



Análisis del CURI

El papel del Derecho Internacional Público en el siglo XXI

Dr. Heber Arbuet - Vignali

*Consejo Uruguayo
para las Relaciones Internacionales*

23 de abril de 2012

Análisis N° 03/12

El CURI mantiene una posición neutral e independiente respecto de las opiniones personales de sus Consejeros. El contenido y las opiniones de los “Estudios del CURI” y “Análisis del CURI” constituyen la opinión personal de sus autores.

EL PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN EL SIGLO XXI.

Por Heber Arbuet-Vignali (*)
El Pinar, junio 2008 y abril 2012.

Resumen.

El Derecho Internacional Público es un producto humano hecho para atender ciertas necesidades. A través de sus acuerdos y sus prácticas los Estados lo crearon para atender las exigencias de la modernidad. En el Siglo XX se avanza a una nueva civilización que algunos llaman postmoderna y que proyecta nuevos estilos, asuntos y protagonistas en las relaciones internacionales. Se han querido encauzar los nuevos desafíos utilizando el viejo sistema jurídico. Ello no es posible y es necesario construir otro u otros.

Como en la dialéctica hegeliana, mis vínculos académicos con el Derecho Internacional Público pasaron por tres momentos. Uno en que creí que él resultaba el instrumento adecuado para encaminar todas las relaciones internacionales debiendo sólo trabajarse para ello (1963-70). Otro en que sentí que resultaba altamente ineficaz y debían procurarse cambios dentro del mismo (1970-73). Y un tercero en que decidí estudiar en profundidad los fundamentos del sistema, aporté varios cambios importantes a su teoría general e investigué y escribí una Teoría y Doctrina Jurídica de la Soberanía (1973-2008).

En este último momento he llegado a la conclusión de que el sistema continúa siendo eficaz para encauzar aquellos asuntos para atender los cuales fueron hechas sus estructuras y sentados sus Principios. Pero que no es, ni puede ser, eficaz para enfrentar una serie de problemas diferentes que aparecen en las relaciones internacionales como producto de la nueva civilización y de los adelantos que ella aportó. Esto ocurre porque él no fue creado para ello y por tanto no dispone de instrumentos adecuados y sus Principios le impiden actuar. Pero también pienso que el sistema del Derecho Internacional Público brinda actualmente el marco propicio y necesario para que, desde dentro de él y respetando sus Principios y normas, los Estados puedan crear otro u otros sistemas jurídicos diferentes, asumiendo compromisos mas profundos, fundándolos en nuevos Principios, dotándole de nuevas estructuras e instrumentos, que permitan atender a las relaciones internacionales de una nueva civilización que asoma desde el primer tercio del Siglo XX, se perfila desde mediados del mismo, se consolida desde la última década y nos requiere con vigor desde la entrada del siglo XXI.

El Derecho Internacional Público, tal como le conocemos hoy, se instala en el mundo a mediados del siglo XVII respondiendo a las necesidades que por entonces tenían los recientes y pujantes Estados nacionales. Ellos querían afirmar su personalidad y

(*) Jurista, libre investigador antiguo catedrático de Derecho Internacional Público y de Historia de las Relaciones Internacionales. Miembro del Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI) y antiguo consejero del mismo, Premio CONICYT a la investigación jurídica, 1999.

afianzar su protagonismo, y para esto necesitaban relacionarse entre sí “en estado civilizado”. Requerían de un orden jurídico obligatorio por definición, que les permitiera tener seguridad y certeza en sus relaciones mutuas, porque estas debían ser frecuentes al ser imprescindibles para encausar un sistema político de equilibrio de poderes. Pero además no querían quedar sometidos a ningún poder ajeno a ellos mismos que pudiera legislarles y obligarlos; es decir necesitaban de un sistema jurídico que les proporcionara la posibilidad de una coexistencia reglada y les garantizara, a la vez, la mas amplia independencia tanto frente al Papado y al Imperio, como ante cualquiera de ellos que procurase la hegemonía. Van a crear para ello el Derecho Internacional Público.

Los Estados fueron los únicos protagonistas y sujetos del sistema al sentarse sus bases en Westfalia y Utrecht y al consolidarse a través de la práctica que fue estableciendo muchas normas consuetudinarias y algunas convencionales. Recién a mediados (comunidad beligerante) y fines (Organizaciones Internacionales) del Siglo XIX se aceptaron otros protagonistas-sujetos, a los que se sumarán en el siglo XX los Movimientos de Liberación Nacional, todos muy ligados con los Estados ⁽¹⁾. Las más recientes pretensiones de dar la calidad de sujeto del Derecho Internacional Público a seres humanos y otras entidades son producto de confusiones y, sobre todo, del deseo de atender ciertas realidades cuya regulación quiere atribuirse a este sistema, cuando el mismo no es adecuado para ello y deben procurarse otras soluciones diferentes.

Esos Estados protagonistas-sujetos estaban protegidos por fuertes fronteras naturales (mares, ríos, macizos montañosos, selvas, desiertos) difíciles de penetrar; y cuando no lo eran se salvaba el problema creando las dificultades con las marcas de los marqueses y las defensas militares. Esos mismos Estados, al establecer el sistema jurídico, se reservaron el derecho de auto tutela, lo que en los hechos les permitía disponer de un amplio margen de maniobra. Podían actuar a discrecionalidad, incluso contra derecho, sin que existiesen órganos imparciales que juzgaran su conducta; de tal manera que podían sostener frente a los demás -a veces con razón, pero en otras no- que actuaban dentro del sistema jurídico al defender un derecho que éste les otorgaba. A todo esto debe sumarse que fundaron el sistema jurídico internacional en el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados y asentaron sus respectivos órdenes jurídicos internos en el atributo de la Soberanía, considerada ésta no desde sus esencias jurídicas, sino desde sus posibilidades políticas; es decir, respaldando todos los medios que permitiesen obtener la fuerza suficiente para ordenar la sociedad según los deseos del que manda. Sin que se sentara expresamente, ese concepto político de soberanía en el ámbito interno, él se solapó en las actividades internacionales. En este marco de confusión jurídica y con la carencia de un sistema imparcial de decisión, el Derecho Internacional Público regló las relaciones internacionales apareciendo como un derecho estricto en su concepción (como lo es todo derecho), pero muy laxo en su concreción y aplicación; lo que, en ocasiones, permitía no condenar conductas inadecuadas.

Los fines del sistema eran servir para que los Estados se relacionaran ordenadamente sin perder su independencia y permitir a todos defenderse, en la medida de sus

⁽¹⁾ En todos los casos hay notorios vínculos directos con los Estados: el primero se trata de un Estado dividido en facciones que pretenden representar al todo; el segundo se integra con Estados; y el tercero es un pueblo que sostiene reunir los elementos para que se le reconozca como Estado. Los otros especiales protagonistas-sujetos, de presencia ocasional en el sistema, también tienen vínculos históricos con el Estado (Santa Sede, Orden de Malta, Monte Athos, Califatos).

posibilidades, para mantener su existencia. Los objetivos del sistema eran mantener la independencia de sus protagonistas-sujetos; no la cooperación entre ellos y mucho menos, la organización de sistemas jurisdiccionales o de seguridad colectiva.

Para cumplir con esos fines en la regulación de las relaciones internacionales, el Derecho Internacional Público adoptó una estructura de coordinación pura y se dio los Principios rectores adecuados a ella. Más adelante, las relaciones internacionales siguieron otros cursos que también quisieron ser reglados por el Derecho Internacional Público, sin pensar que la estructura y los Principios de este no eran adecuados para ello y que el sistema en vigor debía ser en estos nuevos casos sustituido por otro u otros diferentes o complementarios.

Los Principios fundamentales del Derecho Internacional Público son el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados y, entre otros, sus corolarios inmediatos el Principio de No Intervención y el Principio de la Jurisdicción Doméstica. En consecuencia, los instrumentos propios del sistema fueron: la negociación en tiempos de paz; la negociación asistida (mediación, arbitraje), en tiempos difíciles; y, en tiempos de guerra, el uso de la fuerza, auto justificada o justificada por ideas filosóficas, no por reglas jurídicas y, en los hechos, limitada por la inexistencia de armas de destrucción masiva. A comienzos del Siglo XXI, estos siguen siendo los instrumentos del sistema. No pertenecen al mismo una Corte Internacional de Justicia con jurisdicción obligatoria y con pleno “imperium”, es decir, con capacidad de ejecutar sus sentencias, tanto en o desde el ámbito internacional como en el ámbito de la jurisdicción doméstica del Estado que se niegue a aceptar sus fallos. Tampoco es propia del Derecho Internacional Público la posibilidad de subordinar absolutamente a los Estados a órganos supranacionales a quienes deban obedecer y cumplir con sus mandatos, aceptando incluso la ejecución forzada de estos por aquellos dentro de su territorio. El sistema del Derecho Internacional Público da a los Estados la alternativa de cumplir voluntariamente con sus mandatos o de no cumplirlos siempre que acepte someterse pacíficamente a las sanciones internacionales que se les aplicaren por no hacerlo.

Los nuevos instrumentos necesarios no pertenecen al sistema del Derecho Internacional Público, aunque pueden ser propios de otro tipo de sistemas jurídicos internacionales, más compromisorios y sustentados por diferentes Principios cardinales. Pretender utilizar estos instrumentos en el marco del Derecho Internacional Público conduce a que, para hacer acatar una norma del sistema o cumplir un fallo de sus tribunales en forma forzada, se atente contra y se destruyan las propias bases del sistema, las que lo estructuran y le dan razón de ser: los Principios de la Igualdad Soberana de los Estados, la No Intervención y la Jurisdicción Doméstica.

No obstante estas características que lo limitan, el sistema fue útil y encauzó satisfactoriamente las relaciones internacionales hasta fines del Siglo XIX, principios del siglo XX. Esto se debió a que, hasta entonces, prácticamente los únicos protagonistas-sujetos eran los Estados; a que las fronteras de estos continuaban siendo satisfactoriamente no perforables. Y a que una nueva civilización no había aún aportado los adelantos tecnológicos y científicos que hicieran posible la invención de armas con potencialidad de destrucción en masa y posibilidades de terminar con la civilización, ni había aún aportado a los individuos instrumentos que les abrieran el acceso para actuar, de hecho y directamente, en las relaciones

internacionales, incluso en actividades delictivas y, en ocasiones, con poderes superiores a los de algunos Estados.

A partir del siglo XX empiezan a notarse cambios en las relaciones internacionales. Al promediar el mismo las modificaciones en el pensamiento de la humanidad, los replanteos filosóficos y religiosos, los cambios en las costumbres, junto a los avances científicos y tecnológicos y el acortamiento de todo tipo de distancias, plantean una nueva situación que permite la emergencia de una original y pujante civilización planetaria. Todo esto repercute fuertemente en las relaciones internacionales al ser modificados sus presupuestos tradicionales. Para algunas actividades las fronteras desaparecen y, en todos los casos, se tornan perforables. La industria bélica pone a disposición de los interesados medios de destrucción masiva que pueden quedar fuera del control de quién los usa y destruir la humanidad o retrogradar su civilización a remotas épocas primitivas. Además, la simplificación y popularización de ciertos instrumentos necesarios para la acción internacional, permite a los particulares disponer de medios que, sin recurrir a aquellos propios de los Estados (cuerpo diplomático, fuerzas armadas, universidades, etc.) les llevan, sin darles la categoría de sujetos jurídicos, a ser, de hecho, protagonistas políticos directos en la toma de decisiones y en las actividades internacionales.

Ante estos cambios la doctrina y la práctica del Derecho Internacional Público siente la necesidad de ordenarlos regulando sus consecuencias en procura de mantener la paz y seguridad internacionales, preservar la existencia de los Estados e impulsar la cooperación internacional. No se percibe, aunque ya se estaba dando el fenómeno comunitario europeo ⁽²⁾, que la circunstancia emergente exigía un diferente sistema de normas jurídicas para regular las relaciones internacionales que, con otros Principios, estructuras e instrumentos, permitiera atender los nuevos requerimientos. En lugar de ello, la práctica y la doctrina se esforzaron y lograron introducir cambios muy importantes en el Derecho Público construyendo un sistema que Jiménez de Aréchaga llamó Derecho Internacional Contemporáneo y nosotros denominamos “adecuado a la tecnología nuclear”. Los primeros cambios importantes los introdujo la propia Carta de las Naciones Unidas y llegaron muy cerca de la desnaturalización del sistema del Derecho Internacional Público. Si eso no ocurrió fue porque se limitó la eficacia de los nuevos instrumentos hasta el extremo de quitarles credibilidad a la propuesta: mantenimiento de asientos permanentes y veto en el Consejo de Seguridad; imposición de medidas coercitivas sólo por un órgano político, con posibilidad de veto y únicamente en casos extremos; justicia internacional de jurisdicción voluntaria y sin capacidad de ejecución coercitiva de sus fallos dentro del ámbito de la jurisdicción doméstica; cooperación internacional sin órganos supranacionales que la ordenen e impulsen; etc..

Después de la Carta y, en ocasiones, como consecuencia de la misma, se intentará regular recurriendo al sistema del Derecho Internacional Público ciertos ámbitos de actividades ahora muy importantes y sensibles en las relaciones internacionales. Ello ocurre con la protección internacional de los derechos humanos, con la protección del ambiente humano, con la creación de una justicia penal internacional,

⁽²⁾ Por entonces, juristas tan prestigiosos como el juez Pierre Pescatore que desde su posición en el Tribunal Comunitario contribuyó grandemente a sentar los Principios propios del sistema (supranacionalidad, ingreso automático, superioridad de sus normas, posibilidad de ejecución forzada directa de sus fallos, etc.), sostenía que el sistema europeo se integraba dentro del Derecho Internacional Público; posición que tardó varios años en ser reformulada.

etc. Si se pretende reglar directamente estas situaciones a partir del Derecho Internacional Público, las consecuencias pueden ser dos. O se desnaturaliza el sistema, porque para que la protección en estas áreas funcione correctamente, es imprescindible que, al menos en las materias elegidas la organización internacional tenga capacidad y legitimación para imponerse a los protagonistas-sujetos, los Estados. O el instrumento se torna ineficaz quedando el funcionamiento de sus órganos a merced de la buena o mala voluntad de los Estados en cuanto a colaborar con las autoridades y, el alcance de sus disposiciones, no mas allá de lo programático. En otros casos, como en el de la regulación del comercio internacional, al lado de las reglas básicas del Derecho Internacional que atienden a la cosa pública, se ha creado una nueva "lex mercatoris" de la que se sirven los intereses privados y es tolerada por los Estados, pero que no es suficiente y no tiene por que atender a los intereses del común de las gentes. En consecuencia, la puesta en práctica de estos esfuerzos híbridos determinan una opción entre desnaturalizar al Derecho Internacional Público quitándole credibilidad, haciéndolo ineficaz y creando incertidumbres o mantener su estructura tornando las respuestas en ineficaces y frustrantes.

La actual civilización ha insertado en las relaciones internacionales nuevos asuntos que requieren, no sólo de atención política, sino también de regulación jurídica. Uno de ellos resulta de la urgente necesidad de disponer de un sistema de seguridad colectiva efectivo que permita no sólo mantener la paz y seguridad internacionales entre los Estados, sino también concretar un eficaz combate al terrorismo y un fuerte control sobre otros criminales internacionales. Otro asunto lo encontramos en la necesidad de extender el alcance de la jurisdicción internacional y de dotarla de fuertes poderes para la ejecución forzada de sus fallos, aún dentro los ámbitos de la jurisdicción doméstica de los Estados, especialmente en materias tales como la protección de los derechos humanos, la protección ambiental, la represión de delitos de alcance transfronterizos y otros. Es necesario, además, impulsar y profundizar la cooperación y la integración internacionales. Todos estos y otros ámbitos de actividad requieren de nuevos sistemas de regulación, ya que el marco del Derecho Internacional Público resulta estrecho y está muy limitado por sus Principios ante las nuevas circunstancias. Por ejemplo, los tribunales internacionales de este sistema, están muy acotados y resultan inoperantes ante las nuevas exigencias de la civilización. Esos tribunales -arbitrales o jurisdiccionales- fueron eficaces y siguen siéndolo para resolver los problemas tradicionales para los cuales fueron creados, pero no lo son para encarar los nuevos desafíos. Algunos ejemplos pueden ilustrar la afirmación. Supongamos un Estado en el cual se ha producido una insurrección, incluso con actos terroristas, que reacciona combatiéndola y al capturar a uno de sus cabecillas le juzga y condena, sin observar las reglas del debido proceso y con afán vindicativo. Supongamos que esta circunstancia es denunciada a un tribunal internacional en el marco del Derecho Internacional Público, general o regional, y este condena tal actitud y dicta un fallo ordenando al Estado anular el proceso anterior y juzgar nuevamente siguiendo las reglas del debido proceso. En este caso si el Estado infractor acepta cumplir con el fallo, se reconstituye el derecho. Si el Estado infractor se niega a hacerlo, sólo se le podrán imponer sanciones internacionales (retorsión o represalias, tales como bloqueos económicos o diplomáticos, ruptura de relaciones diplomáticas, comerciales o consulares, o también desprestigiar al Estado internacionalmente; etc.) pero la situación de la persona humana sometida a tratamientos inhumanos, seguirá siendo la misma, y continuarán siendo desconocidos sus derechos en el ámbito interno y sufriendo, sin

que el actual sistema jurídico internacional pueda dar solución definitiva a ese problema sin negarse a si mismo ⁽³⁾.

Lo mismo ocurriría si ante un tribunal internacional, incluso la Corte Internacional de Justicia se presentara un caso en el cual un Estado reclamara porque otro ha instalado sobre un río limítrofe una industria con potencialidad contaminante transfronteriza y éste reclamara a su vez porque grupos ambientalistas del Estado demandante como forma de protesta hubieran cortado rutas internacionales causando graves perjuicios ⁽⁴⁾. Supongamos que en este caso el tribunal condenara a un Estado por contaminar y al otro por desconocer el derecho de libre circulación. Si los Estados se someten al dictamen y ponen sus poderes al servicio de la ejecución del fallo o laudo, todo estará bien. Pero si eso no ocurre y ninguno de los dos desacata el fallo o laudo, el sistema del Derecho Internacional Público, autorizará a que uno instale emprendimientos industriales tan contaminantes como el primero hizo y a que el otro violente el libre tráfico internacional de la misma forma como su adversario actuó; incluso autorizará a que se impongan sanciones económicas, diplomáticas o comerciales a ambos y también podrán ambos ser sometidos al desprestigio internacional con sus consecuentes resultados erosionantes del poder de los Estados condenados. Las primeras medidas posibles propuestas como sanción, son impensables por irracionales y las demás resultan inoperantes ante la gravedad de los daños que pueden producirse. Esto es así porque estos tribunales internacionales sólo disponen de “jurisdictio” plena, es decir sus fallos tienen valor universal. Pero su “imperium”, su capacidad de hacer ejecutar el derecho dicho, aún con medios coercitivos, solo puede desarrollarse en el ámbito internacional; pero no en los ámbitos internos de los Estados ya que, por los principios sustentadores del Derecho Internacional Público, se está inhibido de penetrar al ámbito de la jurisdicción doméstica de los Estados. En estos casos sólo una fuerte coerción internacional que obligue a los Estados a modificar su actitud ilícita y dañina, resultará eficaz. El sistema del Derecho Internacional Público no dispone de instrumentos que habiliten a ello.

Una buena medida sería sustituir radicalmente el Principio de la Auto Tutela por el de la Seguridad Colectiva y darle operatividad real en el sistema, pero, para ello, el marco del Derecho Internacional Público aún no es el adecuado, porque, o el sistema se destruye a sí mismo o cae en una inoperancia y descrédito como el que actualmente acompaña a la gestión de las Naciones Unidas ⁽⁵⁾. Si realmente se quiere

⁽³⁾ Es el caso de Abismael Guzmán en Perú. Tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no disponen de potestades supranacionales, porque los Estados no se las han reconocido y debe de tenerse en cuenta que, en el marco del Derecho Internacional Público, es jurídicamente correcto que esto ocurra. No se puede pretender que para cumplir una norma o ejecutar un fallo del sistema se violen sus principios cardinales y se le destruya; esto no puede ser explicado por la hermenéutica jurídica. Si se quiere otra cosa se debe crear un nuevo sistema diferente, más compromisorio y que ponga, al menos en ciertos asuntos, el acatamiento a los mandatos y fallos de sus tribunales por encima de la voluntad soberana de los Estados y abra la posibilidad de ejecución coercitiva interna si el Estado no acata la decisión. Esto puede hacerse, pero debe ser hecho en el marco de otro sistema jurídico, que disponga de otros Principios..

⁽⁴⁾ Supuesto similar a los casos entre Argentina y Uruguay resueltos respectivamente por la Corte Internacional de Justicia, en el caso de la “Instalación de fábricas de pasta de celulosa sobre el río Uruguay” y por un Tribunal Arbitral del MERCOSUR en el caso de los cortes de rutas internacionales por piqueteros argentinos de Gualaguaychú.

⁽⁵⁾ No obstante lo cual, siendo esto último cierto, debe admitirse y agradecer al sistema, el haber evitado males mayores y el haber cumplido con su fin fundamental: evitar una tercer guerra mundial.

perseguir y castigar los crímenes de “lesa humanidad”, también debe de transitarse hacia un sistema jurídico internacional que supere las carencias institucionales del Derecho Internacional Público, porque, dentro de su marco, sin la aquiescencia del Estado requerido, los imputados escapan del derecho. Los criminales internacionales, piratas, narcotraficantes, terroristas y los particulares o instituciones estatales que atenten contra el medio humano, mientras estén sometidos a los marcos jurídicos de derecho interno y a los del Derecho Internacional Público por separado, sin que exista una jurisdicción efectiva en ambos espacios a la vez, siempre podrán escapar de la ley huyendo por entre los intersticios de fronteras perforadas y situándose en regiones por nadie vigiladas; sólo podrán ser controlados en el marco de un sistema jurídico internacional-interno mas compromisorio.

En conclusión el sistema jurídico del Derecho Internacional Público a través de sus diferentes momentos (clásico, intermedio, contemporáneo, adecuado a la tecnología nuclear) mantiene toda su eficacia para atender, controlar y encausar todas las actividades para la regulación de las cuales fuera creado. Este mismo sistema es inoperante y sólo sirve para enmascarar opciones políticas frívolas o para aplacar las conciencias de los cómodos que no desean pensar en profundidad cuales pueden ser las reales soluciones a los nuevos problemas que ha creado en las relaciones internacionales la civilización posmoderna en que nos hallamos inmersos. Respecto a estos nuevos problemas el Derecho Internacional Público no es idóneo; pero si lo es para servir de marco a partir del cual se legitime la creación de un nuevo sistema, más compromisorio, que manteniendo el atributo de la soberanía para los asuntos que no es necesario compartir entre todos los Estados y pueden ser propios en exclusividad de cada uno de ellos, incorpore el atributo de la supranacionalidad para todos aquellos asuntos en que resulta imprescindible una profunda cooperación internacional con actividades, que se desarrollan a la vez, en los ámbitos internos y el internacional.

Ante esta situación creemos que es un imperativo que nos obliga a todos los analistas, doctores y ejecutores de las relaciones internacionales, a estudiar la cuestión sin prejuicios, decidir si es bueno o malo continuar por los actuales rumbos o si es preciso hacer esfuerzos académicos para cambiar de actitud en bien de la humanidad, diseñando y propiciando nuevos sistemas jurídicos mas compromisorios y obligantes, para aplicar al menos en algunos ámbitos de las relaciones internacionales. Es todo un desafío que queda abierto.

Además, algunas de sus actuaciones en los últimos tiempo, especialmente en los casos de Libia y de Siria, parecen abrir nuevas perspectivas que pueden conducir a una práctica consuetudinaria que amplíe las reglas del sistema para bien, como ya ocurrió al admitirse que la abstención de un miembro permanente, pese a no ser un voto positivo, no signifique vetar una Resolución.