

CAPÍTULO PRIMERO

LAS FUENTES DEL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL: ALGUNAS NOTAS INTRODUCTORIAS A LA LUZ DE LA PLANIFICACIÓN JURÍDICA POR FALTA DE NORMAS O LA APLICACIÓN CORRECTA

Sergio PEÑA NEIRA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Organización de Naciones Unidas y el Estado de derecho internacional.* III. *Las normas jurídicas internacionales, presupuesto de un Estado de derecho internacional.* IV. *Unidad conceptual, pluralidad de formas de expresión.* V. *El cambio de los sujetos de derecho.* VI. *Sentido de las fuentes del Estado de derecho internacional.* VII. *Las fuentes como problema jurídico.* VIII. *La relación fuente y normas jurídicas.* IX. *Distinción necesaria en la materia.* X. *Uso de la distinción.* XI. *Diferencia entre Estado de derecho internacional y conjunto de normas jurídicas, sistema jurídico.* XII. *Problemas formales de la creación de normas jurídicas internacionales.* XIII. *Breve revisión de las preguntas investigativas.* XIV. *La racionalidad jurídica general.* XV. *Ausencia de normas jurídicas versus normas jurídicas inferiores o privadas con normas jurídicas internacionales.* XVI. *Breve excursus sobre la interpretación.* XVII. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional público tiene en la “norma jurídica internacional” la fuente necesaria para su desarrollo, cada día más complejo, porque ella es pilar fundamental de un Estado de derecho internacional. Gobernantes y gobernados (los Estados, *prima facie*, en ambas funciones) se rigen por una o un conjunto de normas jurídicas a fin de mandar, permitir o prohibir general y abstractamente a los “sujetos de derechos” y “objetos de derecho”, y las “relaciones jurídicas internacionales” que se forman, evitando, como es lógico, “reglas jurídicas internacionales” convertidas en “normas jurídi-

cas internacionales”¹ para ciertos y determinados “sujetos de derecho”, sea beneficiándolos o perjudicándolos, logrando justicia y seguridad jurídica al mismo tiempo.

II. LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS Y EL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

En noviembre de 2012, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas dictó una resolución,² que vino a expresar ideas contenidas en expresiones de juristas internacionales latinoamericanos y europeos desde inicios del siglo XX.³ Quienes han propuesto un Estado de derecho internacional han sido calificados como idealistas (sin que necesariamente sea esa calificación peyorativa)⁴ y a la Asamblea General habría que calificarla de tal. Este trabajo, si fuera a calificarse como idealista porque excluye la fuerza o su amenaza por el derecho, no sigue ese parámetro. El uso de la fuerza por el derecho se restringe a la aplicación de sanciones; sin embargo, no puede pensarse que los sujetos de derecho (internacional) no cometan ilícitos in-

¹ Esto se puede producir al aceptarse, de facto, normas jurídicas privadas como normas jurídicas internacionales o a través de la costumbre internacional o mediante los principios generales del derecho. Un ejemplo son las reglas a las que se han obligado a someterse a los productores chilenos de fruta y verdura por parte de los supermercados europeos. Las reglas colocan, fuera del tratado Chile-Union Europea, condiciones de contratación que no fueron reguladas por el mismo tratado, legales en el marco de la autonomía de la voluntad privada internacional pero contrarias a la buena fe en el marco de la interpretación de un tratado que busca permitir el ingreso de dichos productos a Europa. Es necesario indicar que estos productos cumplen estándares de producción de alto nivel, y no era necesario exigir mayores requisitos. Esta idea surge de la conversación con la profesora Ximena Fuentes T. en las Jornadas sobre Derecho Público de Chile 2011. Estas reglas jurídicas internacionales incluidas en contratos internacionales de aprovisionamiento se han convertido en normas jurídicas internacionales, y constituyen, en mi opinión, una violación del sentido y alcance del tratado dada una laguna legal en el mismo. Véase Alchourron, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2012, pp. 154 y 156, donde se explican las lagunas axiológicas y normativas. No se analizará el tipo aquí, pero nos inclinamos por una laguna axiológica derivada de una laguna normativa.

² United Nations General Assembly, *67/1 Declaration of the High Level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels*, Nueva York, United Nations (A/Res/67/1), 2012.

³ Maldonado, Ingrid, *Alejandro Alvarez, Hito histórico del derecho internacional*, Huelva-La Rabida, Universidad Internacional de Andalucía, 2011, p. 6.

⁴ Peters, Anne, *The Rise and Decline of the International Rule of Law and the Job of Scholars*, MPIL Research Papers Series, núm. 2017-16, Heidelberg, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, p. 9.

ternacionales. Esto no tiene relación con la ciencia jurídica, porque de otra forma se podría acusar a la física de la bomba atómica cuando lo que efectuó Einstein fue descubrir una fórmula científica, y lo mismo respecto de la química con relación al uso del gas sarín o con las políticas públicas en cuanto a su eficacia, debido a que no usan, en muchos casos, las normas jurídicas para imponer tales políticas en beneficio de la comunidad.

III. LAS NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES, PRESUPUESTO DE UN ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

Este trabajo no trata de eso; su objetivo es verificar que existen normas jurídicas internacionales, una verdad inconfundible, que ellas forman un Estado de derecho internacional, cualquiera sea el origen de la idea, en nuestro caso, kelseniana, que ese Estado de derecho internacional hoy es un sistema jurídico internacional como sinónimo de ordenamiento jurídico internacional, y donde concentramos nuestro estudio, determinar cuáles son y si generan normas jurídicas internacionales ciertos conceptos jurídicos denominados “fuentes” en un Estado de derecho internacional. Cuando una norma jurídica internacional “nace” en la vida jurídica, ciertamente es obligatoria, y genera derecho y obligaciones que mandan, prohíben o permiten. Así se ha indicado en la “Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el Estado de derecho a nivel nacional e internacional”, que puso especial atención en la seguridad y paz internacional, derechos humanos y el desarrollo.⁵ El Estado de derecho, de acuerdo con la declaración, es el “fundamento de las relaciones amistosas y equitativas entre Estados y la base de sociedades justas y equitativas”.⁶

IV. UNIDAD CONCEPTUAL, PLURALIDAD DE FORMAS DE EXPRESIÓN

La norma jurídica internacional, la abstracción o concepto o elemento esencial de la regulación jurídica internacional que configura el “Estado de derecho internacional”, tiene diversidad de normas jurídicas internacionales que la hacen existir, formal o materialmente, de forma y de fondo, para luego

⁵ United Nations, *op. cit.*, núm. 2, p. 1.

⁶ *Idem.*

proceder a generar una nueva norma jurídica, cuando así corresponda, a nivel nacional y, finalmente, local. El “Estado de derecho internacional” supone la consagración, por razones lógico-jurídicas, de una norma o normas de clausura. Sin duda, una primera aproximación a la misma, dado que nos encontramos en el derecho público, es que aquello que no ha sido regulado y permitido por normas jurídicas internacionales no puede verse regulado de manera implícita, ni permitido. Sin embargo, esta afirmación debe matizarse, ya que tanto la costumbre internacional como los principios generales del derecho pueden crear nuevas normas jurídicas desconocidas para la fuente normativa de tratados internacionales. En conjunto, es posible formular esta norma de cierre, pero, como ha mostrado la jurisprudencia, aquello debe observarse en un sentido evolutivo.⁷

V. EL CAMBIO DE LOS SUJETOS DE DERECHO

Lo anterior ocurre con cambios de sujetos y objetos jurídicos, con interpretaciones, diversas todas. No obstante, no sería posible lo indicado si no existieran elementos que originan estas normas jurídicas internacionales dentro del ordenamiento jurídico internacional, que se entiende aquí como sistema jurídico internacional.⁸ Esta declaración menciona una serie de normas jurídicas internacionales, incorpora sujetos de derecho internacional, objetos de derecho y relaciones jurídicas de carácter internacional.

⁷ Al respecto, se puede mencionar la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, donde se admitió la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales, entre otros reconocimientos. Debe hacerse presente que este reconocimiento se hizo con base en la capacidad procesal para demandar ante un tribunal internacional. No continuaré el argumento de analogía que merecería un trabajo completo sobre el asunto. CIJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, The Hague, United Nations Organization, p. 178. Para mayor abundamiento, se trata de una laguna axiológica que deviene en una legal, *cf.* Alchourron, Carlos y Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, pp. 154 y 156.

⁸ Estas palabras se utilizan de manera indistinta a lo largo del texto a fin de indicar un orden compuesto de normas jurídicas, internacionales, coherentes, sistemáticas, donde “las reglas de derecho no existen aisladas, sino formando conjuntos o sistemas”. Sin embargo, en el Estado de derecho internacional no existen instituciones que se dediquen a crear y aplicar el derecho, sino son los sujetos y ciertas instituciones (tribunales internacionales), incluyendo a personas naturales, como los investigadores jurídicos internacionales. Este concepto ha sido tomado de Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1986, pp. 5 y 174; Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 140.

VI. SENTIDO DE LAS FUENTES DEL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

El sentido de la existencia de las fuentes del Estado de derecho internacional se relaciona con las actitudes y conceptos de los juristas a través de una ideología normativa común o ideas comúnmente aceptadas entre juristas internacionales.

Las fuentes tienen un significado para el jurista (sea consciente o inconsciente) sirviendo para separar lo que es y lo que no es derecho.⁹ Indica la forma en que el jurista debe proceder a fin de descubrir la directiva o directivas decisivas, la *ratio decidendi* o descripción normativa¹⁰ que corresponda, sea que se encuentre en una norma jurídica o en varias normas jurídicas y deba proceder a la individuación de la misma.

VII. LAS FUENTES COMO PROBLEMA JURÍDICO

Desde esta perspectiva, nacen una serie de problemas jurídicos; por ejemplo:

- a) ¿Qué son las fuentes (dónde entendemos métodos de producción y normas jurídicas superiores reguladoras de la producción de la norma jurídica inferior, aunque en principio sólo nos enfocaremos al primer tema)?;
- b) ¿Cuáles son las fuentes? Y suponiendo que existan más de una fuente;
- c) ¿Cómo operan entre ellas?, y
- d) ¿Cuándo una o varias fuentes provocan el nacimiento de una norma jurídica? En este caso internacional, en lo que es el supuesto de este estudio, el Estado de derecho internacional, que no es sino un conjunto de normas jurídicas. Nos detendremos en la cuarta interrogante, aunque de alguna manera revisaremos las tres primeras, y esperamos aclarar algunas contradicciones intelectuales relacionadas con el derecho internacional, pero concentrados en el Estado de derecho internacional.

⁹ Vogenauer, Stefan, "Sources of Law and Legal Method in Comparative Law", en Reiman, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 870. La pregunta sobre las fuentes se une al de la metodología jurídica, particularmente la de la interpretación y aplicación.

¹⁰ Estas ideas las sugiere el filósofo jurídico e internacionalista Alf Ross, en su texto *On Law and Justice*, Steven and Sons Ltd., 1956, p. 75.

VIII. LA RELACIÓN FUENTE Y NORMAS JURÍDICAS

Es necesario tener presente que la generación de las normas jurídicas internacionales tiene como creadores a quienes son sujetos y objetos de derechos y obligaciones; es el caso de los Estados y organizaciones internacionales. Además, estos últimos generan normas jurídicas internacionales internas.¹¹ No serán analizadas aquí por considerarse parte de la estructura y orden jurídico normativo internacional, que tiene relación con el tratado de su creación y, por consiguiente, la derivación de la dictación de tales normas jurídicas internacionales de intraorganización internacional en virtud del tratado internacional de su creación, como lo ha dicho la Corte Internacional de Justicia, para cumplir con sus cargas.¹²

IX. DISTINCIÓN NECESARIA EN LA MATERIA

Brevemente consideramos lo que son las normas, utilizando un esquema entregado por Raz, y pueden verse desde los “estándares”, y lo que es posible distinguir entre:

- a. Estándares en general, que se dividen en:
 - a.1. Estándares no jurídicos donde se encuentran reglas no jurídicas y principios.
 - a.2. Estándares jurídicos que se dividen, a su vez, en:
 - a.2.1. Leyes que no son normas (donde es posible encontrar las definiciones de las esferas de validez territorial de los sistemas jurídicos), y
 - a.2.2. Normas jurídicas que, a su vez, se dividen en:
 - a.2.2.1. Normas jurídicas generales, donde se distinguen.
 - a.2.2.1.a. Principios jurídicos.
 - a.2.2.1.b. Normas jurídicas.
 - a.2.2.2. Normas jurídicas particulares.¹³

¹¹ Esta idea ha surgido de la lectura de un texto sobre las diversidades de normas jurídicas cuyo origen no es el consenso o mayoría parlamentaria. Véase Baldwin, Robert, *Rules and Government*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 3-6.

¹² CIJ, *art. cit.*, p. 174.

¹³ Raz, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 81, núm. 5, abril de 1972, p. 824 (traducción literal).

X. USO DE LA DISTINCIÓN

Esta distinción permite determinar el lugar de las fuentes del Estado de derecho internacional. Estas fuentes son estándares que permiten determinar si las normas analizadas son jurídicas o no, encontrándose como estándares jurídicos aunque en unos casos son leyes que no son normas y cumplen el cometido de ser normas jurídicas (el caso de las fuentes del derecho internacional) y en otros son estándares no jurídicos (el caso de las “fuentes no formales” del Estado de derecho internacional). Distinto es el caso de las fuentes de derecho internacional que, como sostenemos, pueden ser asimiladas a normas secundarias, en la propuesta de Hart, deberes y potestades.¹⁴ ¿Estoy trayendo conceptos de otras ramas del derecho al derecho internacional? Esta pregunta me pareció interesante, pero falsa. Si fuera correcta significaría que el derecho internacional no es derecho o tiene su propia entidad y no participa de las características y categorías del derecho. Entonces, ¿cómo explicar académicamente todas las formas de razonar jurídicamente que se plantean en el derecho internacional?, ¿cómo poder discutir el desarrollo del derecho internacional público e inclusive mejorar su posición *vis à vis* otras ramas del derecho? Si no se tienen claras las diversas formas de razonar, el uso de los conceptos jurídicos fundamentales del derecho en las diversas ramas de éste y la forma en que se interpretan tales conceptos jurídicos fundamentales (tratado y contrato, por ejemplo), el abogado no sabrá cómo actuar frente a los mismos, especializándose en alguna área muy específica de una rama determinada. El tratado entre Estados se interpreta conforme a normas jurídicas diferentes al de un contrato entre Estados. Lo que resulta aún más complejo es explicar el conjunto de normas jurídicas que constituyen el sistema jurídico internacional; si siguiéramos la pregunta antes indicada, sencillamente dichas normas jurídicas no existen. Es más, legos (y aun juristas) señalan que todo está solucionado por las conferencias de las partes o

¹⁴ Hart señala en esta parte, que “Según las reglas de uno de los tipos, que bien pueden ser consideradas el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación”, en Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 101.

conferencias internacionales,¹⁵ cuando las mismas no tienen ningún poder de creación de normas jurídicas internacionales.¹⁶

XI. DIFERENCIA ENTRE ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL Y CONJUNTO DE NORMAS JURÍDICAS, SISTEMA JURÍDICO

El Estado de derecho internacional como figura jurídica es diferente del conjunto normativo jurídico obligatorio que consiste el derecho internacional público. ¿Cuándo nace una norma jurídica internacional? Nuestra propuesta no sigue las respuestas usuales, consentimiento o imposición de los sujetos de derecho internacional, mira a los requisitos de cada fuente para encontrarnos con la norma jurídica internacional o normas internacionales que no son jurídicas.

Problemas a la creación de normas jurídicas internacionales

Sin embargo, para la creación de normas jurídicas internacionales que constituyan el Estado de derecho internacional se han descubierto ciertos problemas. Así podemos encontrar problemas sustantivos y formales. Entre los primeros, o que dicen que tienen relación con el contenido de las normas jurídicas que se crean en el derecho internacional, mencionamos:

- a. La justicia de la norma.
- b. El que la norma se haya desarrollado por las personas que constituyen la sociedad en que las normas jurídicas habrán de ser aplicadas.

¹⁵ Wiersema, Annecoos, “The New International Law-Makers? Conferences of the Parties to Multilateral Environmental Agreements”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, 5 de diciembre de 2009, p. 231. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1367815>; Secretariat of the Convention on Biological Diversity, Convention on Biological Diversity, disponible en: <https://www.cbd.int/undb/media/factsheets/undb-factsheets-en-web.pdf>; Jeffery, Michael, “Biodiversity Conservation in the Context of Sustainable Human Development: A Call to Action”, en Jeffery, Michael *et al.* (ed.), *Biodiversity Conservation, Law+Livelihoods*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 74.

¹⁶ Como lo apunta Manuel Becerra, existen zonas “grises” desde el punto de vista normativo-jurídico del control de la aplicación de las normas jurídicas internacional, una aplicación de carácter horizontal en nuestra opinión, donde instituciones internacionales evalúan la actividad de los Estados en materia financiera, de derechos humanos y de transparencia. Véase Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013, p. 46.

- c. El que la norma jurídica haya sido desarrollada en favor del bien de toda la comunidad.¹⁷

XII. PROBLEMAS FORMALES DE LA CREACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES

Desde un punto de vista formal, la norma jurídica internacional, a fin de desarrollarse, debería, según algunos, atenerse estrictamente a los requisitos de toda norma jurídica nacional en un Estado de derecho (nacional), es decir, a través de un sistema de generación de normas jurídicas en una suerte de Poder Legislativo internacional. Aquello no resulta posible de exigirse, aunque es posible establecer atisbos de forma de creación de normas jurídicas internacionales por este medio, como se verá más adelante. Las normas jurídicas internacionales cumplen los mismos requisitos que las nacionales por ser normas jurídicas (generalidad y abstracción).¹⁸ El problema de su generación, de su creación formal, es diferente, y pedir similitud del sistema jurídico internacional al sistema jurídico nacional es inconducente, dado que el consenso es el fundamento de tal creación. No es posible exigirle al sistema jurídico internacional (menos a la comunidad internacional) elementos planteados recién desde el siglo XVIII en Europa. No sólo se exige demasiado del sistema, no se advierte que el Estado de derecho internacional se encuentra en formación y presenta características propias.¹⁹ Sin embargo, me permito extenderme en las críticas formales al sistema. Se indica que existe una fuerte influencia del poder y la política (*power and politics*), un aumento (*proliferation*) de tribunales que actúan de manera descoordinada generando problemas de consistencia del sistema jurídico internacional (coherencia del mismo), el procedimiento de aplicación del derecho internacional no es siempre transparente, la inte-

¹⁷ Tamanaha, Brian T., *On the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 135.

¹⁸ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, pp. 91-93; Fernández, Jesús, “La crisis de la ley: control judicial de la legalidad”, en Ramos, J. y Rodilla, M., *El positivismo jurídico a examen*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006, p. 567; Tamayo, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, México, UNAM, 1986, pp. 40 y 41. Estas características son básicas en la regulación y se aprenden en el primer año de estudio de derecho, como bien lo describe Tamayo.

¹⁹ Una de las caracterizaciones del Estado de derecho internacional (que, en mi opinión, confunde al derecho internacional público) es la entregada por Petersmann utilizando la teoría kelseniana y hartiana. Véase Petersmann, Ernst Ulrich, “International Law and Constitutional Justice in International Investment Law and Arbitration”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, pp. 514 y 515.

rrelación de los tribunales nacionales con el derecho internacional (público y privado) de manera planificada o no, resultaría inconducente; la orientación del derecho internacional público destinado a mantener la paz entre naciones con soberanía alcanzado por más compromiso que por obediencia a las normas jurídicas es incompatible con un sistema jurídico.²⁰ Todas las críticas válidas, no consideran el breve periodo de tiempo en la historia de una idea: Estado de derecho internacional; antes se criticaba por ilusión, hoy por carencia de realismo. A los que proponían esta idea se les indicaba como ilusos, hoy se exige demasiado de un sistema jurídico que al menos contiene estándares y normas (respecto de estas últimas, discutiremos sus fuentes, y particularmente el momento de nacimiento de las mismas).

XIII. BREVE REVISIÓN DE LAS PREGUNTAS INVESTIGATIVAS

Es necesario centrarse en la generación de la norma jurídica. Se pretende responder a la pregunta de cuándo estamos en la presencia de un vínculo jurídico internacional que genera derechos y obligaciones internacionales, que tienen por objeto prestaciones internacionales. La norma jurídica es creada por otras normas jurídicas, y regula tanto a los actos de sujetos como objetos, que es creada por regulaciones procedimentales denominadas normas secundarias. Sin una norma jurídica anterior, toda norma jurídica sería creación por medio de la magia jurídica (bastaría pensar en un vínculo jurídico para que el mismo aparezca). Eso puede ocurrir en alguna sociedad ideal, pero en la actual, de carácter internacional, sólo podemos llegar a determinar, es la hipótesis del texto, la existencia de una norma jurídica internacional, un vínculo jurídico internacional, la necesidad de aplicación jurídica internacional e intranacional en ordenamientos jurídicos nacionales, producto de una fuente de derecho internacional que ha generado dicha norma jurídica internacional.²¹ Las normas jurídicas internacionales²² como concepto no

²⁰ Tamanaha, Brian T., *op. cit.*, pp. 131 y 132.

²¹ No existe norma sin fuente.

²² Las normas jurídicas internacionales se configuran desde una perspectiva de teoría del derecho sobre la base de una suerte de controversia, una de ellas (de tres que se configurarían) es la “identificación del derecho”, que tiene relación con una tesis social y que dice que “lo que el Derecho es y lo que no es Derecho es una cuestión de hecho de esencia social”. Véase Raz, Joseph, “The Authority of Law”, en Davies, Howard y Holdcroft, David, *Jurisprudence, Texts and Commentary*, Butterworths, Londres, Dublin Edinburgh, 1991, p. 7. Esto requiere que esta tesis “asuma” una serie de elementos que podrían o no estar presentes. En este caso, Raz consideraría como sinónimos “sistema legal” (podríamos indicar un “sistema jurídico”) y “derecho”. De consiguiente, a fin de determinar la existencia de “sistema legal”

nacen *ex novo*, *a priori* o por generación espontánea. Si se afirma lo contrario, debe al menos buscarse las “razones jurídicas del vínculo sin admitir al mero acto conductual como forma de llevarnos a concluir la existencia del vínculo”. La posibilidad de la generación espontánea nos sitúa en un espacio extraordinariamente extraño, raro, inverosímil, donde cualquiera puede creerse con derecho a cualquier cosa. La inseguridad jurídica, la injusticia y la desigualdad camparían al permitirse a cualquier Estado económica o militarmente poderoso imponerse por un mero capricho de obtener algo de otro. En nuestra disciplina, las fuentes del derecho cumplen diversas funciones, causas eficientes, normas jurídicas internacionales de normas jurídicas internacionales, límites a la generación de obligaciones, posibles indicaciones sistemáticas de las referencias de solución a las controversias internacionales y otras. De las funciones aquí indicadas veremos sólo las de producción, aunque no podemos soslayar la interpretación y aplicación de normas jurídicas internacionales.²³

XIV. LA RACIONALIDAD JURÍDICA GENERAL

En el desarrollo del proceso de fuentes de un Estado de derecho internacional que se base en normas jurídicas internacionales es necesario precisar ciertos problemas de racionalidad jurídica general e internacional. Los juristas nos enfrentamos a problemas de derecho, es decir, ausencia, conflictos y contra-

internacional se debería mirar a tres elementos básicos. En la mirada de Raz, uno, la eficacia, dos, el carácter institucional y, tres, las fuentes. Eficacia se refiere a que ciertos grupos de la población de los sujetos de derecho internacional público, en que todos se adhieren y que ha sido internalizado o aceptado por éstos. Esto podría colocar a Raz en el derecho internacional; sin embargo, nos entrega una medida de límites, sin la aceptación de las reglas que regulan los actos internacionales, estaríamos fuera del derecho internacional público. Además, no se trata del derecho que se desea, o que existió, en la comunidad internacional hace quinientos años, sino el actual. Otro requisito es el de la “institucionalización”, en este caso, en el derecho internacional es posible encontrar una serie de instituciones que actúan así, la misma ONU y la Corte Internacional de Justicia. Asimismo, se exigiría que el sistema jurídico fuera “autoritativo”. Esto lo define como un “sistema de guías y adjudicaciones que reclama autoridad suprema dentro de una sociedad determinada y, de consiguiente, en tanto sea eficaz, entonces gana una autoridad efectiva”. Pero en mi opinión, Raz olvida que el derecho puede contar con fundamentos sociales (dependiendo del tipo de norma jurídica) pero sigue siendo un concepto y requiere interpretación por otros conceptos que definen su sentido y alcance con aplicación a múltiples hechos.

²³ Dentro de la noción de interpretación es necesario indicar que en la teoría del derecho, Joseph Raz indica que sería desde la perspectiva positivista, otra fuente de discusión, es decir, “el sentido de sus términos esenciales” es fuente de controversia y la denomina la “tesis semántica”.

dicciones de y entre normas jurídicas, y tienen en una norma jurídica una solución proveyendo el sistema jurídico (nacional o internacional) de ciertas técnicas o medios jurídicos de carácter lingüísticos o lógicos, permitiendo resolver el conflicto jurídico entre normas jurídicas. En este aspecto, es la autoridad del derecho quien permite la interpretación y la aplicación.²⁴ El derecho internacional, como lo expresó la opinión consultiva citada, posee tales lagunas.²⁵

XV. AUSENCIA DE NORMAS JURÍDICA *VERSUS* NORMAS JURÍDICAS INFERIORES O PRIVADAS CON NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES

Existen conflictos jurídicos internacionales en que no hay normas jurídicas, es decir, no hay normas jurídicas ni generales y menos específicas que regulen el asunto. En este caso, las fuentes de un sistema jurídico o las fuentes del Estado de derecho internacional pueden permitir la solución al problema de la laguna jurídica. Asimismo, pueden existir normas jurídicas internacionales que pugnen con normas jurídicas internacionales fundamentales de manera abierta o sutil, e inclusive normas jurídicas interpartes, privadas que pugnen con normas jurídicas internacionales.

La solución a un problema de este carácter no puede ni debe verse livianamente. Primero, como actitud metodológica, es necesario preguntarnos si existe o no tal laguna o contradicción. Segundo, de existir ¿de qué tipo de laguna o contradicción hablamos?, y tercero, ¿cómo la resolvemos? Esta tercera pregunta es la más relevante para nosotros, tiene relación con las fuentes del Estado de derecho internacional, que pueden formar una norma jurídica internacional que resuelva el conflicto que se pudiera haber planteado. Estas fuentes incluyen la de las disciplinas del derecho internacional público y señalan la especial situación de las fuentes mismas. Ellas pueden o no ser normas jurídicas, pero desde un punto de vista jurídico son normas sobre normas, que no se pueden aplicar de manera directa porque carecen de autoridad en el derecho. En verdad son conceptos; es decir, son términos o palabras que representan ideas. Lo anterior no nos debe mover a pensar que buscamos una solución semántica, mas queremos expresar que las normas jurídicas internacionales al igual que las normas jurídicas generales contienen ideas que se expresan para hacer entender a los gobernados, por

²⁴ Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 10.

²⁵ CIJ, *art. cit.*, p. 178.

tales normas jurídicas, el sentido de la palabra unida a las demás, a los derechos y obligaciones internacionales que se derivan.

Una laguna jurídica es un problema del sistema jurídico porque no cumple con la completitud del sistema. El conjunto normativo internacional no es la excepción, por ejemplo, los recursos genéticos marinos en la alta mar no se encuentran regulados y requieren una regulación internacional.

El proceso de creación de una norma jurídica, por consiguiente, en un Estado de derecho internacional es una relación conceptual, pudiendo la misma ser una fuente de la disciplina como una más general propia del Estado de derecho internacional. Las segundas resultan ser las únicas que entregan la seguridad de la generación de derecho y obligaciones jurídicas internacionales.²⁶

En ellas no es necesario más que la relación jurídica causal entre norma jurídica y fuente. Las más generales no tienen esa facultad, aunque pueden devenir, al ser incorporadas en alguna de las otras fuentes, particularmente en el caso de los principios generales del derecho, en normas jurídicas internacionales.

Asimismo, la contradicción entre normas jurídicas de relevancia para la defensa de los sujetos de derecho en sus derechos fundamentales, esto no requiere una revisión muy extensa, sobre las normas jurídicas inferiores e inclusive interpartes públicas o privadas.

XVI. BREVE EXCURSO SOBRE LA INTERPRETACIÓN

El sentido y alcance, la fuerza de un texto jurídico internacional, sus consecuencias no son datos adjetivos. La interpretación internacional se desarrolla en materia de derechos y obligaciones, así como imposiciones, prohibiciones, permisiones y otras formas del lenguaje que integran el desarrollo de la norma jurídica en la interpretación y en la aplicación.²⁷

El contexto donde se desarrolla este trabajo es positivista, pero integrando el iusnaturalismo de Finnis²⁸ y con una metodología dogmática, exegéti-

²⁶ En este sentido, existen las siguientes razones que avalan lo afirmado: toda norma jurídica existe desde el momento en que entra en vigor; en materia internacional, cuando se cumplen requisitos de número de expresiones formales y explícitas de asunción del contenido del texto de un tratado, y la generación del principio o la convicción de la regularidad de actos obligatorios.

²⁷ En derecho internacional, las normas jurídicas se interpretan a través de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cf.* United Nations, “United Nations Convention on the Law of Treaties”, United Nations Treaty Serie, vol. 1155, I-18232, Nueva York, 1969.

²⁸ Finnis, John, *Derecho natural, ley natural*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 49 y 50.

ca y lógica racional, además de tópica. Es un texto explicativo de la permanencia de las fuentes formales del derecho y la necesidad de distinguirla de otras supuestas fuentes, y juntas integran los que se ha denominado Estado de derecho internacional. Esto provoca distorsión a los derechos y obligaciones o, directamente, son *lege ferenda*, y así también es necesario distinguirlas de otras disciplinas que permiten entender muchos fenómenos factuales, pero no permiten entender fenómenos jurídicos. Resulta imprescindible la formación de la norma jurídica internacional y la generación de normas jurídicas nacionales como consecuencia de una de las formas de aplicación de las normas jurídicas, parte de la interpretación jurídica de las mismas.

XVII. CONCLUSIÓN

Las normas jurídicas internacionales nacen de fuentes de derecho internacional en armonía y sistematicidad de unas con otras. Las mismas pretenden organizar el sistema jurídico internacional, que es necesariamente, como sistema jurídico, de cierto orden. Este orden supone preponderancia de ciertas normas jurídicas, habitualmente de carácter fundamental para el sistema jurídico por sobre otras normas jurídicas y la forma de poder completar las lagunas jurídicas.

Asimismo, las normas jurídicas pueden ser múltiples en su expresión y con una estructura central única; sin embargo, adaptable a los tipos de normas jurídicas que puedan existir en el derecho internacional. Tales normas jurídicas, las del derecho internacional, son expresas. La excepción es la existencia de normas jurídicas implícitas. Las normas jurídicas sobre interpretación nacen de un origen o razón de ser, una fuente que puede ser unilateral, bilateral, impuesta por la comunidad internacional o inclusive por los fundamentos del derecho internacional y del derecho. Su obediencia es algo que se discutirá en otra ocasión.