

La voluntad en la formación del Derecho Internacional Público: ¿un orden jurídico a medida?*

Mónica Pinto**

Resumen

Este trabajo se propone considerar el papel de la voluntad en la elaboración del derecho internacional público, la de los Estados y la de otros participantes en esos procesos, señalar los límites impuestos a esa autonomía de voluntad por el orden público internacional y comprobar en qué medida esa misma voluntad permitió a esos Estados y a los otros partícipes desobligarse.

Palabras clave: Derecho Internacional Público, voluntad, orden jurídico.

Will's Role in the Elaboration of Public International Law, a Tailored Legal Order?

Abstract

This article pursues the consideration of the will's role in the elaboration of public international law, targeting States' will as well as that of other participants in these processes; to flag the limits of the will's autonomy

* Este texto fue la *Lectio Magistralis* pronunciada en ocasión de recibir el Doctorado Honoris Causa en la Universidad de Chile el 27 de septiembre de 2019.

** Profesora emérita de la UBA; fue profesora titular regular de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos y Garantías; Miembro del *Institut de Droit International*; integra la Comisión de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT; se desempeña como abogada y consejera en casos internacionales y como árbitro en materia de inversiones; pinto@derecho.uba.ar.

imposed by *public international order* and to assess if and how that will allowed States and other participants to get unbound.

Keywords: Public International Law, Will, Legal Order.

I. Introducción

El derecho internacional, como todos los derechos, responde a las características de la sociedad a la que se aplica. Se ha señalado que esas características están sustancialmente dadas por el rol determinante que juegan los Estados. Así, a veces con excesiva liviandad, otras como afirmación de cierta decepción, se ha sostenido que el derecho internacional es el ancho mundo de la autonomía de la voluntad en el que los Estados pueden hacer y deshacer a gusto y discreción y así soslayar el cumplimiento de las normas.

Si ello pudo haber parecido así en algún tiempo histórico, por cierto que no fue esa la realidad, y mucho menos lo es actualmente. Siempre hubo sujetos que respetaron las normas y sujetos que las violaron. Aunque una deba preguntarse en esas situaciones fronterizas si se está violando la norma o si se está generando una nueva. En todo caso, evocando a Julio Barberis, habría que ver de qué lado hay más y dónde están los buenos.

Y ese es un problema en el derecho internacional actual. Como señalaba Dame Rosalyn Higgins hace apenas unas semanas en la sesión del *Institut de Droit International* en La Haya, entre los elementos perturbadores del presente se verifica una degradación del derecho internacional que ha silenciado a los políticos y a los medios, pero también a nosotros, los juristas, que terminamos resultando cómplices de la violación del derecho internacional que nadie denuncia.

Sin perjuicio de que las fuentes del derecho internacional puro y duro sean las del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ), la elaboración normativa en general no parece reducirse hoy solo a ellas ni ser solo obra de los Estados.

La descentralización propia del derecho internacional y el mayor número de temas que hoy resultan internacionales han facilitado nuevos escenarios para la elaboración normativa, como procesos multilaterales,

tribunales, órganos de organizaciones internacionales, en los que participan también las organizaciones no gubernamentales e incluso los individuos.¹

Mi propuesta es considerar el papel de la voluntad en la elaboración del derecho internacional público, la de los Estados y la de otros participantes en esos procesos, señalar los límites impuestos a esa autonomía de voluntad por el orden público internacional y comprobar en qué medida esa misma voluntad permitió a esos Estados y a los otros partícipes desobligarse.

No pretendo adelantarles el final de esta saga con padre conocido, Hugo Grocio, pero de maternidad ignorada, pero ustedes sabrán que divorciarse del orden jurídico ino es una tarea evidente!

II. La autonomía de la voluntad de los Estados en los procesos de elaboración normativa: el enfoque clásico u horizontal de Westfalia

El derecho internacional es un producto histórico que responde a la necesidad de los Estados de relacionarse. Surge con el sistema de Estados. Es una creación de los Estados que se conforman al fin del Medioevo. Se trata de un pequeño grupo de Estados, ubicados en el mapa actual de la Europa occidental, monárquicos, absolutistas, cristianos. Si ellos crearon el derecho internacional o lo recuperaron de los esquemas pseudojurídicos anteriores a la paz de Westfalia no es lo que aquí interesa, sino señalar que, indudablemente, ese grupo de Estados necesitaba de un lenguaje común para fijar las reglas de juego, y el derecho internacional fue ese lenguaje.²

Esas reglas pasaban, sustancialmente, por establecer la igualdad jurídica de todos los Estados, y por ello la inmunidad de jurisdicción de cada uno frente a los tribunales o jueces del otro y, además, la prohibición de intervenir en los asuntos de otro estado.

1. Alan Boyle / Christine Chinkin, *The Making of International Law*, New York, OUP, 2007.

2. De todo esto me he ocupado en *El Derecho Internacional. Vigencia y Desafíos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004. Véase también Monique Chemillier-Gendreau, *Droit international et démocratie mondiale. Les raisons d'un échec*, Paris, Les éditions Textuel, 2002, p. 11.

Las normas en común eran pocas y consistían en lo que Louis Henkin dio en llamar “*housekeeping arrangements*”,³ determinación y régimen jurídico de los espacios propios, los ajenos, los de nadie y de todos; normas para relacionarse y para definir las reglas de juego. De allí surgen las normas sobre soberanía territorial y en el mar; las normas sobre privilegios e inmunidades de los representantes de los monarcas (misiones especiales y agentes diplomáticos); las normas sobre tratados y sobre la costumbre.

Así las cosas, el contexto del derecho internacional es un gran ámbito descentralizado en el que los Estados son los sujetos primarios y necesarios del derecho internacional y también agentes generadores de normas jurídicas internacionales, como diría mi profesora Hortensia Gutiérrez Posse.

De este modo, los Estados se vinculan a través de tratados, acuerdos formales, por escrito destinados a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones entre las partes y regidos por el derecho internacional, como señala el artículo 2. a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁴ Y en estos casos será, en general, bastante claro cuándo los Estados se comprometen, sobre qué y cómo cumplen ese compromiso.

Cierto es que no siempre los acuerdos entre Estados son formales y por escrito sino que también hay acuerdos informales, tácitos, cuando esa voluntad de las partes puede discernirse de los términos efectivamente empleados y de las particulares circunstancias del caso, como señalara la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso de la *Delimitación entre Qatar y Bahrein*.⁵ En el caso *Nicaragua/Honduras*, la Corte señaló que la prueba del acuerdo tácito debe ser convincente, especialmente si está estableciendo una frontera marítima permanente.⁶ En la misma línea, en el caso de la *Soberanía sobre Pedra Blanca/Pulau Batu Puteh*, la CIJ sostuvo que un acuerdo tácito debe surgir manifiestamente claro de la conducta de quienes

3. Louis Henkin, *How Nations Behave*, 2nd. ed, New York, Columbia University Press, 1979, p. 16.

4. 1155 UNTS 331, en adelante CVDT.

5. *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I. C. J. Reports 1994 (*Qatar v. Bahrain, Jurisdiction and Admissibility*, 1994), para. 23.

6. *Case concerning Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v Honduras), Judgment*, I. C. J. Reports 2007, p. 659, paras. 253 and 256.

intervienen y de los hechos relevantes, especialmente cuando se trata, como era el caso para una de las partes, de un abandono de soberanía sobre parte de su territorio.⁷

En rigor, toda la jurisprudencia tiene en mira distinguir entre la voluntad de comprometerse jurídicamente y la gestión diplomática, amistosa entre los Estados. En este sentido es interesante lo que apunta un autor cuando señala que la voluntad manifiesta de asumir un compromiso jurídico es lo que distingue la acción jurídica de la conducta estatal relevante a los fines políticos. Se trata de una distinción que puede no ser sencilla en la práctica aunque sí lo sea en términos de derecho internacional; una cosa es la demostración de buena voluntad política a través de declaraciones de intención y otra bien distinta son las promesas o compromisos que van a crear un vínculo jurídico.⁸

Ello es así también respecto de la formación de la costumbre –universal, regional o bilateral–. Todos hemos aprendido que la práctica internacional es conteste en señalar la necesidad de dos elementos, una práctica estatal generalizada, homogénea, concordante llevada a cabo con el sentimiento de estar cumpliendo una obligación jurídica u *opinio juris sive necessitatis*. Sin embargo, basta con trabajar un rato en el campo del derecho internacional para notar que estos dos elementos vienen muy juntos y que la forma de percibirlos no es unánime.

En el señero caso *Lotus*, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) analizó el planteo francés según el cual eran raros los casos internacionales de persecución penal en materia de abordaje y que ello era la prueba del consentimiento tácito de los Estados ante la jurisdicción del estado de pabellón. La Corte entendió que el planteo era infundado puesto que aun si el escaso número de decisiones internacionales permitiría comprobar que los estados habitualmente se han abstenido de perseguir penalmente, ello solo permitía concluir que lo hicieron porque estaban convencidos de que

7. *Case concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middl Rocks and South Ledge (Malaysia / Singapore)*, Judgment, 23 May 2008, I. C. J. Reports 2008, p. 12, para. 122.

8. C. Eckhart, *Promises of States under International Law* (2012), p. 38. See also *Arbitration regarding the Iron Rhine (“IJzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, Decision*, 24 May 2005, XXVII RIAA, p. 92, para. 142.

no estaban obligados a procesar penalmente; solo si la abstención estuviera motivada por la conciencia de un deber de abstención, podría hablarse de costumbre internacional.⁹ Del mismo modo, se expresa la CIJ en 1969 al decidir el *Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte*.¹⁰

Las tesis relacionadas con la norma consuetudinaria revelan que basta con que una mayoría de Estados –una mayoría representativamente válida como muestra– concorra a la formación de la costumbre. En un enfoque sumamente principista, esto hecha por tierra aquello de que siempre los Estados participan de la elaboración de las normas que los vinculan.

En sentido opuesto, resulta difícil encontrar Estados que se opongan sistemáticamente a una nueva norma de derecho internacional general. Las tesis voluntaristas son más dogmáticas que pragmáticas en el mundo internacional y los ejemplos son escasos. Probablemente el más notable, aunque no el más ortodoxo, sea el *Caso de Derecho de Asilo*, en el que Colombia alegó la existencia de una costumbre regional que lo autorizaba como Estado asilante a calificar el delito pero la Corte no solo encontró que esa costumbre no se había probado sino que además de haberlo sido, tampoco hubiera podido oponerse a Perú que lejos de haber adherido a ella, la había repudiado al no ratificar las Convenciones de Montevideo de 1933 y 1939.¹¹ Los persistentes objetores son escasos.

Si fuere necesario, para resolver conflictos puede acudirse también a los principios generales de derecho, esto es, los principios que surgen de las legislaciones nacionales para colmar las lagunas del derecho. Se trata de una participación bastante indirecta de la voluntad de los Estados que, en todo caso, suma a las coincidencias y marginaliza las divergencias.

Al iniciar su competencia contenciosa, en el *Caso del Estrecho de Corfú*, la Corte recriminó a Albania por no haber advertido a los navíos británicos de la existencia de minas en el mar territorial y señaló que esas obligaciones se basaban “en consideraciones elementales de humanidad, más absolutas

9. *Case of the S. S. Lotus, Judgment of 7 September 1927; P. C. I. J. Series A No. 10*, p. 3, at p. 28.

10. *Case of the North Sea Continental Shelf, Germany/Denmark; Germany/The Netherlands, Judgment of 20 February 1969, I. C. J. Reports 1969*, p. 3, para. 77.

11. *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I. C. J. Reports 1950*, p. 266. at 276-277.

incluso en tiempo de paz que en tiempos de guerra, el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y la obligación, para todo Estado, de no permitir el uso de su territorio para fines contrarios a los derechos de otros Estados”.¹² Además, en el ya mencionado *Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, la CIJ se refirió a la noción jurídica de equidad como “un principio general directamente aplicable en tanto que derecho”.¹³

Más allá del enunciado del artículo 38 ECIJ, se ha señalado que ciertas declaraciones unilaterales relativas a situaciones de hecho o de derecho pueden crear obligaciones jurídicas cuando esa es la intención manifiesta de sus autores y si tal intención resulta incuestionablemente de los términos del acto así como de las circunstancias de su adopción, como señalara la CIJ en los *Casos de los Ensayos Nucleares*.¹⁴

En todo caso, en este esquema tanto los tribunales internacionales como los órganos de las organizaciones internacionales participan de la elaboración normativa por vías menos ortodoxas.

Respecto de lo primero, el artículo 38. 1. d) del ECIJ establece que las decisiones judiciales son una fuente auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Sin embargo, en los últimos 50, 70 años, prácticamente desde que se ha instalado el orden jurídico político multilateral de la segunda posguerra, los jueces internacionales han contribuido seriamente a la creación de derechos y obligaciones internacionales.

Baste recordar cómo en su sentencia en el *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, la CIJ redefinió el ataque armado a los fines de la legítima defensa,¹⁵ acotándolo a las formas más graves de empleo de la fuerza.¹⁶

12. *Case of the Corfu Channel, Merits, Judgment 9 April 1949, I. C. J. Reports 1949*, p. 4, at p. 22.

13. *Case of the North Sea Continental Shelf, Germany/Denmark; Germany/The Netherlands, Judgment of 20 February 1969, I. C. J. Reports 1969*, p. 3, para. 71.

14. *Case of the Nuclear Essays, Australia v France, Judgment of 20 December 1974, I. C. J. Reports 1974*, p. 253, para. 43.

15. De estas cuestiones me ocupé en “L’emploi de la force Dans la jurisprudence des tribunaux internationaux”, en *331 Recueil des cours de l’Academie de droit international de La Haye*, 2007, 1-157 [Paris, Brill, 2009].

16. *Military and Para-Military Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v United States of America, Judgment 27 June 1986, I. C. J. Reports 1986*, p. 14, para. 191.

La misma dinámica puede encontrarse en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el *Caso Barrios Altos contra Perú* que declara la incompatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de toda medida que tenga por objeto la amnistía o el perdón, que haga lugar a la prescripción de la acción o establezca la exclusión de responsabilidad de personas *prima facie* responsables de violaciones a los derechos humanos, como la tortura, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. La Corte IDH consideró esas disposiciones inadmisibles y prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁷

En el seno de las organizaciones internacionales, en período de guerra fría, se avanzaron criterios de interpretación de la Carta de las Naciones Unidas para agilizar el cumplimiento de los fines. Tempranamente el Consejo de Seguridad había iniciado la práctica de considerar que la ausencia de un miembro permanente no impedía la adopción de resoluciones. Así lo hizo en el caso de la protesta de Irán porque la Unión Soviética no retiraba el Ejército Rojo del norte del país, aun cuando del examen de la decisión y de las declaraciones de los miembros surgiría que eran decisiones sobre cuestiones de procedimiento.¹⁸ Más tarde, el mismo Consejo se ocupó de considerar que la abstención no equivalía a veto en caso de las hostilidades entre Indonesia y los Países Bajos en 1947.¹⁹ La visión generalizada, expresada por el delegado del Reino Unido, consistía en señalar la escasa diferencia práctica entre la ausencia y la presencia con abstención.²⁰ Estos ensayos cobran visibilidad cuando estalla la guerra de Corea y ante la ausencia de Unión Soviética se adoptan las resoluciones S/RES/82-83-84 (1950) implementando lo previsto en los artículos 39, 40 y 42 de la Carta. Años más tarde, la CIJ se ocupará

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos (Chumbipuna Aguirre y otros vs. Perú)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N°75.

18. *Repertoire of Practice of the Security Council, 1946-1951, Ch. IV, 177*, available at www.un.org/en/sc/repertoire/46-51/46-51_04.pdf [last visited Dec 11, 2016].

19. *Repertoire of Practice of the Security Council, 1946-1951, Ch. IV, 174*, available at www.un.org/en/sc/repertoire/46-51/46-51_04.pdf [last visited Dec 11, 2016].

20. *Repertoire of Practice of the Security Council, 1946-1951, Ch. IV, 177*, available at www.un.org/en/sc/repertoire/46-51/46-51_04.pdf [last visited Dec 11, 2016].

de validar esas decisiones en la Opinión Consultiva sobre Gastos ²¹ y en la relativa a Namibia.²²

III. La voluntad como elemento para “desobligar” a los sujetos del derecho internacional

La voluntad de los Estados es determinante en la creación normativa internacional pero ello no autoriza a sostener que el producto de su actividad sea un conjunto informe y maleable de reglas. La voluntad concurre para crear una norma y durante el proceso de creación las alternativas son, eventualmente, infinitas. Mas una vez cristalizada la norma, ella se independiza de la voluntad de los Estados, se objetiviza. De este modo, la conducta estatal que no se acomoda a la norma expresa su inobservancia o violación.

Además, una de las características del derecho internacional es la pluralidad de fuentes de una misma norma. Así, un derecho o una obligación puede alegarse respecto de más de un sujeto a título de distintas fuentes de derecho: lo que para unos es una costumbre internacional, para otros consiste en una estipulación de un tratado en vigor entre ellos y, eventualmente, para otros es un principio general de derecho. Es casi un sistema de doble vía en un número muy importante de áreas; baste recordar que la CIJ decidió el *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* con base en el derecho consuetudinario para sortear la reserva de los Estados Unidos.²³

Así las cosas, no se trata de cualquier decisión para crear derecho y mucho menos de cualquier decisión para deshacer derecho.

De este modo, aun cuando los Estados generen normas a partir de sus propios intereses, que es lo usual en cualquier proceso de elaboración normativa, su carácter de “legisladores” no es óbice para la determinación

21. *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962: *I. C. J. Reports* 1962, p. 151.

22. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *I. C. J. Reports* 1971, p. 16, para. 22.

23. *Military and Para-Military Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v United States of America*, Judgment 27 June 1986, *I. C. J. Reports* 1986, p. 14, para. 182.

objetiva de su conducta cuando se trata de la violación de una norma de derecho internacional.

En ocasiones, la CIJ no ha podido pronunciarse sobre ciertos hechos internacionalmente ilícitos por no haber sido aceptada su jurisdicción por los Estados pero eso no ha impedido que señalara sutilmente la existencia de violación. Así, al decidir sobre el *Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán*, la CIJ señaló que no podía dejar de comentar la incursión de unidades militares de los Estados Unidos en territorio iraní el 24-25 de abril de 1980; expresó que el señalamiento del carácter lícito o ilícito de la operación a la luz de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional general o las responsabilidades eventuales que podrían surgir no eran de su competencia en el caso y que tal operación no iba a ejercer ninguna influencia sobre su consideración respecto de la conducta de Irán.²⁴

En el *Caso de la Legalidad del Uso de Fuerza*, los asuntos que la ex República de Yugoslavia llevara contra los Estados Miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), la CIJ subrayó que aunque los Estados no acepten su jurisdicción, como era el caso, siguen siendo responsables por los actos contrarios al derecho internacional que les sean imputables.²⁵

Así, los Estados se han visto confrontados con sus propias violaciones en los contextos más variados. El sesgo discriminatorio y la ausencia de los requisitos del debido proceso legal en los casos de pena de muerte a extranjeros dictadas por los tribunales de los Estados Unidos fueron subrayados por la Corte Internacional de Justicia en un crescendo que comienza con el *Caso Breard*,²⁶ continúa con el *Caso LaGrand*,²⁷ en el que se establece un

24. *Case of Diplomatic and Consular Staff of the United States in Tehran, Judgment 24 May 1980, I. C. J. Reports 1980*, para. 93-94.

25. *Legality of Use of Force (Yugoslavia v Spain), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ Reports 1999*, p. 773, paras. 36-39.

26. *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America), Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I. C. J. Reports 1998*, p. 248.

27. *LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2001*, p. 466. De este tema me he ocupado en "De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme", en *Revue générale de droit international public*, 2002-3, pp. 513-548.

derecho individual del procesado, y sigue con el *Caso Avena*,²⁸ que consagra el derecho de asistencia consular como un derecho humano en esos contextos, a la luz de lo establecido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.²⁹

Si la República Islámica de Irán pudo ser condenada por la violación de los locales diplomáticos y consulares de los Estados Unidos en Teherán, Tabriz y Shiraz y por la privación de libertad de un número superior a las 300 personas, en el *Caso del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán*,³⁰ la decisión fue a la inversa en el *Caso de las Plataformas Petrolíferas*. Allí, los Estados Unidos alegaron que el ataque y la destrucción de las plataformas tuvo lugar en el contexto de una larga serie de ataques por las fuerzas militares y paramilitares iraníes contra los navíos de los Estados Unidos que ejercían actividades comerciales pacíficas en el Golfo Pérsico pero la Corte no consideró probados los extremos necesarios para consagrar un derecho a la legítima defensa a su favor.³¹

IV. La voluntad en los procesos de elaboración normativa: el enfoque vertical

En el orden jurídico-político de la posguerra, las organizaciones internacionales se multiplicaron y ello fue una respuesta o manifestación de los cambios profundos que se estaban operando respecto de lo que había sido por años el orden de Westfalia. En tanto que entes formales, las organizaciones internacionales adquirieron capacidad y personalidad jurídica internacional y ello les permitió expresar una forma de cooperación. Ellas

28. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2004, p. 12.

29. 596 UNTS 261.

30. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3.

31. *Case of the Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America)*, Judgment of 6 November 2003, I. C. J. Reports 2003, p. 27, para. 51. , entre varios otros como el de UE, n medioambiente a travNovember 2003, I.C.J. Reports 2003, p.27, para.51 tares y paramilitare

avanzaron lo que Wolfgang Friedman denominó el derecho internacional de la cooperación.³²

Las organizaciones son también principios ordenadores de la comunidad internacional expresando esa institucionalización propia del esquema de posguerra que es la compañera ideal del multilateralismo. Algunas más que otras traducen esa institucionalidad que tempranamente se buscó.

Además, también son regímenes, esto es, en la definición de Krasner, conjuntos de principios explícitos e implícitos, normas, reglas y procedimientos de adopción de decisiones alrededor de los cuales convergen actores y expectativas en un área de las relaciones internacionales.³³ Esto es evidente en la creación y actuación de instancias de control establecidas en su ámbito que, en definitiva, deciden sobre el grado de cumplimiento de los Estados respecto de los compromisos asumidos por los Estados.

En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, por ejemplo, la voluntad de los Estados ha permitido la adopción de tratados que han generado su propia estructura institucional, en muchos casos con reconocimiento de la capacidad para “decir el derecho”. De esta suerte, algunos tratados –como los convenios regionales europeo, americano y africano– crean un tribunal de derechos humanos con capacidad para emitir sentencias vinculantes para las partes y que, naturalmente, deben ser cumplidas por los Estados. Nueve tratados fundamentales de derechos humanos³⁴ establecen órganos que incluyen entre sus funciones el trámite de peticiones o denuncias que se resuelven con decisiones que carecen del estatus de una sentencia pero que deben ser consideradas como de necesario cumplimiento por los Estados. También se han creado órganos de prevención como el Subcomité de la Tortura³⁵ cuya misión es la visita de los lugares en los que se encuentren personas privadas de libertad.

En estos ámbitos nuevamente podemos apelar a las elaboraciones normativas por actores distintos que los Estados. Las organizaciones expresan

32. Wolfgang Friedman, *The Changing Structure of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964.

33. Stephen Krasner, *International Regimes*, Ithaca, Cornell University Press, 1963.

34. Lo que en el contexto de las Naciones Unidas se ha dado en denominar los *Core Human Rights Treaties*.

35. 2375 UNTS 237.

capacidad para crear derecho en varios sectores y de muchas maneras. Así por ejemplo, en el contexto del Banco Mundial, y a los fines de ser tenidos en cuenta por sus funcionarios en el momento de aprobar los préstamos, se han adoptado Directivas³⁶ que son estándares operativos que devienen obligatorios cuando se incorporan en los acuerdos de préstamo y crédito. Esas directivas son derecho administrativo internacional pero pueden incluir, y de hecho lo hacen, normas adoptadas por órganos de las Naciones Unidas, como la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³⁷ o como el Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales.³⁸ Como señala Benedict Kingsbury, las Directivas surgieron y ahora operan en un proceso normativo difuso que comprende la repetición, la elaboración y la aplicación de normas en un muy amplio espectro de actores que supera los que asume el artículo 38 ECIJ, tales como otras organizaciones internacionales, legisladores nacionales, ONGs, actores del mercado, pueblos indígenas, juristas y académicos.³⁹

Las organizaciones también ejercen una suerte de supervisión respecto del cumplimiento de los acuerdos internacionales por parte de los Estados. Así, las normas de la Constitución de la OIT obligan a los Estados a adecuar el orden normativo nacional para poder ratificar los convenios, y si no lo hacen deben informar de sus progresos y de los obstáculos para obligarse por ellos. Ello surge del artículo 19 (5) de la Constitución de la OIT en relación con los tratados no ratificados y las recomendaciones internacionales. Por otra parte, en relación con los Convenios en vigor, la Constitución de la OIT consagra la obligación de los Estados de presentar memorias trianuales respecto de los doce convenios fundamentales⁴⁰ y cada seis años respecto del

36. José E. Álvarez, *International Organizations as Law-makers*, Oxford University Press, 2005, p. 235.

37. A/RES/61/295.

38. 1650 UNTS 383.

39. Benedict Kingsbury, "Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process: The World Bank and Indigenous Peoples", in Guy S. Goodwin-Gill and Stefan Talmon (eds.), *The Reality of International Law* 323, at 325, Oxford, U. K. and New York: Clarendon Press, 1999.

40. Los convenios fundamentales son los siguientes: CO29 sobre Trabajo Forzoso, 1930 y el Protocolo de 2014; CO87 Libertad Sindical, 1948; CO98 sobre Negociación colectiva, 1948; C100 sobre Igual Remuneración, 1951; C105 sobre Abolición del Trabajo Forzoso,

resto. De esta suerte, 187 Estados han asumido estas obligaciones que son supervisadas por la Comisión de Expertos para la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR),⁴¹ órgano creado en 1926. Es un procedimiento contradictorio, de modo que los tres actores de cada Estado puedan pronunciarse. De lo que se trata es de confrontar la información contenida en la Memoria del Estado con las obligaciones asumidas de modo de poder constatar su adecuación a las normas internacionales del trabajo. LA CEACR puede resolver que se formulen observaciones públicas a un Estado, resaltando logros o déficits. También puede decidir que se efectúe una Solicitud Directa, en cuyo caso el trámite no es público porque pretende concitar la atención del Estado y su cooperación. Lo cierto es que es notable el alto grado de cumplimiento de los Estados en la presentación de Memorias y en la atención a los señalamientos de la Comisión de Expertos.

Este mismo esquema es verificable en ámbitos como el del comercio internacional a través de los regímenes de la Organización Mundial del Comercio,⁴² de las inversiones por la vía del sistema de solución de controversias del CIADI (Centro Internacional para el Arreglo de las Disputas sobre Inversión),⁴³ de las cuestiones relacionadas con el medioambiente a través de los Protocolos de Montreal a la Convención de Viena sobre la Capa de Ozono⁴⁴ y al de Kyoto a la Convención sobre el Cambio Climático,⁴⁵ entre varios otros.

Aunque pueda señalarse que en algún momento la voluntad de los Estados generó estos esquemas y aprobó su actuación, ciertamente el desarrollo posterior –mucho más libre del ojo del Estado– no requiere del

1957; C111 sobre Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958; C138 sobre Edad Mínima, 1973; C182 sobre Las Peores Formas de Trabajo Infantil, 1999; y los siguientes convenios sobre Gobernanza: Co81 sobre Inspección del Trabajo, 1947 y el Protocolo de 1995; C122 sobre Política de Empleo, 1964; C129 sobre Inspección del Trabajo (Agricultura), 1969 y la C144 sobre Consultas Tripartitas, 1976.

41. *Monitoring Compliance with International Labour Standards. The key role of the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Geneva, ILO, 2019.

42. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm

43. 575 UNTS 160.

44. 1522 UNTS 3.

45. 2303 UNTS 162.

consentimiento expreso de este. Difícilmente pueda argüirse que el Estado domina estos procedimientos.

Además, en el derecho internacional de la segunda posguerra, existen las normas de *jus cogens* o normas imperativas de derecho internacional general.

V. Un orden público internacional

El orden jurídico político de la segunda posguerra estableció dos de sus bases sustanciales a partir de la regulación de cuestiones que hasta ese momento eran casi privativas de los Estados, el uso de fuerza y el trato a las personas. La Carta de las Naciones Unidas estableció como uno de los principios del código de conducta de los Estados miembros la prohibición del uso de fuerza por los Estados en sus relaciones internacionales⁴⁶ excepto en caso de legítima defensa ante un ataque armado y hasta tanto el Consejo de Seguridad actúe en el caso.⁴⁷ La práctica posterior amplió el principio a todos los Estados, tal como lo expresó la A/RES/2625(XXV).

También la Carta de las Naciones colocó en el escenario de la cooperación entre los Estados el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin discriminación,⁴⁸ produciendo por esa vía la desuetud del derecho del Estado de tratar a sus nacionales a discreción.⁴⁹ Como señalaba Roberto Moncayo, esto marca un avance positivo en la afirmación de contenidos éticos en las reglas positivas del derecho de gentes.

En ese escenario, se trata de admitir que algunas normas son fundamentales y otras no, que hay normas imperativas y no meramente dispositivas —esto es, que no pueden ser dejadas de lado por acuerdo de partes—. Siguiendo a Hermann Mosler, el orden público de la comunidad internacional consiste en principios y normas de aplicación que son de vital importancia para la comunidad internacional en su conjunto por lo que cualquier acción

46. *Carta de las Naciones Unidas*, artículo 2(4).

47. *Carta de las Naciones Unidas*, artículo 50.

48. *Carta de las Naciones Unidas*, artículo 1(3).

49. L. Oppenheim, *International Law*, 8a. ed., por H. Lauterpacht, 1955, pp. 640-641.

unilateral o acuerdo que contravenga esos principios no puede tener fuerza jurídica.⁵⁰

En 1969, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados –que entrara en vigor en 1980 y que hoy rige para 123 Estados–⁵¹ brindó un concepto de *jus cogens* como norma de derecho internacional general –es decir, una costumbre internacional de validez universal– aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma posterior del mismo carácter.⁵²

Esa definición sirvió para declarar la nulidad absoluta de los tratados que se oponen a una norma de *jus cogens*,⁵³ la necesidad de dejar sin efecto los tratados en oposición a una nueva norma de *jus cogens*.⁵⁴ Sin embargo, no hay contenidos asignados a esa noción en la Convención de Viena ni en otro instrumento de carácter general eventualmente vinculante.

La Comisión de Derecho Internacional aportó algunas precisiones importantes desde lo normativo.⁵⁵ Así, los informes del Relator Especial Dire Tladi señalan que la norma de *jus cogens* es una norma no derogable que pertenece al derecho internacional general y que es aceptada y reconocida como tal. Las normas de *jus cogens* son de aplicación universal –y por ello excluyen al persistente objetor y tampoco reducen su aplicación a lo

50. H. Mosler, “The International Society as a Legal Community”, en *140 Recueil des cours*, p. 34.

51. 1155 *UNTS* 331.

52. Artículo 53 de la CVDI: “[...] Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

53. Artículo 53 de la CVDI: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”.

54. Artículo 64 de la CVDI: “Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (‘jus cogens’). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

55. El relator especial Dire Tladi ha presentado cuatro informes a la CDI.

regional–, son superiores a otras normas y expresan valores fundamentales de la comunidad internacional.⁵⁶

Resulta evidente, pues, que la norma de *jus cogens* es un claro límite a la libertad de los Estados.⁵⁷ Pocas chances tiene aquí la voluntad para cambiar el curso del orden público internacional. Las menciones que la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha hecho a estas normas subrayan los valores que ellas expresan.

En el descentralizado mundo del derecho internacional la determinación del *jus cogens* es, hasta ahora, tarea de los órganos judiciales, de la Corte Internacional de Justicia.⁵⁸

No son numerosos los contenidos normativos a los que se ha asignado el carácter de orden público. La ruta de la Corte Internacional de Justicia inicia con el genocidio, luego algunas normas de derechos humanos, más tarde la tortura, el derecho a la autodeterminación, la prohibición del uso de fuerza por los Estados.

El *iter* de la jurisprudencia internacional en este tema comienza con la Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención de Genocidio de 1951, en la que la CIJ subraya que la Convención muestra la intención de las Naciones Unidas de condenar y sancionar el genocidio como un “crimen de derecho internacional” que supone una denegación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, una denegación que conmueve la conciencia de la humanidad y que resulta en grandes pérdidas humanas, y que es contraria a la ley moral y al espíritu y los propósitos de las Naciones Unidas como surge de la resolución 96(I) de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946.⁵⁹

56. *First report on Jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur*, International Law Commission, 68th session, A/CN. 4/693 (2016), para. 61-72.

57. *First report on Jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur*, International Law Commission, 68th session, A/CN. 4/693 (2016), para. 65.

58. Sobre este tema he trabajado en “Commentaires sur la prééminence normative dans le domaine des droits humains”, en *Réciprocité et universalité. Sources et régimes du droit international des droits de l’homme. Mélanges en l’honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, París, Editions Pédone, 2017, pp. 119-134; “El *jus cogens* en la jurisprudencia internacional”, en *Revista jurídica de Buenos Aires 2012, 2013*, pp. 3-21.

59. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Opinión consultiva, 28/05/1951, 1951 ICJ 15, p. 23: “The solution of these prob-

Apelar a la ley moral y señalar afrentas a la conciencia de la humanidad supone algún grado de referencia en valores. En todo caso, en esa opinión consultiva, la CIJ no solo reconoce la oponibilidad frente a todos de la prohibición y sanción del genocidio sino que de tal circunstancia deriva expresamente límites a las facultades de los Estados porque las normas en cuestión expresan valores fundamentales aceptados y reconocidos por los Estados en el orden jurídico político de posguerra. *Voilà!*

La prohibición del genocidio será frecuentemente invocada por la CIJ como ejemplo de norma de orden público.⁶⁰ Para los derechos humanos, la Corte reserva la categoría de *erga omnes*⁶¹ aunque años después considere que la prohibición de la tortura reviste el carácter de norma de *jus cogens*.⁶² En el mismo sentido se había expresado años antes el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Furundzija*.⁶³

En el campo del derecho internacional *tout court*, la CIJ ha reconocido el carácter *erga omnes* del derecho de los pueblos a la autodeterminación tal

lems must be found in the special characteristics of the Genocide Convention. The origins and character of that Convention, the objects pursued by the General Assembly and the contracting parties, the relations which exist between the provisions of the Convention, inter se, and between those provisions and these objects, furnish elements of interpretation of the will of the General Assembly and the parties. The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946)”.

60. *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and the Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v Yugoslavia), Excepciones Preliminares*, 1996 ICJ Reports 612, para. 31; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 3 February 2006*, ICJ Reports 2006, para. 64.

61. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêT, C. I. J. Recueil* 1970, p. 3., para. 33-34.

62. *Questions relating the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal), Merits, Judgment 20 July 2012*, ICJ Reports 2012, para. 99.

63. *The Prosecutor v Anto Furundzija*, CPIY, Caso IT-95-17/1-T, fondo, 10 de diciembre de 1998, para. 154.

como evolucionó a partir de la Carta y del derecho de las Naciones Unidas.⁶⁴ Igualmente, consideró obligaciones *erga omnes* las normas de los Pactos de 1966, la Convención de los derechos del niño, incluido el derecho del pueblo palestino a la autodeterminación y las normas del derecho internacional humanitario.⁶⁵ También ha sostenido que las normas del derecho internacional humanitario son “principios intransgresibles del derecho internacional”.⁶⁶

En su cuarto informe a la Comisión de Derecho Internacional, el Relator Especial Dire Tladi sostiene que a lo largo de sus 70 años de trabajo la CDI ha sido cautelosa al señalar un contenido normativo como de *jus cogens* pero sin embargo ha reconocido en ese carácter a las normas que prohíben la agresión o el uso de fuerza en forma contraria al derecho de la Carta, la prohibición del genocidio, la prohibición de la esclavitud, la prohibición del *apartheid* y de la discriminación racial, la prohibición de los crímenes contra la humanidad, la prohibición de la tortura, el derecho a la autodeterminación y las normas básicas del derecho internacional humanitario.⁶⁷

En resumen, de lo que se trata es de “la constatación, de una u otra forma, de que existen de hecho en derecho internacional público normas generales más importantes que otras, y que esta importancia, establecida en razón de su prioridad social, se traduce en el plano del derecho por una preeminencia o una primacía normativa. Además, las distintas categorías de normas fundamentales se distinguen en virtud de las consecuencias jurídicas que se les atribuyen”.⁶⁸ Cabría en rigor señalar que algunas normas del

64. *East Timor (Portugal v. Australia)*, I. C. J. Reports 1995, p. 90, p. 102, para. 29.

65. *Legal Consequences of the Construction of the Wall in Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 2004, p. 136, especially at pp. 171-172, 196, paras. 88, 149 and 155.

66. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 1996, para. 79; *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 2010, p. 403, at p. 437, para. 81; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Report 2012, p. 99, para. 19.

67. *Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur*, International Law Commission, 71st session, A/CN.4/727 (2019), para. 60.

68. Stefan Kadelbach, “Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The identification of Fundamental Norms”, en Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin (ed.),

derecho internacional de los derechos humanos junto con las relativas a la proscripción del empleo de la fuerza por los Estados en las relaciones internacionales son los dos grupos de derechos que integran el *jus cogens*.⁶⁹ Asimismo, es pacífica su consideración como norma *erga omnes*.⁷⁰ Ello no supone solamente poner de manifiesto frente a quiénes es oponible o es debida la obligación. Se trata de reconocer su preeminencia normativa, el hecho de que han sido objeto de un juicio que las distingue de otras que pueden ser modificadas o dejadas sin efecto por la voluntad de las partes, esto es por la autonomía de la voluntad.⁷¹

VI. Conclusión preliminar

El derecho internacional no se aleja de los criterios del derecho, restringir legítimamente los derechos de todos para el bienestar de cada uno. La voluntad juega un papel importante que, además, es bien visible porque se trata de una sociedad de alrededor de 200 Estados y probablemente de un número mayor de organizaciones internacionales. En general, es válida la tesis de Louis Henkin en el sentido de que la mayoría de los Estados, la mayoría de las veces, respeta la mayoría de las normas del derecho internacional.⁷²

The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 21-40, esp. p. 26.

69. Pierre-Marie Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international". Cours général de droit international public (2000), 297 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, pp. 9-489 en p. 301.

70. Stefan Kadelbach, "Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The identification of Fundamental Norms", en Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin (ed.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 21-40, p. 26: "The examples usually given for both are the prohibition against aggressive war, genocide, crimes against humanity and war crimes, the core elements of humanitarian law and of human rights conventions, the right of peoples to self-determination and the protection of the environment from severe and lasting degradation" (el destacado me pertenece).

71. Olivia Lopes Pegna, "Counter-claims and Obligations Erga Omnes before the International Court of Justice", en 9 *EJIL* (4) pp. 731-732.

72. Louis Henkin, *How Nations Behave*, 2nd. ed., New York, Columbia University Press, 1979.

Como en todos los ámbitos, en el internacional, hay límites claros a lo que se puede hacer lícitamente. Por otra parte, existe también un orden público internacional que marca un claro límite a la libertad o autonomía de voluntad de los Estados.⁷³

Nada de lo anterior apunta a sobrevalorar por excepcionales las características de esta rama del derecho a la que nos dedicamos. Finalmente, nos guste o no, participa de muchos de los defectos del derecho local que sin Miembros permanentes ni grandes potencias, debe trabajar duro todos los días para que las desigualdades no sean muchas y el derecho sea efectivo.

Bibliografía

- Boyle, Alan; Chinkin, Christine, *The Making of International Law*, New York, OUP, 2007.
- Dupuy, Pierre-Marie, “L’unité de l’ordre juridique international”, *Cours général de droit international public* (2000), 297 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 2002, pp. 9-489.
- Eckhart, C., *Promises of States under International Law* (2012), p. 38. (See also *Arbitration regarding the Iron Rhine (“IJzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, Decision, 24 May 2005, XXVII RIAA).
- Friedman, W., *The Changing Structure of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964.
- Henkin, Louis, *How Nations Behave*, 2nd. ed., New York, Columbia University Press, 1979.
- Kadelbach, Stefan, “Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The identification of Fundamental Norms”, en Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin (ed.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 21-40.
- Kingsbury, B., “Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process: The World Bank and Indigenous Peoples”, in

73. *First Report on Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur*, International Law Commission, XX session, A/CN.4/693 (2016).

Guy S. Goodwin-Gill and Stefan Talmon (eds.), *The Reality of International Law* 323, at 325, Oxford, Clarendon Press, 1999.

Mosler, H., "The International Society as a Legal Community", en *140 Recueil des cours*, p. 34.

Oppenheim, L., *International Law*, 8a. ed., por H. Lauterpacht, 1955.