no será para ellos ordenamiento jurídico.

En este lugar dejamos apenas enunciado el tercer motivo de la etiología que ha desatado la negación del d.i. Lo retomaremos adelante a efecto de profundizarlo.^{60a}

Las tres causas precitadas estructuran el plano inclinado por donde se han deslizado los negadores del d.i.

35. *Justificación del Carácter Jurídico del D.I.*

Ante la negación práctica y teórica del carácter jurídico del d.i., éste necesita justificar su condición de ordenamiento estrictamente dotado de las notas esenciales que caracterizan cualquier derecho objetivo.

"El d.i. es en sí mismo problemático. Y lo es sobre todo... en cuanto que, ante la frecuencia de los ataques de que ha sido objeto, ha de reivindicar en todo momento su carácter jurídico".⁶¹

Entonces, si el d.i. ostenta las notas esenciales de cualquier derecho, tiene carácter jurídico. Si carece de una o de varias, no tiene carácter semejante.

Por consiguiente, vamos a considerar cuál es la esencia de la juridicidad y si ella existe en el derecho de gentes.

2.1. *La Juridicidad del Derecho Internacional.*

36. *El Derecho Internacional y la Teoría General del Derecho.*

Con sobrada razón ha proclamado Drost: "Ninguna rama del derecho reconduce tan directamente... a las cuestiones fundamentales de la ciencia jurídica como el derecho internacional".⁶²

Verificaremos la verdad de ese razonamiento en el tema de la juridicidad, pues para entender el carácter jurídico del derecho inter-

(60a) Vide infra, num. 58.

(61) Truyol, Antonio. "Fundamentos de Derecho Internacional Público". Cuarta edición revisada y aumentada. Madrid, 1977. Num. 8. También en el escrito preliminar al citado libro de Walz.

(62) Drost, H. "Grundlagen des Völkerrechts". München und Leipzig, 1936. Pról. pág. V.

nacional hay que partir de las notas esenciales del derecho (teoría general del mismo) para pasar seguidamente a buscarlas en el ordenamiento en cuestión.

Como son muchos los "negadores" del derecho internacional,⁶³ es mucho lo que se debe dilucidar sobre la juridicidad y atipicidad del derecho internacional. Razón por la cual es muy extenso el capítulo presente.

2.1.1. *Las Notas Esenciales del Derecho.*

37. *Los Tres Sectores del Mundo Normativo.*

La conducta humana está regulada por el mundo normativo, integrado por tres sectores: el derecho, la moral y la cortesía (convencionalismos sociales, usos sociales, normas del decoro, reglas del trato social, etiqueta, urbanidad, etc.).

Cobija, en consecuencia, los tres sectores un género próximo, cual es la materia regulada: el comportamiento humano. Empero, difieren específicamente en la forma como lo regulan.

38. *Los Patrones Formales Bipolares del Mundo Normativo.*

Con fundamento en cuatro patrones formales bipolares cabe diferenciar específicamente los tres sectores normativos. Hélos aquí:

1. Interioridad - Exterioridad.
2. Unilateralidad - Bilateralidad.
3. Autonomía - Heteronomía.
4. Incoercibilidad - Coercibilidad.

De las diferencias que se den, se extraerán las notas esenciales del derecho, de la moral y de la cortesía.

39. *Origen de los Patrones Formales Bipolares.*

Los cuatro patrones formales bipolares surgen de considerar en las normas respectivamente su destinación, estructura, validez y observancia.

En efecto, si pensamos en el destino de las normas, pueden ellas dirigirse a la conducta interior o a la conducta exterior de los destinatarios. Por destinación de las normas ha de entenderse el ámbito de validez material de las mismas o la esfera de la conducta humana que ellas regulan.

(63) Vide supra, num. 34.

Si atendemos a la estructura de las normas, las hay de conformación unilateral, cuales son las que únicamente imponen deberes u obligaciones a los sujetos; y de contextura bilateral, las que también imperan obligaciones pero al propio tiempo atribuyen facultades o derechos.

Ateniéndonos a la validez de las normas, éstas pueden dividirse en autónomas y heterónomas. Autónomas, cuando vinculan porque los sometidos a ellas las tienen como obligatorias; heterónomas, si vinculan independientemente de que aquellos las tengan como obligatorias.

Desde el punto de vista de la observancia e inobservancia de las normas, se asevera que son incoercibles aquellas cuya observancia debe ser espontánea, vale decir, su cumplimiento no puede exigirse compulsivamente. Además, su trasgresión no debe implicar sanciones consistentes en el empleo de la fuerza. Coercibles, en cambio, son las normas cuya observancia puede exigirse compulsivamente así como sancionarse la trasgresión con el empleo de la fuerza.

2.1.1.1. Exterioridad Predominante del Derecho.

40. *La Exterioridad Predominante: 1ª Nota Esencial del Derecho.*

Si comparamos las normas morales con las jurídicas, tomando el primer parámetro, esto es, la esfera del comportamiento humano que regulan, las primeras se dirigen de suyo a la conducta predominantemente interior o íntima de los destinatarios (la exterior sólo les interesa en cuanto refleja la intención, el fuero interno o la conducta interior).

Las normas jurídicas, por el contrario, tienen como destinación la conducta predominantemente exterior (aquí la intención es relevante en la medida que se corporifica en aquella conducta).

Las normas del decoro se dirigen privativamente al comportamiento externo del destinatario sin indagar mínimamente la intención o interioridad de éste. Se agotan en lo formal, por donde también pueden denominarse formalidades o formulismos sociales.

2.1.1.2. Bilateralidad del Derecho.

41. *La Bilateralidad: 2ª Nota Esencial del Derecho.*

La norma ética presenta una estructura unilateral por cuanto sólo impone deberes u obligaciones a una persona, pero no faculta a otra para exigir de la primera el cumplimiento de esos deberes.

En cambio, la norma jurídica es bilateral porque impone deberes correlativos de facultades o atribuye derechos correlativos de obligaciones.

Mientras la regla moral es únicamente imperativa, la jurídica es imperativo-atributiva.

Los usos sociales tienen la misma conformación de las normas éticas: son unilaterales.

2.1.1.3. Heteronomía del Derecho.

42. *La Naturaleza Doblemente "Altruísta" del Derecho.*

El otro en latín es "alter", y "ἕτερος" o "ἑτεροίος" en lengua griega.

Pues bien, el derecho es alteridad, es altruísta en sentido tanto latino como helénico. La norma jurídica no puede subsistir sino con relación al otro, al no-yo.

Con arreglo a la primera connotación, el derecho es altruísta como quiera que bilateralidad o alteridad significa la índole por la cual el derecho se dirige a una persona frente a la que hay "otra" facultada para exigir de aquella el cumplimiento de un deber determinado. "Ius est ad alterum".

Inscribiéndose dentro de la tradición aristotélico-tomista, el Alighieri dio en el blanco al definir el derecho por su nota de alteridad: "Es una relación real y personal *de hombre a hombre*, que si se observa mantiene la sociedad; y si se destruye, la corrompe".⁶⁴

Que el derecho sea altruísta en sentido latino, dotado de alteridad, ya se ha glosado en el numeral anterior, el 41.

Con arreglo a la segunda connotación, el derecho es altruísta porque heteronomía etimológicamente procede de "ἕτερος" o "ἑτεροίος", el otro (el diferente, el diverso, el distinto, el contrario, el opuesto a mí); y de "νόμος", norma (ley, regla, costumbre) cuya unión da por resultado en versión literal "ley de otro" o "ley ajena", lo que está indicando la validez objetiva o extrínseca de una norma.

Con todo rigor lexicográfico se puede traducir "heteronomía" como "obligatoriedad objetiva" porque la validez de la norma jurídica se halla fuera del sujeto, en el "otro". Equivale a validez exógena

(64) Alighieri, Dante. "De Monarchia". Li. II, V.

porque la obligatoriedad de la norma jurídica se genera fuera del sujeto. Se genera en y por la persona del "otro": el legislador.

Heteronomía apunta, entonces, a la validez que "otro", diferente u opuesto al sujeto, confiere al contenido de las normas jurídicas.

Es de ocasión recordar que toda norma (ética, jurídica o de uso social) se compone de materia (contenido) y forma (validez).

Como un anticipo, sentamos la siguiente definición de heteronomía, inferida de su raigambre griega: calidad de una norma jurídica por la cual su validez no proviene de la persona del destinatario sino de otra persona, quien es el legislador o creador del contenido de la misma.

Que el derecho sea altruista en sentido helénico, dotado de heteronomía, es lo que se va a explanar en los numerales subsecuentes. En ellos se escudriñará la naturaleza heterónoma de las normas del derecho por oposición a la autónoma de las morales y de las del decoro.

43. La Heteronomía: 3ª Nota Esencial del Derecho.

La autonomía⁶⁵ es la calidad propia de una norma (moral o de los usos sociales) por la que su validez le es conferida por la persona del destinatario y no por la otra persona, la del legislador, creador de su contenido.

Autonomía vale etimológicamente tanto como auto-validez u obligatoriedad subjetiva de las normas, por cuanto éstas hallan su fuerza vinculante en la voluntad misma de la persona del destinatario y no en la voluntad de la persona de otro.

La validez moral se debe calificar de endógena porque validez semejante se genera dentro de la voluntad del obligado y no fuera de ella.

Las normas éticas, por tanto, gozan de validez "subjetiva" debido a que obligan al sujeto si él las acepta como vinculatorias, independientemente de quien sea el que haya creado su contenido (Dios, religión, sociedad).

Válida es la moral por la valoración que de su obligatoriedad hace el sujeto: validez "a parte subiecti".

(65) Del griego "αὐτότης", mismo (él mismo, por sí mismo, espontáneamente); y "νόμος", norma, ley, regla, costumbre). Traducción literal: ley propia, ley que uno se da a sí mismo.

"Cualquiera que sea el sistema ético profesado, es preciso admitir que la norma moral tiene que ser tenida como válida por el sujeto de la misma. Una norma moral no puede obligar sino cuando se la reconoce como válida, lo cual no implica que su validez⁶⁶ derive de este reconocimiento; pero aun considerando al bien como dotado de objetividad, sólo tendrá sentido que yo deba cumplirlo, en tanto reconozca que es tal bien y me obliga. Sea cual sea el origen de los contenidos de la norma moral, ésta es válida para mí, sólo en cuanto mi conciencia la promulga".⁶⁷

Para evitar anfibología en la última proposición, "sólo en cuanto mi conciencia la promulga", debe comprenderse, en nuestro orden de ideas,⁶⁸ sólo en cuanto mi conciencia la acepta como válida.

Hasta aquí llevamos esclarecido que la validez de la norma moral o del decoro depende del querer del obligado y no de querer extraño a éste. Querer extraño que ha creado el contenido de la norma pero que no le ha conferido validez. Esta se la confiere el mismo sujeto.

Concisamente, el postulado ontológico "a priori" de las normas morales es la autonomía, concebida como validez subjetiva o endógena de las mismas.

La heteronomía, como la hemos delimitado ya por su base etimológica y semántica,⁶⁹ es el atributo peculiar de la norma jurídica por el cual ésta es válida independientemente de que haya de ser tenida como tal por los destinatarios.

El derecho, en cuanto "voluntad autárquicamente vinculatoria" (Stammler), pretende vigencia absoluta, esto es, obliga sin consideración al consenso de los sujetos. Es un orden normativo heterónomo.

Las normas del derecho están dotadas de validez "objetiva", como quiera que vinculan al sometido con prescindencia total de que él las acepte como obligatoria. Son tales por el mero hecho de haber sido creadas por un órgano competente para ello.

El derecho no es válido por la valoración que de su obligatoriedad hace el sujeto sino "objetivamente": validez "a parte obiecti"

(66) Validez *objetiva* (sin comillas), para que no nos llamemos a engaño. Nota nuestra.

(67) Recaséns Siches, Luis. "Adiciones a la Filosofía de Del Vecchio". Tomo I, pág. 146. Las subrayas son nuestras y las hemos colocado para realzar la importancia de los componentes de la norma (contenido y validez), a los que ya nos hemos referido y seguiremos refiriéndonos.

(68) Orden de ideas que expondremos en el num. 44.

(69) Vide supra, num. 42.

o validez exógena porque su fuerza vinculante no se genera dentro del sujeto sino fuera de él: en la persona del creador del contenido de la norma jurídica.

Quede muy claro, pues, que la validez de la norma jurídica no depende del querer del obligado sino de otro querer, de un querer extraño que crea el contenido de la norma y le confiere validez.

Entonces, el postulado ontológico "a priori" de las normas jurídicas es la heteronomía concebida como la validez "objetiva" o exógena de las mismas.

La validez "subjetiva" de la moral proviene de la voluntad propia (autonomía) del sujeto que acepta las normas como válidas independientemente de la voluntad ajena que haya creado su contenido.

Es el caso de la Ley Mosaica en lo atingente al Decálogo, pues, aunque el contenido de esas reglas morales fue creado por Jahvé (el legislador), judíos y cristianos (los destinatarios) las aceptan y acatan por su intrínseco valor, porque las estiman válidas para ellos "subjetivamente".

La moral vale por su contenido, que es aceptado como obligatorio por quien la practica. Está dotada de validez material subjetiva o endógena.

La validez a la norma moral le es conferida por los destinatarios a cada instante, incesantemente, vez por vez, al ser observada. De verdad estamos en presencia de una validez iterativa ("toties quoties"), puesto que la obligatoriedad debe ser renovada cada vez que la norma se practica; o de una validez desinente, ya que si no se practica cuando se debiera hacerlo, pierde su vigencia, deja de ser válida: queda derogada.

Todo lo expuesto sobre la moral hágase extensivo a los convencionalismos sociales.

Por el contrario, la validez "objetiva" del derecho emana de "otra" voluntad, extraña (heteronomía) a la propia del sujeto, voluntad ajena que ha creado el contenido de las normas jurídicas.

Pueden servir de muestra las leyes tributarias promulgadas por el Congreso de Colombia: son normas que obligan a todas las personas que se encontraren en territorio nacional y percibieren una determinada renta o fueren titulares de un patrimonio dado, independientemente de que ellas las juzguen válidas.

Vinculan por el hecho solo de haber sido creadas por el precitado órgano, que es el competente, con ceñimiento a ciertas formalidades. Obligan por su extrínseco valor. Para los destinatarios son válidas "objetivamente".

Entonces, el derecho vale por la forma a que se atuvo el legislador y no porque los sujetos acepten su contenido como obligatorio: está dotado de validez formal objetiva o exógena.

La validez a la norma jurídica se la confiere de una vez para siempre ("semel pro semper") o de una vez por todas ("semel et in perpetuum") el legislador. Se trata de una validez permanente, entendiéndose por ello ("pro semper et in perpetuum") no el que la regla rija indefinidamente, una vez creada, sino que tendrá vigencia hasta tanto sea derogada por quien la creó. No necesita, por consiguiente, que su validez sea reiterada por los destinatarios, como la moral, por lo cual éstos no derogan la norma jurídica cada vez que dejen de observarla. Sigue en vigor para el trasgresor y para todos los demás sujetos. Es ésta la permanencia e irrepitibilidad de la validez jurídica.

Colofón: en las normas morales, el sujeto no crea el contenido (la materia normativa), que es algo de por sí objetivo, sino la validez (la forma normativa), que es algo de suyo subjetivo. En cambio, en las jurídicas, el sujeto no crea ni el contenido ni la validez que son algo objetivo, toda vez que el uno y la otra se encuentran fuera del sujeto.

44. *Procedencia de la Validez y no de la Creación del Contenido:*

Criterio Divisorio de las Normas en Autónomas y Heterónomas.

El criterio para dividir las normas en autónomas (las morales y las del trato social) y heterónomas (las jurídicas) ha sido la procedencia de la validez. Si proviene de la voluntad propia del obligado, hay allí autonomía; si de una voluntad extraña a la del obligado, heteronomía.

Kant y sus seguidores confunden crear la norma con dotarla de contenido. Téngase muy presente que no nos hemos servido de este criterio de la creación de las normas, como que desde este punto de vista todas son heterónomas: las morales, las jurídicas y las de cortesía, puesto que su contenido no es creado por el destinatario. Y deben ser "heterónomas" materialmente para no caer en el absurdo de estar uno sometido a sí mismo, como se considerará de inmediato.

García Máynez señala cómo Hartmann ha demostrado que la noción kantiana de autonomía (basada cabalmente en la creación de la norma) es contradictoria.

“Si la legislación moral fuese autónoma,⁷⁰ habría que reconocer al obligado no sólo la facultad de darse normas, también el derecho de derogarlas o modificarlas a su antojo. Pues no es legislador genuino quien es capaz de dictar leyes, mas no quitarles su fuerza obligatoria, ni de sustituirlas por otras. . . A lo único que el hombre no puede hallarse sometido es a su propia voluntad.⁷¹ Dividir a la persona en un yo empírico y un yo moral, como lo intenta Kant, es reconocer que el primero se encuentra normativamente ligado al segundo o, lo que es igual, que carece de autonomía frente a éste. . . Pero es indudable que la universalidad de la exigencia ética no es otra cosa que su valor objetivo, el cual no es obra de la voluntad del sujeto ni varía en función de sus caprichos.⁷² *La persona puede proponerse el cumplimiento de sus deberes y reconocer la justificación de determinado principio, mas no crearlo.*^{72a} Reconocimiento respetuoso y espontáneo de una regla ética no significa auto-legislación”.⁷³

Luego, si autonomía no significa auto-legislación, entendiéndolo por ésta la creación del contenido normativo por el mismo destinatario, es auto-validez, validez endógena, mejor dicho, validez subjetiva; y heteronomía, hetero-validez o validez diferente a la anterior, exógena, objetiva.

Por todo lo visto, hemos prescindido del criterio ya superado y lo hemos sustituido por el de la procedencia de la validez.

En punto de heteronomía, da la casualidad de que la persona que dota la norma de contenido, es la misma que la dota de validez. Es lo que acontece en el derecho.

(70) Autónoma en el sentido de que el obligado cree el contenido de la norma, se repite. Nota nuestra.

(71) Nótese perentoriamente que estar sometido el hombre al contenido de una norma, contenido que él no ha creado, no es estar sometido a su propia voluntad. Nota nuestra.

(72) La universalidad de la exigencia ética o su valor objetivo estriba en su contenido, el cual no es obra de la voluntad del sujeto ni varía en función de sus caprichos. Lo que es obra suya y que puede variar en función de su libre albedrío es acatar o no acatar tal exigencia, con otras palabras, es la validez que él otorga o no al contenido. Entonces, quien practica la moral, está validando un contenido de valor objetivo que él no ha creado. Es así como cobra sentido el pecado en el mundo de la moral. Nota nuestra.

(72a) Los resaltos nuestros demuestran que el autor ha buscado referirse al contenido del principio, contenido no creado por la persona. Nota nuestra.

(73) García Máynez, Eduardo. “Introducción al Estudio del Derecho”. 24 edición revisada. México, 1975, pág. 23 y 24.

En materia de autonomía, una es la persona que dota la norma de un contenido, y otra —el destinatario— quien la dota de validez. Es el caso de la moral y de los convencionalismos sociales.

Lo anterior en orden a resaltar que si bien la segunda validez no tiene en cuenta para nada la voluntad extraña (heteronomía de acuerdo con las categorías de Kant) que dota la norma de un contenido (así ocurre en la moral y en los usos sociales), puesto que de tal voluntad no emana la obligatoriedad, la validez jurídica sí como que de esa voluntad legislativa, extraña a la de los destinatarios, que creó el contenido de la norma, dimana su carácter vinculante.

Realmente, las normas del derecho son heterónomas por partida doble: por el origen de la validez (criterio nuestro), y por la creación de su contenido (criterio superado).

En síntesis, el derecho es válido porque el legislador lo ha dotado de contenido y validez. La moral y la cortesía lo son por cuanto, aunque también han sido dotadas de contenido por un legislador diferente a los destinatarios, son éstos quienes las dotan de validez.

Conviene traer a cuento la inconsistente crítica que se ha endilgado a Stammler por calificar de autónomas las reglas del trato. La inconsistencia de los críticos radica en la adopción del erróneo criterio divisorio de la creación de las normas, entendiéndolo por creación, claro está, el dotarlas de un contenido determinado. Acabamos de reseñar que, desde tal ángulo visual, absolutamente todas las normas son heterónomas. Mas el que se debe tener en cuenta es el criterio de la validez y, entonces, tan autónomas son las normas morales como las de cortesía, puesto que es el sujeto quien las hace obligatorias.

Por último, anotamos que el criterio de la validez, para dividir las normas en autónomas y heterónomas, indaga por el cómo obligan ellas o de dónde les viene la validez, y no por el motivo o razón de ella, vale decir, por qué tienen validez, tema éste que será tratado en el capítulo IV de este curso: “La Fundamentación del D.I.”. Allí analizaremos la fundamentación de la existencia del d.i. y la fundamentación de la obligatoriedad del mismo.

44A. *Las Fuentes Formales y las Fuentes Materiales de los Ordenes Normativos.*

Las fuentes formales, o fuentes de donde se deriva la validez de las normas, hay que buscarlas en el derecho fuera del sujeto porque

la validez jurídica es exógena; en la moral y en la cortesía, dentro del sujeto porque la validez de la una y de la otra es endógena.

Las fuentes reales, materiales o fuentes de donde brota el contenido de las normas, siempre —para los tres órdenes normativos— se precisa buscarlas fuera del sujeto. Ello porque desde tal ángulo visual, lo reiteramos, todas las normas son heterónomas; el contenido se le impone al sujeto de fuera, es exógeno (Legislador, Dios, Sociedad).

Por consiguiente, para explicar la validez de la norma jurídica, se debe acudir a los procesos creadores de la misma: la legislación, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Para explicar la validez de la norma moral y de la del decoro, es menester ocurrir al sujeto mismo que las practica.

Para explicar el contenido de las normas, hay que recurrir a las fuentes materiales que son todos los hechos —divinos y humanos— y todas las situaciones sociales que dan lugar a la regulación jurídica, ética o decorosa determinando la materia de las mismas.

45. *Destinatarios y Valores de las Normas.*

Como las normas éticas tienen por destinatarios un sujeto individualmente considerado, las obligaciones que imponen han de ser referidas a esa individualidad o subjetividad como última instancia de validez o de positivización de la moral. A la conciencia individual queda deferida la aceptación o el rechazo de su obligatoriedad: he ahí, una vez más, la autonomía.

La moral se preocupa, ante todo, por la dimensión subjetiva de la conducta y, por ello, persigue la realización de valores individuales o autónomos.

Al contrario, las normas jurídicas tienen por destinatarios el individuo en cuanto miembro de una sociedad, la estatal o internacional, cuya perduración no es concebible sin un ordenamiento objetivo que sea el garante de la estabilidad de la dicha sociedad frente a la volubilidad de los individuos que la componen.

Por tanto, los deberes y derechos que imponen y atribuyen deben ser referidos a esa sociedad como suprema instancia de validez o de positivización del derecho: he aquí la heteronomía.

El derecho se preocupa, ante todo, por la dimensión objetiva de la conducta y, por ende, persigue la realización de valores sociales o heterónomos.

Finalmente, las normas de la cortesía tienen por destinatario el individuo como miembro de un conglomerado social.

Siguiendo a Radbruch y a su discípulo Llabrás de Azevedo, estimamos que los usos sociales persiguen la realización de valores preparatorios del derecho y la moral, y están colocados a la entrada y a la salida del reino de los valores éticos, pues se fundan en valores de conducta que no son morales ni jurídicos. Son valores de acceso con respecto a los valores de la moral y el derecho, que son los valores centrales.

2.1.1.4. *Coercibilidad del Derecho*

46. *La Coercibilidad: 4ª Nota Esencial del Derecho.*

La incoercibilidad de la moral estriba en que la observancia de sus normas debe ser absolutamente libre o espontánea, y en que la inobservancia no debe conllevar sanciones consistentes en el empleo de la fuerza.

“Las sanciones de las normas morales son totalmente distintas de las sanciones de las normas jurídicas, según corresponde a la esencial diversidad del objeto que unas y otras regulan.⁷⁴ La congoja⁷⁵ de la conciencia es la única sanción moral; el derecho, en cambio, que se refiere a objetos externos, utiliza también métodos de este mundo de objetos externos para sancionar el incumplimiento”.⁷⁶

Coercible es el derecho porque sus normas pueden hacerse observar con el empleo de la fuerza y porque su trasgresión puede implicar sanciones que se imponen por órganos competentes de manera compulsiva.

Los usos sociales, como las normas morales, son incoercibles.

46A. *Imbricación de los Patrones Formales Bipolares de la Normatividad.*

La destinación, estructura, validez y observancia de las normas generan respectivamente los cuatro patrones formales bipolares:

(74) Conducta predominantemente interior las primeras y conducta predominantemente exterior las segundas. Nota nuestra.

(75) Remordimiento, angustia o sentimiento de culpabilidad que genera la trasgresión de la norma moral (el pecado). Nota nuestra.

(76) Walz, Gustavo Adolfo. Op. cit., pág. 351.

- Interioridad - Exterioridad.
- Unilateralidad - Bilateralidad.
- Autonomía - Heteronomía.
- Incoercibilidad - Coercibilidad.^{76a}

Estos parámetros se entrelazan y se permean de tal manera que se condicionan entre ellos dando lugar a apretada imbricación.

Es así como en la normación moral, por ser la interioridad o espiritualidad su nota esencial por antonomasia, las reglas no pueden ser bilaterales ni heterónomas ni coercibles porque estos tres patrones son fenómenos externos a la persona del obligado y, por tanto, no puede haber otra persona que pueda exigir a aquella una conducta determinada ni que confiera validez a los postulados morales ni que los haga cumplir o los sancione compulsivamente.

Todo lo que está fuera de la conciencia del sujeto, es irrelevante para la ética, por lo cual ella debe ser unilateral, autónoma e incoercible, epítetos que tocan con el fuero interno del destinatario.

Porque la bilateralidad o alteridad es la nota esencial más sobresaliente del derecho, ella implica que haya una persona —diferente a la del obligado— que confiera validez a los preceptos jurídicos y que faculte a otras para exigir el cumplimiento de un comportamiento dado o para que sea sancionado su incumplimiento, en una u otra ocurrencia, con el empleo de la fuerza.

Las aludidas exterioridad predominante, heteronomía y coercibilidad son fenómenos externos al sujeto y que hallan su fundamento y razón de ser en la bilateralidad o alteridad del derecho.

La unilateralidad es la nota esencial más destacable en los convencionalismos sociales. Precisamente, como no hay persona diferente a la del destinatario que otorgue validez a la cortesía, no puede haber tampoco un pretensor capacitado para demandar coercitivamente una conducta exclusivamente exterior.

De la unilateralidad brota espontáneamente un corolario formado por la autonomía y la incoercibilidad.

Sea este el lugar para pequeña digresión.

Si es cierto que por la unilateralidad, autonomía e incoercibilidad los usos sociales se diferencian del derecho, no lo es menos que por ellas se identifican con la moral. Mas de ésta difieren ne-

(76a) Vide supra, num. 39.

tamente como quiera que, mientras los convencionalismos sociales se agotan en la pura exterioridad (corporifíquese o no se corporifique en esa conducta exterior, la intención jamás es tenida en cuenta), la moral atiende al fuero interno, y a lo exterior sólo en la medida en que es trasunto de la intención.

A las antípodas están moral y derecho, pues cada uno con relación al otro se presenta con los caracteres antónimos: la moral es predominantemente interior, unilateral, autónoma e incoercible, al paso que el derecho predominantemente exterior, bilateral, heterónimo y coercible.

En definitiva, asiste a los patrones del mundo normativo la categoría de la co-relatividad.

EPILOGO: La Definición del Derecho

47. Definición y Notas Esenciales del Derecho.

Puesto que la definición de algo no es más que su *esencia* lógica, la del derecho debe contener las notas que caracterizan lo jurídico.

Estudiadas, entonces, las cuatro notas *esenciales* de todo derecho —histórico, vigente o futuro— y destacada la imbricación de ellas, damos a guisa de epílogo la definición siguiente:

El derecho es un conjunto de normas heterónomas y coercibles que regulan la conducta intersubjetiva, predominantemente exterior, imponiendo obligaciones y atribuyendo facultades.

2.1.2 Las Notas Esenciales del Derecho en el D.I.

48. Derecho Internacional, Moral Internacional y Cortesía Internacional.

La conducta de los sujetos internacionales, como la humana,⁷⁷ está regulada por el mundo normativo conformado por tres sectores: el d.i., la moral internacional y la cortesía internacional.

La existencia de una moral "internacional" no pugna con la característica esencial de la ética, cual es su espiritualidad, ser individual o subjetiva: "También en el ámbito de la ética social la norma moral se dirige a la conciencia del individuo; lo que hace es darle una orientación determinada con respecto a los prójimos, ya entienda por

(77) Vide supra, num. 37.

éstos cuanto lleve rasgos humanos, ya círculos de individuos especialmente unidos entre sí (familia, municipio, stirpe, nación)".⁷⁸

"La ética social no se dirige nunca a un grupo como unidad de actuación y de intención; se dirige siempre al individuo en su calidad de miembro de aquél".⁷⁹

En consecuencia, al lado de la moral individual o privada, se halla la social, colectiva o pública.

Demostrativo de la existencia de la moral internacional es el artículo 1 de la 37ª Conferencia Interparlamentaria de 1948:

"Las relaciones entre los Estados se rigen por los mismos principios de moral que las relaciones entre los individuos".

Asimismo el Código de Moral Internacional de Malinas, introducción, artículo 3: "Las sociedades, compuestas de seres humanos, regidas por voluntades libres, verdaderas personas morales, están subordinadas, lo mismo que las personas físicas, a la ley moral que gobierna soberanamente las voluntades humanas".

El dechado de norma moral internacional, que ha llegado a ser un lugar común en la ciencia jurídico-internacional, es la señalada por Vattel: la obligación que pesa sobre los sujetos de auxiliar a otros⁸⁰ en estado de necesidad, por ejemplo, con ocasión de un sismo, peste, hambruna u otra calamidad.

En el mismo sentido se han pronunciado Pío XII y Juan XXIII.

"El orden entre las comunidades políticas ha de apoyarse sobre la roca inmovible e inmutable de la ley moral, manifestada por el Creador mismo por medio del orden natural y esculpida por El en los corazones de los hombres con caracteres indelebles... Como faro luminoso, con los rayos de sus principios, debe dirigir el curso de la acción de los hombres y de los Estados, los cuales habrán de seguir sus indicaciones aleccionadoras, saludables, y provechosas, si no quieren que su trabajo y esfuerzo por establecer un nuevo orden naufrague en las galernas".⁸¹

(78) Walz, G. A. Op. cit., pág. 346.

(79) Walz, Gustavo Adolfo. Op. cit., pág. 347.

(80) Vattel, II, cap. I, 3: "Puis donc qu'une Nation doit, à sa manière, à une autre Nation, ce qu'un homme doit à un autre, nous pouvons hardiment poser ce principe général: *Un Etat doit à tout autre Etat ce qu'il se doit à soi-même, autant que cet autre a un véritable besoin de son secours, et qu'il peut le lui accorder sans négliger ses devoirs envers soi-même. Telle est la loi éternelle et immuable de la nature*". Sublíneas nuestras.

(81) Pío XII, Radiomensaje, Navidad 1941, A.A.S., 34, 1942, página 16.

"Porque la misma ley moral que regula las relaciones entre los seres humanos, es necesario que regule las relaciones entre las respectivas comunidades políticas".⁸²

En las relaciones internacionales encontramos reglas irreductibles a normación moral o a normación jurídica.

El protocolo —la etiqueta que debe observarse en la vida internacional— no es más que un conjunto de normas de decoro o de convencionalismos sociales de la comunidad internacional ("Comitas Gentium, Comity of Nations, Convenance et Courtoisie Internationale, Staatengunst oder Höflichkeit im zwischenstaatlichen Verkehr").

Integran ese conjunto de normas, por ejemplo, las reglas que obligan a rendir honores a un jefe de Estado extranjero o a un jefe de misión diplomática.

Los tribunales ingleses y norteamericanos invocan a menudo la cortesía internacional para referirse a situaciones a las que deberían aplicar con toda propiedad la expresión "derecho internacional".⁸³

Alinderando los tres sectores del mundo normativo internacional es como verificaremos la existencia de las cuatro notas esenciales del derecho en el d.i.

2.1.2.1. Exterioridad Predominante y Bilateralidad del D.I.

49. *Consenso en Torno a las Dos Primeras Notas Esenciales del Derecho.*

Que el derecho de gentes regule las relaciones preferentemente externas de los Estados y que sus normas presenten una estructura bilateral, es un consenso reinante en la jurisprudencia y la doctrina internacionales.

Por esta razón y por la de que en los numerales 40 y 41 hayamos esclarecido las dos primeras notas esenciales del orden jurídico, nos eximimos de volver sobre ellas. Por consiguiente, las ideas expresadas deben ser aplicadas, "mutatis mutandis", al deslinde entre d.i. y moral internacional.

(82) Juan XXIII. Encíclica "Pacem in Terris", III parte.

(83) Cfr. Oppenheim, L. Op. cit., 19c. Ver, además, en este autor cuatro significados de "cortesía internacional" relacionados con el d.i., ibídem, note 1; y Verdross, A. Op. cit., cap. IV.

2.2. La Atipicidad del D.I.

50. La Heteronomía y la Coercibilidad del D.I.

Todo el problema del carácter jurídico del d.i. se puede y se debe centrar en saber si tal ordenamiento es heterónimo y coercible.

Al rededor de la cuestión es donde se ha formado la controversia. Solucionado el problema, sin lugar a duda se habrá desatado el nudo gordiano de la juridicidad del d.i.

Nuestro punto de partida será éste: el d.i. es heterónimo y coercible, pero su heteronomía y coercibilidad difieren de la heteronomía y coercibilidad del derecho interno, que se considera el ordenamiento jurídico típico.

De ahí nace, entonces, la necesaria e inescindible conexión en el d.i. entre su juridicidad y su atipicidad.

En lo que resta del capítulo, nos vamos a dedicar, en primer lugar, a la atipicidad del d.i. en materia de heteronomía y coercibilidad para, en un segundo momento, retomar y colegir la juridicidad del mismo.

51. Concepto de Atipicidad.

El nombre "tipo" proviene del sustantivo griego "τύπος" que es molde, modelo, ejemplar, paradigma, dechado, etc.

Luego, el tipo es la persona, animal o cosa que, por haber alcanzado un grado alto o el sumo grado de desarrollo en su ser, sirve de regla y norma (modelo) para todos los demás entes de su misma clase.

En cuestión de órdenes jurídicos, el interno o nacional es el que ha logrado el mayor grado de desenvolvimiento. Por lo cual se le asume como el ordenamiento jurídico tipo.

Como por varios respectos, el orden jurídico internacional no se acomoda al derecho-tipo (el interno), dícese de aquel que es atípico, esto es, que carece de algunos atributos propios del tipo.

Por tanto, hablar de atipicidad del d.i. es aludir a algunos aspectos o atributos secundarios de que está provisto el derecho-tipo y desprovisto el derecho atípico.

Ponemos el acento sobre *algunos y secundarios respectos*, por cuanto si el derecho de gentes careciera de *todos* los atributos del tipo y, por ende, de los *primarios o esenciales* dejaría de tener carácter jurídico.

El derecho típico y el derecho atípico se presentan identificados en los atributos genéricos o esenciales, por los que ambos tienen carácter jurídico. Pero se diferencian en algunos —los específicos— por los cuales cabalmente el uno es típico y el otro atípico.

En las cuartillas venideras consideraremos los atributos más prominentes de que carece el derecho atípico, cuales son la heteronomía orgánica y la coercibilidad orgánica, que llamaremos atipicidades mayores. Las atipicidades menores o los aspectos ya no de tanta monta serán tratados en el capítulo III.

2.2.1. La Heteronomía Inorgánica del D.I.

52. La Heteronomía: 3ª Nota Esencial del Derecho.

En los numerales 43, 44 y 45 se ha indicado que la heteronomía configura la tercera nota esencial de la normatividad jurídica, y se ha demostrado cómo, con base en ella, se deslinda el derecho de los otros dos sectores normativos (moral y cortesía), que son autónomos.

Con todo, no pueden transplantarse las nociones allí expuestas al campo internacional sin antes matizar específicamente la naturaleza de la heteronomía del derecho típico.

53. La Heteronomía Orgánica del Actual Derecho Interno.

Las normas del derecho interno actual son orgánicamente heterónomas porque su validez proviene de un órgano estatal competente, el cual se la ha otorgado a aquellas al crearlas o promulgarlas.

Ese órgano (v.gr., la rama legislativa y, en ocasiones, la ejecutiva, entre nosotros) se caracteriza por la centralización y la especialidad.

Por la primera característica, el órgano detenta el monopolio de la creación del derecho. No existe, por consiguiente, atomización o dispersión en la facultad de producir normas jurídicas. El órgano estatal es el único facultado —él y sólo él— para desempeñar la función de crear derecho.⁸⁴

Por la especialidad, el órgano se compone de una o varias personas individuales, que son al propio tiempo sujetos o destinatarios del derecho. Mas el órgano no se compone de todos los que revisten

(84) Repárese en que la centralización de la autoridad es la característica por excelencia del Estado-nación. Cfr. Crossman, R. H.S. Op. cit., II, I.

la calidad de sujetos sino de algunos. Al obrar como órgano, al crear derecho, sus componentes no lo hacen revestidos de la calidad general de sujetos sino en cuanto miembros de ese órgano, con la calidad especial que esto confiere.

Además, la función de producir el derecho es específica porque el órgano no puede desempeñar otra función jurídica diferente a esa, como serían las de ejecutar o sancionar el derecho.

La heteronomía, pues, del derecho interno es orgánica por cuanto éste posee un órgano central y especializado para la creación de la norma.

53A. *Extensión e Intensidad del Vocablo "Órgano"*.

Para comprender en toda su extensión e intensidad la heteronomía "orgánica", se hace ineludible registrar lo que se entiende por "órgano": es la persona individual o grupo de personas individuales que expresan de manera directa o personal, sin representación, la voluntad de una persona colectiva; en nuestro caso, del Estado y de la comunidad internacional.

Aclaremos que por órgano se debe entender el central y especializado, que es el órgano por antonomasia y el órgano en sentido estricto, y no el órgano descentralizado y general, que sólo es tal por extensión y en sentido lato. A uno y otro, no obstante, nos referiremos discriminadamente en cada caso.

Importa resaltar que los miembros de la rama legislativa, si bien pueden ser representantes de sus conciudadanos, que los han elegido, son órganos del Estado y no representantes de éste. En efecto, los órganos de las personas jurídicas de derecho público generalmente carecen de facultades representativas.⁸⁵

54. *Atipicidad del D.I.: su Heteronomía Inorgánica.*

Las normas internacionales gozan también de heteronomía, pero la suya dista mucho de la del derecho interno. La heteronomía del d.i. es inorgánica porque en él no hay un órgano centralizado ni especial que dé validez a las normas creándolas.

Es así como a nivel internacional no existe un órgano central que monopolice la función creadora del derecho. Ella se encuentra

(85) Véase la teoría del órgano en Gierke, Jellinek, Dernburg, Regelsberger y Michoud. Confróntese nuestra definición con la de Betti, Spota, Schwarz y Schaeffer.

atomizada o dispersa en los sujetos todos del derecho de gentes. Luego, en la comunidad internacional no hay un legislador único: cada miembro está facultado para crear normas jurídicas.

Carece también el d.i. de un órgano especializado porque, por una parte, la función creadora se asigna indistintamente a todos los sujetos o destinatarios de las normas y no a unos pocos, como en el derecho interno.

Por otra parte, los mismos sujetos que tienen la función de crear el derecho, también desempeñan las funciones de sancionarlo y aplicarlo.

De allí se origina el fenómeno llamado doctrinalmente "desdoblamiento funcional",⁸⁶ por el cual los Estados desempeñan una doble función jurídica: por un lado, son sujetos del d.i., y, por otro, son los órganos del mismo. Valga decir que los órganos son todos los sujetos que realmente se convierten en órganos descentralizados y generales del derecho de gentes.

Por tanto, no están investidos los sujetos de la calidad especial de órganos del d.i. sino de la calidad genérica de sujetos del mismo y en cuanto tales devienen órganos creadores de la norma.

Además, repetimos, la función de producir el d.i. no es específica porque los Estados también van a desempeñar funciones diferentes a la de crear, cuales las de ejecutar y sancionar ese mismo derecho.

Al d.i. la validez le es conferida por los mismos sujetos desdoblándose y no por un órgano central ni especializado. Es ésta la heteronomía inorgánica.

Conclusión: heteronomía inorgánica es la carencia de un órgano central y especializado que cree el derecho internacional.

55. *Heteronomía Inorgánica no es Autonomía.*

El deslinde entre las normas del derecho interno y las normas de la moral individual es tajante por causa de la heteronomía orgánica de aquellas y la autonomía de éstas.

(86) Cfr. Scelle, Georges. "Manuel". Op. cit., 21-23; "Le Phénomène Juridique de Doublement Fonctionnel", en "Festschrift für Hans Wehberg". Además, Wiebringhaus: "Das Gesetz der funktionellen Verdoppelung. Beitrag zu einer universalistischen Theorie des Internationalprivat- und Völkerrechts". 2. Aufl., 1955.

Deslinde semejante, trasplantado al campo internacional, parecería, a primera vista, desdibujarse un tanto por la heteronomía que en el derecho de gentes no es orgánica sino inorgánica.

Pero es pura apariencia la aproximación levisima del d.i. a la moral internacional porque, adviértase enfáticamente, heteronomía inorgánica no es sinónimo de autonomía.

De veras, las normas de la moral internacional son válidas porque los Estados —mejor aún, los estadistas— les han conferido obligatoriedad aceptándolas como tales y no por cuanto esos preceptos hayan sido creados por un determinado legislador.

Los deberes que impone la ética a los sujetos internacionales deben ser referidos a esas individualidades —los hombres de Estado— como suprema instancia de validez o de positivización (validez subjetiva).

A la conciencia, entonces, de cada estadista queda deferida la aceptación o el rechazo de su obligatoriedad: he aquí la autonomía de la moral internacional.

Esta se preocupa, ante todo, por la dimensión subjetiva de la conducta y de ahí que persiga la realización de valores individuales o autónomos.⁸⁷

Por el contrario, las normas del d.i. son válidas porque los Estados, desdoblándose, las han dotado de validez y no porque a ellos quede librada la aceptación o el rechazo de su obligatoriedad.

Una vez que un sujeto jurídico-internacional (si el negocio es de formación unilateral) o varios (si aquel lo es de formación plural) han creado la norma jurídica, ésta se objetiva y se independiza de sus creadores y destinatarios. Obliga con prescindencia absoluta de que los sujetos la acepten como válida: he ahí la heteronomía. Heteronomía inorgánica, empero, por no provenir de un órgano central y especializado, mas heteronomía al fin y a la postre.

Sin embargo, no se vaya a creer que si un Estado no participa en la creación de una norma jurídico-internacional, ésta no le obliga. Con tal argumentación, los nuevos Estados que surgiesen en la comunidad internacional no estarían ligados por el derecho internacional consuetudinario preexistente a su nacimiento y que no contribu-

(87) Cfr. supra, num. 45.

yeron a crear. Les obliga porque las costumbres fueron creadas por los Estados preexistentes al nuevo, los cuales eran los competentes para crearlas.

Muy distinta es la índole de la norma moral, que jamás se independiza de los sujetos: son éstos los que siempre, instante a instante, incesantemente, le confieren validez. Por consiguientes, nunca se objetiva.⁸⁸

Entonces, las normas jurídico-internacionales son válidas por el solo hecho de haber sido creadas por los sujetos del d.i. que son los competentes para ello.

Si el Estado o los Estados fueron libres para crear la norma internacional, creada ésta, ya no son libres para aceptar o rechazar su validez debido a que tal validez se ha objetivado, es heterónoma.

En cambio, los Estados no dotan de contenido a la norma de la moral internacional, pero sí son libres para aceptar o rechazar su validez debido a que tal validez no es objetiva sino subjetiva, autónoma.

Los derechos y obligaciones que atribuye e impone la normatividad jurídico-internacional no pueden ser referidos a sus sujetos como individualidades (sería eso moral internacional) sino a la sociedad o comunidad internacional como suprema instancia de validez o positivización.

La comunidad internacional necesita ineluctablemente un ordenamiento objetivo que sea el garante de su supervivencia y estabilidad frente la volubilidad de los Estados que la componen.⁸⁹

56. *Heteronomía y Deslinde en los Campos Normativos Internos e Internacionales.*

Si la validez le es conferida a la norma por un órgano central y especializado, pertenecerá al derecho interno. Si por un órgano descentralizado y general, al d.i.

Si, en cambio, la validez de la norma proviene del sujeto en cuanto tal y no en calidad de órgano, pertenecerá o a la moral tanto individual como internacional o a la cortesía.

57. *El D.I., Derecho preferentemente de Coordinación.*

“... Aquel ordenamiento jurídico dentro del cual, en ausencia de toda organización jerárquica, los sujetos jurídicos son al propio

(88) Vide, supra, num. 43.

(89) Cfr. supra, num. 45.

tiempo órganos exclusivos de positivización (cual ocurre en d.i.), tiene una estructura totalmente distinta de la del ordenamiento legal, con división de poderes y que se positiviza a través de una organización jerárquica. Sólo con referencia a esta peculiaridad, llamamos 'derecho de coordinación' al primero de estos tipos de ordenación jurídica".⁹⁰

Débase observar que para Walz únicamente "la mayor parte del moderno derecho estatal, que gira en torno a la ley y debe su origen a la omnipotencia señorial del legislador, tiene en él (en el derecho de subordinación) su puesto sistemático. En particular forma parte del mismo el llamado derecho público".⁹¹

Para nosotros, todo el ordenamiento interno —ora público ora privado— es derecho de subordinación o de heteronomía orgánica. Aun el derecho privado, que para el autor alemán en cita es derecho de coordinación (el "creado por los mismos individuos mediante libre convención"), pertenece al tipo del derecho de subordinación porque, por una parte, si los particulares crean derecho al contratar entre sí ("mediante libre convención"), ello se debe inequívocamente a que es el mismo legislador quien lo ha permitido. Tanto es así que éste puede ordenar que los particulares contraten de determinada manera restringiendo su libertad contractual o aun aboliéndola. Es el caso, v. gr., de los llamados contratos "forzado" y "dirigido". La manifestación clásica del último hoy en día es el control de arrendamientos en casi todos los países.

Por otra parte, el mismo Walz reconoce, en pasaje más adelante, que "el moderno derecho privado se ofrece a nosotros como derecho privado *estatal*, es decir, enmarcado en un sistema de normas jurídicas fundadas en una relación de subordinación e inordinación".⁹²

Que el d.i. sea de coordinación significa que en él no hay un órgano jerárquicamente superior que dote de validez las normas sino que esto lo llevan a efecto los mismos sujetos, que están todos colocados en un pie jurídico de igualdad, por lo cual ninguno está sometido a otro. Media entre ello coordinación, no subordinación.

La Carta de la O.N.U., preámbulo y arts. 2, 55, ord. 2 y la Declaración de Principios de D.I., aprobada unánimemente por la Asamblea General de aquel Organismo el 24 de octubre de 1970, han proclamado la igualdad soberana de los Estados, base del derecho de coordi-

(90) Walz, G. A. Op. cit., pág. 390.

(91) Walz, G. A. *Ibidem*, págs. 386 y 387.

(92) Walz, G. A. *Ibidem*, pág. 391. Resalto del original.

nación o de heteronomía inorgánica: "Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole.

"En particular, la igualdad soberana comprende los elementos siguientes: a) Los Estados son iguales jurídicamente; b) Cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía; c) Cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados; d) La integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables; e) Cada Estado tiene derecho a elegir y a llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural; 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".⁹³

La igualdad jurídica y soberana de los Estados es una norma taxativa o de "ius cogens".

Con la sola excepción del derecho convencional de la Comunidad Internacional organizada, que posee una ligera heteronomía orgánica o es de subordinación, todo el resto del derecho de gentes es heterónomamente inorgánico o de coordinación.⁹⁴

58. *La Heteronomía Inorgánica o la Coordinación y los "Negadores" del D.I.*

Como lo hemos ya delineado en ocasión anterior,⁹⁵ la causa determinante de la negación del carácter jurídico del d.i. ha de hallarse en que los negadores toman como único y excluyente modelo de normación jurídica el derecho interno de la edad moderna y, cualquier derecho que esté desprovisto de las notas de aquel, no será ordenamiento jurídico.

Como el derecho estatal se presenta cimentado en la subordinación o heteronomía orgánica, y de ésta carece el internacional, se concluye olímpicamente que la última normatividad no es jurídica.

Pero frente a los negadores "hay que hacer valer que una comunidad puede crearse no sólo por una autoridad central, sino también por la *cooperación* de los sujetos jurídicos, sobre la base de convicciones jurídicas comunes, y quedar asegurada mediante cierto equi-

(93) Resolución 2625/XXV.

(94) Vide infra, num. 60.

(95) Vide supra, num. 34A.

librio de fuerzas. Este tipo de estructura jurídica se denomina, a diferencia del antes mencionado derecho de subordinación o fundado en el señorío, *derecho de coordinación o derecho corporativo*.

“...También el derecho de coordinación o derecho corporativo está ‘sobre’ los sujetos jurídicos, puesto que las normas establecidas de común acuerdo son para ellos tan obligatorias como las normas del derecho de subordinación.⁹⁶ Ambos tipos jurídicos solo se diferencian por cuanto el derecho de subordinación posee órganos centrales de creación y ejecución del derecho, mientras que en el derecho de coordinación el proceso de creación exige en todos sus grados una cooperación de los sujetos jurídicos. De ahí que estas comunidades no puedan funcionar si todos los miembros no están animados de *buena voluntad*. Sólo pueden surgir y prosperar en un ambiente ético adecuado. El derecho corporativo es más *sensible* que el derecho fundado en el señorío: éste dispone de medios coercitivos centrales, mientras que aquel es del todo impotente sin la *buena voluntad* de los consortes jurídicos.

“Los negadores del d.i. olvidan, finalmente, que el d.i. no es un sistema jurídico independiente y hermético, porque sólo puede ser cumplido y realizado por el derecho estatal”.⁹⁷

59. *La Heteronomía Orgánica o la Subordinación no Es Nota Esencial del Derecho.*

La heteronomía orgánica es nota esencial y distintiva del derecho interno de la época moderna (el que hemos asumido como tipo), pero no lo es de todo derecho. Por ejemplo, carecen de ella dos derechos atípicos: el consuetudinario y el internacional.

La costumbre obliga porque quienes la observan la sienten como obligatoria. Es la “*opinio iuris sive necessitatis*” de los destinatarios lo que da validez al derecho consuetudinario y no el que haya sido creada por un órgano central y especializado. Constituyen el órgano de la costumbre los mismos sujetos. Se percibe también aquí un desdoblamiento funcional.

Lo que es nota esencial y distintiva del derecho es la heteronomía a secas: que se de orgánica o inorgánica es dato contingente, mas de ninguna manera necesario.

(96) Qué verdad en esta frase: “Donde hay derecho, hay sumisión al derecho”. Walz, G. A. Op. cit., pág. 389. Nota nuestra.

(97) Verdross, Alfred. Op. cit., pág. 93. El original trae los resaltos.

60. *La Incipiente Heteronomía Orgánica del D.I.*

El d.i. consuetudinario es siempre heterónimo inorgánicamente por cuanto la validez de la costumbre proviene de los sujetos, como se ha referido en el numeral precedente.

Por tanto, como el d.i. común se ha presentado hasta la fecha como consuetudinario, es también inorgánicamente heterónimo.⁹⁸

En cuanto al d.i. particular, se imponen varias distinciones.

Si se trata del derecho particular consuetudinario y del derecho convencional no perteneciente a la comunidad internacional organizada, las normas que de ellos nacen son inorgánicamente heterónomas, como las del d.i. común, toda vez que no hay un legislador distinto de los sujetos que a ellas les confiera validez.

En cambio, si se trata del derecho convencional de la comunidad internacional organizada (el derecho de las Organizaciones Internacionales y Supranacionales) es de anotar que en él comienza a insinuarse una ligera heteronomía orgánica.⁹⁹

En las Organizaciones Internacionales, existe un órgano con cierto poder legislativo sobre los miembros. Así, en la O.N.U., esa facultad reside en la Asamblea General.¹⁰⁰

Lo propio acaece en las Organizaciones Supranacionales (derecho comunitario o de la integración) donde hay órganos legislativos, como en la Comunidad Económica Europea la Asamblea, y en el Acuerdo Subregional Andino la Comisión.

Recogemos unas ideas expresadas hace casi veinte años. En la actualidad cobran más vigencia que en aquel entonces: “Todavía hoy en escasa medida, pero en progresivo aumento, el d.i. está dejando de ser un derecho de coordinación; aun en las relaciones entre los Estados, su estructura, tan radicalmente diferente de la del derecho interno, se aproxima un poco a la de éste. El d.i. comienza a tener de manera limitada y temporal pero real, sus órganos propios, y allí donde se yuxtaponen las técnicas del derecho interno y las del d.i., aparecen situaciones intermedias. Este último fenómeno es particularmente perceptible en el plano regional”.¹⁰¹

(98) Vide supra, num. 18. Hemos conceptualizado allí que el d.i. común ha sido y es totalmente descentralizado, inorgánico o desorganizado.

(99) Vide supra, num. 19. Se alude ahí al derecho convencional de la comunidad internacional organizada que se presenta parcialmente centralizado, orgánico u organizado.

(100) Cfr. Carta de la O.N.U., artículo 108.

(101) Reuter, Paul. “Droit International Public”. Quatrieme édition. Paris, 1973.

Nótese, empero, muy enfáticamente que los órganos legislativos de la comunidad internacional organizada no pueden asimilarse en un todo y por todo a los del derecho estatal porque los primeros no están férreamente centralizados ni especializados técnicamente; además, tampoco gozan de una competencia general para crear toda clase de normas, como sí los segundos.

Por manera que se deben subrayar las expresiones adverbiales de Reuter: "El d.i. comienza a tener, **de manera limitada y temporal** pero real, sus órganos propios".

Si, por tanto, sólo el derecho convencional de la comunidad internacional organizada es orgánicamente heterónimo, se ha de concluir que casi todo el d.i. goza de heteronomía inorgánica.

2.2.2. La Coercibilidad Inorgánica del D.I.

61. La Coercibilidad: 4ª Nota Esencial del Derecho.

En el numeral 46 se ha demostrado cómo la coercibilidad configura la cuarta y última nota de la normatividad jurídica y cómo es un patrón para deslindarla de las otras dos normaciones: la moral y la decorosa.

Tampoco este cuarto deslinda, como el tercero, puede trasplantarse al campo internacional sin antes matizar específicamente la índole de la coercibilidad del derecho típico.

62. La Coercibilidad Orgánica del Derecho Interno.

Atendiendo al criterio antinómico observancia-inobservancia de las normas, predícase de las jurídicas internas que son coercibles por cuanto pueden hacerse observar con el empleo de una coacción institucionalizada o por cuanto su inobservancia por acción u omisión implica sanciones pre-establecidas que se imponen y se hacen efectivas por órganos centrales y especializados (los jurisdiccionales y ejecutivos) de manera que puede ser compulsiva.

Por lo que hace a la centralización y especialidad de los órganos ejecutivos y jurisdiccionales, valen las mismas consideraciones hechas con respecto al órgano legislativo.¹⁰²

Rememoramos, sin embargo, sucintamente que por la centralización sólo los órganos jurisdiccionales y ejecutivos están facultados

(102) Vide supra, num. 53.

para proclamar y ejecutar el derecho interno. Por la especialidad, no obstante componerse los órganos de una o varias personas individuales que son simultáneamente sujeto de aquel derecho, al actuar como órganos se despojan de su calidad de sujetos para revestirse de la específica de miembros del órgano.

Es, en fin, orgánica la coercibilidad del derecho estatal.

63. Atipicidad del D.I.: Su Coercibilidad Inorgánica.

Las normas jurídico-internacionales también son coercibles. Mas su coercibilidad está muy lejos de ser la del derecho interno.

Con efecto, la coercibilidad del d.i. es inorgánica debido a que en él no existen órganos centralizados ni especiales que sancionen y ejecuten el derecho.

Estas dos funciones se confían indistintamente a todos los sujetos, los cuales se desempeñan también como órganos. Ello da lugar a una superposición de sujetos y órganos, lo que constituye otra manifestación del explanado "desdoblamiento funcional".¹⁰³

Así como las normas del d.i. son creadas (de donde dimana su validez) por los sujetos, convertidos en órganos, lo propio ocurre en tratándose de la sanción y aplicación de las mismas.

Los sujetos del derecho de gentes actúan como juez y parte, obran en la protección del derecho lesionado como sujetos y como órganos.

No se verifica esto en los actuales derechos nacionales, donde órganos centrales y especializados se convierten en terceros imparciales que solucionan autoritativamente los litigios.

La carencia de un organismo coercitivo central —un monopolizador de la fuerza— faculta a los Estados ofendidos para hacer valer sus derechos apelando a la auto-tutela o auto-ayuda, bajo las modalidades de retorsión, represalias, auto protección, legítima defensa, guerra, etc.

El derecho de hacerse justicia por mano propia —la auto-tutela— elevado a regla general en campo jurídico-internacional, es la excepción en los órdenes internos.

La ausencia de una fuerza institucionalizada ha llevado a exclamar a Niemeyer que el internacional es un derecho sin fuerza".¹⁰⁴ Lo

(103) Vide supra, num. 54.

(104) Niemeyer, Gerhard. "Law without Force". Op. cit., "passim".

que es de explicitar, como quiera que fuerza hay, lo que pasa es que se encuentra descentralizada o inorgánica, por no haber un único depositario de ella. Existen tantos depositarios cuantos sujetos.

Desde este prisma, la comunidad internacional se percibe desarraigada institucionalmente porque no cuenta con un personero de la coacción. Se halla ésta atomizada o dispersa en los Estados.

En este contexto procede señalar cómo hay campos de las relaciones internacionales donde todavía impera la ley del más fuerte —la fuerza bruta o del poder desnudo— por estar exentos de toda regulación jurídica. Es el caso de las relaciones económicas internacionales, vacío que se pretende colmar con el establecimiento de un nuevo orden económico internacional sometido a normación jurídica. Todo ello ha dado pie para el surgimiento de la reciente rama del derecho de gentes: el d.i. del desarrollo.

En resumidas cuentas, la expresión “coercibilidad inorgánica” connota la falta de órganos ejecutivos y jurisdiccionales en el d.i. que sean centrales y especializados.

64. *Coercibilidad Inorgánica no Es Incoercibilidad.*

La línea que deslinda la moral del derecho interno, tomando como patrón incoercibilidad-coercibilidad, es nítida, arcifinia si se quiere. Al paso que las normas éticas ostentan incoercibilidad, las jurídicas internas se presentan orgánicamente coercibles.

Ahora bien, la línea demarcatoria, aplicada a la moral internacional y al d.i., parecería tornarse sinuosa, no arcifinia, con borrosos contornos debido a que la coercibilidad del segundo no es orgánica.

Con todo, ese desdibujarse de fronteras es mero espejismo por cuanto coercibilidad inorgánica no es incoercibilidad, como pasa a demostrarse.

Percíbese la incoercibilidad de la moral porque la observancia de sus normas debe ser absolutamente libre, exenta de fuerza empleada contra el sujeto, y porque la inobservancia no debe conllevar sanciones de índole coercitiva.

Para justipreciar el punto en cuestión, remitimos a la cita de Walz en que advierte cómo la única sanción posible en la moral debe ser también de tipo espiritual. Así es la congoja o remordimiento.¹⁰⁵

(105) Vide supra, num. 46.

La coercibilidad inorgánica del d.i. consiste en que sus normas pueden hacerse observar compulsivamente y en que su inobservancia implica sanciones coercitivas. Coercibilidad inorgánica por no provenir de un órgano centralizado y especial sino de los mismos sujetos que actúan en la ejecución y sanción del derecho desdoblándose como órganos del ordenamiento de gentes, pero coercibilidad de todos modos.

Contra los “negadores” del d.i. que lo consideran un ordenamiento moral, debe argüirse que lo dotan de naturaleza exótica, peregrina, inefable, incomprensible y absurda. Efectivamente, si el destinatario de la moral es siempre el individuo, su conciencia, aún en la colectiva, los destinatarios de la moral internacional son los hombres de Estado pues éste conforma una unidad de decisión y actuación mas no una personalidad moral con intención interna propia.

¿Podría siquiera pensarse un conjunto de normas internacionales que persiguiera la entereza de ánimo y la pureza del corazón de los Estados, cuya observancia se confiara por entero a la conciencia “estatal”, exenta de cualquier coacción, y cuya inobservancia aparejara sólo la sanción moral del remordimiento? ¿Qué pasaría con los miles y miles de tratados convertidos en normas morales?¹⁰⁶

Se precisa, entonces, recalcar que coercibilidad inorgánica e incoercibilidad son categorías incompatibles.

65. *Coercibilidad y Deslinde en los Campos Normativos Internos e Internacionales.*

Si la observancia de la norma puede hacerse valer por órganos centralizados y especiales mediante el empleo de la fuerza, y la inobservancia puede originar sanciones impuestas por los mismos órganos recurriendo, a veces, a la fuerza, esa norma pertenecerá al derecho estatal.

Si la observancia de la norma puede hacerse valer por los propios sujetos, que actúan como órganos descentralizados y generales, de una manera coactiva, y otro tanto puede ocurrir en caso de inobservancia, la norma será parte del d.i.

Si, en fin, la observancia de la norma debe efectuarse exenta de toda coacción y la inobservancia no debe llevar aneja sanciones de índole coactiva, estamos ante una regla de moral, ora individual ora internacional, o de cortesía.

(106) Cfr. Walz, G. A. Op. cit., págs. 351 y 352.

66. *La Coercibilidad Inorgánica, Secuela del Derecho de Coordinación.*

En líneas anteriores hemos probado por qué el orden internacional es un derecho de coordinación y no de subordinación.¹⁰⁷

Precisamente como no existe una jerarquía entre los sujetos internacionales sino que todos son iguales, y como crean coordinadamente las normas, del mismo modo las aplican y sancionan.

67. *La Coercibilidad Orgánica o Subordinación no Es Nota Esencial del Derecho.*

La coercibilidad orgánica es nota esencial y distintiva del derecho interno de la edad moderna, pero no lo es de todo derecho. V. gr., falta en el derecho consuetudinario y en el internacional.

La observancia de los derechos consuetudinario e internacional puede realizarse con base en la coacción que unos sujetos ejerzan contra otros, como órganos de esos órdenes. Igualmente, los mismos pueden imponer sanciones a los trasgresores. En ambas actuaciones, no existe un órgano central y especializado.

Lo que es nota esencial y distintiva del ordenamiento jurídico es la coercibilidad. Que se de orgánica o inorgánica es dato contingente, pero de ningún modo necesario.

De no admitirse lo anterior, nos veríamos forzados a afirmar que todos los ordenamientos "jurídicos" que precedieron a la época moderna carecieron de carácter jurídico porque no poseyeron órganos centrales ni especializados que hicieran de su heteronomía y coercibilidad algo orgánico. Conclusión ésta errada a todas luces.

68. *La Incipiente Coercibilidad Orgánica del D.I.*

El d. i. consuetudinario es siempre inorgánicamente coercible porque la observancia de la costumbre y la imposición de sanciones a los trasgresores pueden llevarse a cabo con aplicación de la fuerza por parte de los mismos sujetos y no por órganos centrales y especializados.

Como la única fuente del d. i. común hasta el presente ha sido la costumbre, luego tal orden es inorgánicamente coercible.¹⁰⁸

(107) Vide supra, num. 57.

(108) Vide supra, num. 18.

A esta situación del d. i. común alude el gran internacionalista Verdross: "Teniendo la comunidad internacional un carácter inorgánico, faltan en ella órganos de ejecución. Así, la represión de hechos ilícitos sólo es posible en forma de autotutela".¹⁰⁹

El derecho convencional no perteneciente a la comunidad internacional organizada se presenta también con coercibilidad inorgánica.

Sólo en el derecho convencional de la comunidad internacional organizada (el derecho de las Organizaciones Internacionales y Supranacionales) ya empieza a insinuarse una tenue coercibilidad orgánica.¹¹⁰

En las Organizaciones Internacionales existen órganos con algunos poderes ejecutivos y jurisdiccionales. Por ejemplo, en la O.N.U. se sustrae a los Estados el poder de autotutela militar (menos la legítima defensa contra una agresión no provocada) y se concede al Consejo de Seguridad un cierto poder coercitivo. Sin embargo, él no puede ejercer efectivamente tales facultades.¹¹¹

Algo similar, en cuanto a la organicidad, se verifica en la Corte Internacional de Justicia de La Haya, que es el órgano jurisdiccional de la O.N.U. Pero tampoco aquí la centralización es perfecta por cuanto no hay jurisdicción obligatoria, como quiera que la competencia de ese Tribunal tiene como presupuesto la voluntad de las partes de someterse a ella.

En las Organizaciones Supranacionales (derecho comunitario o de la integración) también se da una ligera coercibilidad orgánica puesto que existen órganos ejecutivos y jurisdiccionales, como el Consejo de Ministros y el Tribunal de Justicia en la Comunidad Económica Europea; la Junta y el Tribunal Andino de Justicia en el Acuerdo de Cartagena.

69. *La Organicidad del D.I.*

Hemos aseverado que el d. i. es inorgánico porque no tiene órganos centrales ni especializados que creen, apliquen y sancionen las normas.

No obstante, también hemos afirmado que en el derecho convencional de la comunidad internacional organizada existe una incipiente organicidad.

(109) Verdross, Alfred. Op. cit., pág. 400.

(110) Vide supra, num. 19.

(111) Cfr. Carta de la O.N.U., arts. 27 y ss.

Conviene, entonces, armonizar la inorganicidad de casi todo el d.i. con la así llamada por nosotros "incipiente" organicidad del derecho convencional de la comunidad internacional organizada.

Un orden jurídico es lo que los sujetos del mismo quieren que sea. En los ordenamientos internos se ha logrado una perfecta centralización y una maravillosa especialidad —una organicidad— de las tres funciones jurídicas porque los nacionales —los sujetos— así lo han querido.

Igualmente ha ocurrido, ocurre y ocurrirá en el d.i.: éste es lo que sus sujetos quieren que sea. La evolución de la total inorganicidad hacia la organicidad se llevará adelante únicamente en la medida que las condiciones jurídico-políticas (la soberanía nacional) de cada uno de los Estados la quiera y la permita.

Con mucho tino se ha sentenciado que la fuerza o flaqueza de un ordenamiento jurídico depende de la voluntad de los sujetos.¹¹²

En consecuencia, la incipiente organicidad del d.i., circunscrita hoy al derecho convencional de la comunidad internacional organizada, es, para utilizar la expresión reutiana,¹¹³ "limitada y temporal".

Limitada, por cuanto la heteronomía y coercibilidad serán orgánica en la medida que los Estados quieran: la soberanía de ellos es lo limitante. Ellos señalan las materias que conforman la competencia de los órganos propios del d.i. Limitación, pues, en el ámbito de validez material del derecho de gentes.

Temporal, por cuanto los mismos sujetos indican o pueden indicar la duración de la organicidad del d.i. Limitación en el ámbito de validez temporal de la norma jurídico-internacional.

El tornarse el derecho de coordinación (el internacional) en derecho de subordinación (como el derecho típico), dependerá en un todo y por todo de los Estados.

70. El Primitivismo del D.I.

Por primitivismo del d.i. se quiere connotar la carencia de órganos centrales y especializados que desempeñen las tres funciones jurídicas.

(112) "Jedes Recht ist so stark oder schwach, wie es die Rechtssubjekte machen". Münch, Ingo von. "Handlexikon zur Rechtswissenschaft". München, 1972, Seite, 199.

(113) Vide supra, num. 60.

Por ello, si comparamos el d.i. con el derecho interno, aquel aparece como un derecho primitivo que corresponde, al decir de Kunz, "a un grado inicial de evolución de todo derecho".¹¹⁴

En verdad, la sociología y la historia del derecho enseñan que en su etapa primitiva el orden jurídico nacional no tenía notas distintivas que ostenta en la actualidad, o sea, una heteronomía y una coercibilidad orgánicas. Se desconocía una verdadera división de las labores de crear, ejecutar y proclamar el derecho. La fase primitiva ha sido superada con éxito y es así como los órdenes internos se presentan férreamente centralizados y técnicamente especializados.

Primitivismo no es otra cosa que heteronomía y coercibilidad inorgánicas.

71. La Atipicidad Mayor y las Atipicidades Menores del D.I.

La mayor diferencia entre el derecho interno y el internacional reside en la falta de organicidad del segundo. Diferencia tal es también llamada "relativa falta de órganos centrales" o "carácter descentralizado del d.i."

Primitivismo, inorganicidad, carácter descentralizado y atipicidad mayor del d.i. son uno y lo mismo.

Sin embargo, el primitivismo no es la única diferencia entre el derecho interno y el d.i.: es la más descollante, la atipicidad por excelencia, y por eso la singularizamos con el epíteto de "mayor".

"No comparto la opinión de Kelsen de que el primitivismo sería la única diferencia entre el d.i. y el interno; además del primitivismo el d.i. tiene ciertas particularidades sociológicas que le diferencian del derecho nacional".¹¹⁵

"No cabe duda que el d.i. pertenece al tipo de derecho primitivo, pero este primitivismo no agota sus características. Algunos rasgos no son reductibles a este común denominador. Es una comprobación de gran trascendencia no sólo "de lege lata", para la comprensión del orden internacional existente, sino también "de lege ferenda": si suponemos que el d.i. no tiene otra traba, además de su primitivismo, podríamos esperar que la superará de un modo análogo como

(114) Kunz, Joseph L. "Del Derecho Internacional Clásico al Derecho Internacional Nuevo". México, 1953, pág. 25.

(115) Kunz, Joseph L. "Teoría General del D.I.". La Habana, 1952, págs. 366-368. En el mismo sentido, James Brierly y Pierre Vellas.

la ha superado el derecho interno de todas las naciones civilizadas. Desgraciadamente tal suposición carece de fundamento. Lo que impide el progreso del d.i. no es su actual primitivismo, sino algunos rasgos de la comunidad internacional, *que no existen en otras sociedades primitivas*, sobre todo una desmesurada desproporción del poder entre los Estados y, por otro lado, la variedad de sus condiciones objetivas".¹¹⁶

A las "particularidades sociológicas" de Kunz y a "algunos rasgos de la comunidad internacional, que no existen en otras sociedades primitivas" de Halajczuk,¹¹⁷ consagraremos el capítulo III, particularidades y rasgos que van más allá de la primitividad, y que nosotros denominamos atipicidades menores. Demostraremos, además, la razón por la cual se debe hablar de atipicidad "mayor" y de atipicidades "menores".

72. Intercambiabilidad de los Tres Ordenes Normativos Internacionales.

A veces una norma de moral internacional pasa a ser norma jurídico-internacional. O también, una regla de cortesía internacional se transforma en norma del derecho de gentes.

Asimismo, una norma jurídico-internacional puede eventualmente devenir moral o cortesía internacionales.

El ejemplo de Vattel citado atrás¹¹⁸ ilustra sobre el particular. La obligación de socorrer a un sujeto jurídico-internacional en estado de necesidad, víctima -v.gr.- de un movimiento telúrico devastador, es una norma moral cuya obligatoriedad pesa sobre todos los demás. Mas si algunos de éstos conciertan un tratado para prestarse asistencia recíproca en caso de que una de las partes padezca un terremoto, la norma, nacida de la convención, es jurídica.

Cuando una costumbre jurídico-internacional viene derogada por el desuso ("desuetudo"), puede, o convertirse en regla de moral o de cortesía, o simplemente perder todo vigor normativo.

Debido a la interpenetración o interacción de los órdenes reguladores de la conducta internacional, muchas normas que en el presente son d.i., en un pretérito no lejano fueron moral o cortesía, mu-

(116) Halajczuk, Bodhan y Otra. "Derecho Internacional Público". Buenos Aires, 1972, 2.

(117) Las subrayas de ambos textos son nuestras.

(118) Vide supra, num. 48.

chas otras, que hoy son normas morales o de etiqueta, en futuro próximo o remoto pueden llegar a ser jurídicas, y éstas dejar de ser tales.

Se puede, entonces, inferir que los tres órdenes normativos se sirven mutuamente de fuentes materiales o reales.

La razón de la intercambiabilidad debe hallarse en que los tres ordenamientos son partes de un mismo todo, el mundo normativo, cobijados por un común denominador o género próximo: regular conducta intersubjetiva internacional.

No en vano concibe Hegel el espíritu objetivo (el querer libre) integrado dialécticamente por el derecho, la moralidad (moral individual) y la eticidad (moral colectiva).

En el espíritu objetivo se ubican, pues, las tres normatividades jurídica, moral y la de los usos sociales, como quiera que el querer libre —llámese libertad, voluntad, consentimiento o conciencia— es el fundamento de todas ellas. Donde hay libertad, hay normatividad, y donde no hay libertad, hay necesidad y, por consiguiente, no habrá normatividad. Entonces, la común cimentación es lo que permite la intercambiabilidad.

Existe tanta compenetración entre las normas morales y las legales que, por motivos de mayor eficacia, las primeras tienden a convertirse en normas dotadas de sanción compulsiva, como las jurídicas; y éstas propenden por el respaldo de la moral para hacerse imperecederas. De donde toda normación jurídica está informada por dos sistemas: el político¹¹⁹ y el ético.

EPILOGO: La Definición del D.I.

73. Los Cuatro Patrones Formales Bipolares del Mundo Normativo.

Basándonos en exterioridad-interioridad, bilateralidad-unilateralidad, heteronomía-autonomía y coercibilidad-incoercibilidad, es como hemos desentrañado la esencia de la juridicidad.

En las páginas antecedentes hemos logrado demostrar que el d.i. participa de las cuatro notas esenciales de lo jurídico. Entonces, como último de esa demostración, he aquí una definición:

(119) Véase a este respecto supra, num. 23.

El d.i. es un conjunto de normas, dotadas de heteronomía y coercibilidad generalmente inorgánicas, que regulan de manera predominante la conducta exterior intersubjetiva de las personas jurídico-internacionales imponiéndoles obligaciones y atribuyéndoles facultades.

Para hacernos a una definición omnicompreensiva del d.i., es menester unir la presente con la formal y con la material, analizadas con anterioridad.¹²⁰

74. *Ensanchamiento del Concepto del Derecho.*

Este capítulo sobre la juridicidad y atipicidad del d.i. ha realizado el desiderátum de Walz, en el sentido de que las atipicidades del derecho de gentes deben conducir a un ensanchamiento del derecho, cuyo concepto se ha forjado hasta ahora en el molde del derecho estatal moderno.¹²¹

Por tanto, al afirmar que la heteronomía y la coercibilidad pueden ser inorgánicas y no indefectiblemente orgánicas, como en el derecho interno, hemos brindado nuevos conocimientos de la esencia de cualquier estructura jurídica y de esta manera ensanchado la concepción de lo jurídico, sustrayéndola a los estrechos márgenes del derecho estatal moderno: también hay juridicidad en órdenes internos pre-modernos y en el inter-estatal de todas las edades.

75. *El D.I. no Es Moral ni Cortesía Internacionales.*

Es de rigor finalizar el capítulo presente con la proposición que lo inició, la cual ha quedado, al menos así lo esperamos, plenamente demostrada: "El d.i. es derecho; no es simple moral, ni tampoco un complejo de usos sociales; pero es un derecho de sello peculiar, que, comparado con el derecho estatal, ofrece marcadas particularidades".¹²²

EX-CURSO.

Como medio de ayuda, para que el tema de los capítulos I y II no quede trunco y antes, por el contrario, para complementarlo, se

(120) Vide supra, num. 6 al 14.

(121) Reza de este modo el desiderátum walziano: "El conocimiento de estas peculiaridades (de las del d.i.) parece adecuado para ensanchar esencialmente el concepto del derecho forjado en el derecho estatal, y brindar, de esta suerte, nuevos conocimientos de la esencia de toda estructura jurídica". Op. cit., pág. 395.

(122) Walz, G. A. Op. cit., pág. 395.

recomienda del libro "Cases and Materials on The International Legal System", de Noyes E. Leech, T. Oliver y Joseph Modeste Sweeney, The Foundation Press, Inc., New York, 1973, las siguientes lecturas:

1. James: "The Varieties of Religious Experience".
2. Austin: "Jurisprudence".
3. Wolff: "Classics of International Law".
4. Phillipson: "Introduction to Gentili 'De jure Belli Libri Tres'".
5. Stone: "Legal Controls of International Conflict".
6. Kelsen: "The Pure Theory of Law".
7. Kelsen: "Principles of International Law".
8. De Visscher: "Theory and Reality in Public International Law".
9. Friedmann: "The Reality of International Law - A Reappraisal".
10. O' Connell: "International Law".
11. O' Connell: "International Law" (continuación).
12. Oliver: "Contemporary Problems of Treaty Law".
13. Kaplan and Katzenbach: "The political foundations of I.L".
14. Tunkin: "Forty Years of Co-existence and International Law".
15. McDougal: "International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception".

Medellín, junio de 1980

Alfredo Bruno Bologna

Graduado en Ciencias Políticas y Económicas
Doctor en Ciencias Políticas y Económicas
Profesor de Política Internacional
Universidad Nacional del Sur
San Juan 425 - 2300 Bahía - Argentina