

**DOCTRINAS
SOBRE
EL
FUNDAMENTO
JURIDICO
DEL
DERECHO
INTERNACIONAL**



Mayor **ROBERTO IBAÑEZ SANCHEZ**

Por regla general tanto filósofos como juristas, han desarrollado las distintas teorías en relación con el Derecho Internacional, en base a la distribución del poder entre los Estados. Desde un comienzo se vislumbraron dos posiciones que se han venido consolidando ampliamente, a medida que se evoluciona hacia un nuevo orden. Una de ellas esencialmente inspirada en la concepción medioeval extractado de las doctrinas del derecho natural el aspecto moral o finalista del poder; otra con dos concepciones abstractas: la de un estado de naturaleza anterior al Estado y la de la asimilación de éste al individuo.

Debido en gran parte a la influencia del tratado de Grocio y al estímulo de las relaciones cada vez más frecuente entre los Estados, así como también a la necesidad de reglas específicas para la determinación de la conducta internacional, el Derecho Internacional, desde el siglo XV hasta nuestros días se ha desarrollado rápidamente; de allí el nacimiento de las escuelas y las distintas doctrinas. Algunos autores han tratado de estructurar la teoría del derecho; otros pensaron que era necesario prestar especial atención a la conducta real de las naciones, mientras un numeroso grupo intermedio insistió en que, para encarar el derecho en forma práctica, era necesario contar con alguna teoría de la ética internacional.

Aparece en primer lugar la Escuela de Bartolo de Soferrato (1314 - 1357) quien fue prácticamente el autor del

Derecho jurídico internacional. Estudió el proceso de transformación del orden jerárquico de los feudos medioevales a la nueva comunidad de Estados basada en el principio de la igualdad. Bartolo se dio cuenta "que la repulsión del poder imperialista implicaba la pérdida de la instancia central de la comunidad internacional, que en su apogeo había sido también custodia del derecho de gentes". Y comenta cómo abolido este recurso general y central, al que los Estados litigantes pudieran reclamar, ahora, estos deben asumir por sí mismos la defensa de sus derechos y su fuero y jurisdicción en relación con otros Estados; lo cual dio nacimiento a la **institución de las represalias**.

Bartolo, difiere ya dos conceptos fundamentales de soberanía: cuando el Estado ofendido se considera lesionado e injuriado, bien pueda recurrir a la represalia y luego a la ejecución de la represalia mediante actos de fuerza. Estos dos aspectos los denominó él como **derecho de auto-ejecución**; que generalmente daban paso a la guerra como consecuencia de la carencia de un poder supra-estatal que rija las relaciones entre los Estados.

Escuela Teológica Moral Española del Siglo XVI.

La Escuela Teológica Moral Española del siglo XVI, estudió el Derecho internacional desde el punto de vista filosófico, partiendo de los planteamientos aristotélicos que, así como señalaban al hombre como un ser social por

naturaleza que para su mismo desarrollo requiere del contacto con los demás, así el Estado es también ser social que requiere de la convivencia de los demás Estados para formar una especie de comunidad universal; de tal forma que el Estado para su existencia en sí y sus relaciones con los demás, no requiere de la declaración de voluntad por cuanto se fundamenta en el propio derecho natural. El principal representante de esta Escuela fue el filósofo jesuita hispano Francisco Suárez, quien sin embargo no pasó de ser un sobresaliente sustentador de las doctrinas de Santo Tomás de Aquino.

Según Suárez, el Estado, aún constituyendo en sí mismo un todo completo, no por ello deja de ser miembro de ese todo más amplio que es el género humano. Pero este elemento ético, directamente derivado de las concepciones escolásticas no es el único fundamento del Derecho internacional, pues junto a él aparece el principio realista de la utilidad común.

Por su parte, el dominicano Francisco de Vitoria, quien también pertenece a esta Escuela, cambió la denominación **Derecho de Gentes**, por la expresión **Derecho entre gentes**, el cual no se fundamenta como el Derecho medioeval, en una convivencia de occidente, sino que se extiende a toda la humanidad, a través del uso y el convenio, llegando así al concepto del Derecho internacional común.

Naturalmente, Suárez fue mucho más explícito que Vitoria, en cuanto a los fundamentos jusnaturalistas del Dere-

cho internacional, al afirmar que el Derecho de gentes no se fundamenta en un órgano regulador central, sino en el consentimiento de la humanidad. Veamos la parte donde resume su teoría al respecto:

"El género humano, aunque dividido en varios pueblos y reinos, siempre tiene alguna unidad, no solo específica, sino también cuasi política y moral, que indica al precepto natural el mutuo amor y la misericordia, que se extiende a todos, aun a los extraños de cualquier nación. Por lo cual, aunque cada ciudad perfecta, república o reino, sea en sí comunidad perfecta y compuesta de sus miembros, no obstante cualquiera de ellos es también de algún modo de este universo, en cuanto pertenece al género humano, pues nunca aquellas comunidades son aisladamente de tal modo suficientes para sí, que no necesiten de alguna mutua ayuda, sociedad y comunicación; a veces para mejor ser y mejor utilidad, y a veces también por moral, necesidad o indigencia, como consta del mismo uso. Por esta razón, pues, necesitan de algún derecho por el cual sean dirigidas y ordenadas rectamente en este género de comunicación y sociedad y aun cuando en gran parte se haga ésto por razón natural, más no suficiente e inmediatamente en cuanto a todo y por tanto pudieron ser introducidas, por el uso de las mismas gentes, algunos especiales derechos. Pues así como en alguna ciudad o provincia la costumbre introdujo ley, así en el universo, género humano, pudieron los derechos

ser introducidos por las costumbres de las gentes".

Las anteriores concepciones de innegable raigambre aristotélica, se diferencian del positivismo jurídico filosófico, en que no juzgan a priori sino que parten de la realidad social y los valores humanos.

Escuela de Grocio.

Al holandés Hugo Grocio (1583 - 1642), correspondió desarrollar y sistematizar las anteriores doctrinas españolas; por eso sus apreciaciones parten del Estado integrando la comunidad internacional, pero desligándose del aspecto religioso para dar un concepto más moderno. Grocio diferenció claramente el Derecho natural del Derecho internacional haciendo ver que el segundo, aunque inspirado en el primero, sin embargo se origina en la voluntad, por lo cual no sería del caso considerar un Derecho internacional positivo fuera del Derecho natural.

Aun cuando las opiniones de Grocio acerca de la comunidad internacional y de las relaciones establecidas entre ésta y los Estados no siempre fueron muy precisas, en cambio se nota en su pensamiento la idea de hacer prevalecer por sobre la utilidad común, la noción de justicia iluminada por la recta razón.

También Hugo Grocio defendió el Derecho internacional contra el maquiavelismo, que colocaba el poder absoluto del Estado por encima de cualquier Derecho, afirmando que quien atente contra el Derecho de la comu-

nidad tras un fin personal o pasajero "destruye para el futuro el amparo de su propia seguridad".

Se ha dicho que cierto número de escritores denominados grocianos, se mantienen en un punto medio entre los naturalistas y el grupo posterior de los positivistas. Vatten, quien encabeza esta escuela, dista empero, de ser absolutamente fiel a Grocio, tanto en lo concerniente a sus concepciones del Derecho natural, como a las conclusiones que podían derivarse de dicho Derecho". Así, Emer Vatten llegó a ser quizá en su tiempo y en el mundo de las relaciones internacionales más importante que el mismo Grocio; tal vez, apoyado también en la obra de Wolff, que él publicó en 1749 pero rechazando el concepto de una "civitas gentium maxima", prefiriendo en su lugar relacionar las obligaciones internacionales con la teoría de la sociedad primitiva, que por entonces se había convertido en la fuente popular del Derecho subjetivo.

Otros continuadores de la teoría de Grocio fueron: Samuel Rachel (1628 - 1691), quien se opuso al jusnaturalismo unilateral restableciendo la doctrina sintética del derecho de gentes; Christian Wolff, ya citado, quien concibió la comunidad internacional como una "civitas gentium maxima", inspirada en el Derecho natural para ser aplicada por el Derecho internacional positivo; su alumno, el arriba mencionado Vatten, ya vimos que cambió este término por el de "sociedad de naciones".

El Jusnaturalismo.

El jusnaturalismo tiene su origen prácticamente, en Thomas Hobbes, Filósofo inglés (1588—1679), quien en su obra cumbre "El Leviathan", contradice los planteamientos aristotélicos y escolásticos respecto de la sociedad, afirmando que hay una absoluta diferencia entre el Estado de naturaleza y el Estado de sociedad. En el primero impera solamente la voluntad personal, y por ello reina la justicia entre todos, es decir, es el derecho del hombre a su bienestar y conservación, aun cuando regido por normas de comportamiento social aceptadas generalmente por todos, tales como el mantenimiento de la paz. Pero en este estado natural únicamente el temor personal induce al hombre a respetar aquellas normas.

Por lo anterior, hay necesidad de establecer dentro de la sociedad reglas de Derecho positivo, cuya existencia obviamente presupone el Estado, a fin de que se regulen las relaciones entre los Estados. Sin embargo, como no existe un super-estado universal encargado de hacer cumplir las normas positivas, prácticamente se considera que los Estados entre sí conviven en un estado de naturaleza, en donde solo el temor de unos con otros garantiza regularmente la paz. Por tal razón, Hobbes no cree en la existencia de un Derecho Internacional positivo, por cuanto no hay un poder capaz de hacer respetar y cumplir las normas que regulan la existencia de los Estados, y más bien afirma que el Dere-

cho internacional se reduce apenas a máximas de la razón.

De esta forma, la concepción de Hobbes solo puede conducir a la negación del Derecho internacional. Su influencia sobre el pensamiento político no se encuentra en los esfuerzos que dedicó a renovar los conceptos del Estado de naturaleza y del contrato político, sino en su observación de las inclinaciones del hombre, es decir, los móviles de los actos humanos, asemejándose en este aspecto psicológico a Maquiavelo.

De tal suerte, el hombre es antisocial y no social como lo consideran las doctrinas del sabio Estagirita. Viviendo en un Estado natural, en el cual se manifiesta como brutal e intratable, el hombre se mantiene en guerra con todos los hombres, hasta que al final, guiado por su instinto de autoconservación, es llevado a formalizar un pacto con los demás hombres, rindiendo sus derechos naturales a la autoridad de Leviathan, que representa la concreción de los deseos independientes de quienes integran el grupo. Al no existir un pacto similar entre las naciones, éstas, al igual que los individuos antes de ser coaccionados por una autoridad superior, se encontraban las unas con respecto a las otras en un Estado natural, que es el Estado de guerra. En esta forma, el derecho natural se muestra divorciado de la teología; este divorcio hizo posible que los Estados afirmaran su soberanía en una forma más absoluta, pero, al mismo tiempo destruyó

la concepción de un derecho más elevado, y dejó librado el comportamiento de los pueblos a la determinación de su propia conveniencia.

Las anteriores teorías fueron recogidas por el Profesor alemán de la Universidad de Heidelberg, Samuel Pufendorf (1632—1694), quien destruyendo la concepción aristotélica de la sociedad, formula el derecho natural fundamentado en la razón humana. Así, como Hobbes, no reconoce el Derecho internacional positivo, ni a los tratados ni a la costumbre, más sin embargo, el estado de naturaleza no es como lo trae el inglés, de guerra de todos contra todos, sino un estado pacífico.

Otro notable jurista y filósofo que siguió esta escuela fue Christian Thomasius (1655—1728), quien sin embargo, fue más allá de Hobbes y Pufendorf, al legar el carácter jurídico al derecho de gentes.

El Positivismo.

A este grupo pertenecen quienes sustentan el Derecho internacional en la voluntad. Zouche inició la teoría en 1650, prestando especial atención a las costumbres de los Estados y ocupándose más en la realidad práctica que en la teoría. Por ello, parten de la base de una diferencia absoluta entre el derecho positivo y el derecho natural, en el cual, el segundo, dentro de la organización social del Estado, necesariamente da paso al primero con el principio de que únicamente la ley hace derecho.

Otro notable precursor es, Alberico Gentili (1552—1608), quien promovió la consideración histórica del derecho de gentes. Cornelius Van Bynkershoek, un publicista holandés que actuó entre 1702 y 1737, sustituyó el término razón por el de derecho natural, y sostuvo que la razón y la costumbre constituían las dos fuentes del derecho internacional. La costumbre parecía dar cuerpo a los dictados de la razón; representaba la razón colectiva de las generaciones sucesivas de los distintos países, y en consecuencia imponía una obligación recíproca, como si esos usos y costumbres se basaran en el consentimiento mutuo. De tal forma, Bynkershoek pudo apelar en forma directa a la costumbre en el apoyo de ciertos reclamos, yendo más lejos aún, al afirmar que el Derecho internacional solo tenía vigencia para aquellos que se le sometían voluntariamente por medio de un acuerdo tácito.

Pero el principal exponente del positivismo es: John Jabov Moser, (1701-1785), quien proyectó la **teoría de la experiencia pura en el Derecho internacional**; según la cual no se debe preguntar cuál es la forma de comportamiento de los estados, sino definir las reglas que en sus relaciones han observado a través del tiempo, las cuales, si se convierten en leyes al haber sido aceptadas en la práctica. Los convenios o tratados que se crean apenas constituyen una utopía, siendo indispensable para que sean realidad, la práctica internacional. Así, Moser echó las bases de una concepción más

moderna del derecho internacional, preocupándose especialmente de acumular tratados y costumbres, que bajo la forma de precedentes tienen un carácter positivo a este derecho.

George Friedrich de Martens, profesor de Gottingen elaboró un trabajo parecido al de Moser que apareció en 1788 con el título de "Disposiciones del moderno derecho de gentes en Europa".

En la Escuela positiva es necesario distinguir sin embargo, dos corrientes marcadamente diferentes: la de los que exponen el Derecho positivo sin negar su inspiración y la existencia misma del Derecho natural, así sea como norma moral; y el positivismo jurídico filosófico que va más allá, al negar la existencia de la moral universal como fruto del derecho natural. La primera escuela que pudiéramos llamar moderada se acerca bastante al jusnaturalismo diferenciándose de él apenas en la terminología.

El positivismo voluntarista encabezado principalmente por Jellinek, sostiene que la voluntad de los Estados no es el único fundamento del Derecho Internacional, comprendiendo también que un derecho sin mayor evolución como el internacional, no podía aislarse de un orden objetivo superior para constituirse en un sistema autónomo puramente formal.

Ahora bien, cuando las estructuras sociales se transforman y el derecho positivo no puede resolverlas, es necesario raciocinar ordenadamente, por que la estabilidad del Derecho Positi-

vo, solo es posible bajo situaciones jurídicas normales. Esta la explicación para que después de la Segunda Guerra Mundial, fuera desplazado, por así decirlo, por una especie de renacimiento del jusnaturalismo, pero sin que este hubiera aparecido con criterio unitario sino antes por el contrario diversificado bajo tres formas más o menos diferentes. La de los que como Le Fur y Delos, sostienen el jusnaturalismo clásico: la de los que como Scelle admiten un derecho natural mutable, y finalmente, la de los que consideran la sociología como meta y fundamento del derecho internacional, escuela esta última, que es la que se está abriendo paso con mayor facilidad.

Mas, en el campo puramente positivo, se ha operado también un cambio; tal es el caso de Kunz, quien, abandonando el empirismo afirma que el material jurídico que rige la norma fundamental, puede resolverse a través de una combinación del jusnaturalismo con la sociología, presumiendo naturalmente la comunidad y sus valores que inspiran y estatuyen el derecho.

Así, desde hace dos siglos, el positivismo ha tenido escuelas pudiéramos decir alternas y distintas. El positivismo de Augusto Comte, surgió del anhelo de convertir el derecho en el objeto de una ciencia, tendió a eliminar toda noción no comprobable experimentalmente, con lo cual el Derecho Internacional se redujo a la práctica internacional.

Por su parte Hans Kelsen, creador del neopositivismo, afirma que la teoría del Derecho Internacional oscila entre dos polos: una concepción individualista del Estado y otra universalista de la humanidad, o sea entre el subjetivismo de la primacía del Estado y el objetivismo de la primacía del orden internacional

Leon Deguit, profesor de la Universidad de Burdeos, creyó a su vez, poder fundamentar la norma jurídica sobre la percepción de todas las necesidades sociales por parte de los hombres

Podemos de tal suerte concluir que las teorías positivistas nacidas como una reacción del derecho natural deformado y estéril, tuvieron el indiscutible mérito de presentar una imagen precisa de las relaciones internacionales durante la estabilidad política del siglo XIX, es decir entre las guerras napoleónicas y la primera Guerra Mundial Su debilidad radicó en la indiferencia moral hacia los fines del poder y en su pasiva aceptación del individualismo de las soberanías estatales

Negación Doctrinal del Carácter Jurídico del Derecho Internacional

Pese a todas las posiciones en relación con el derecho internacional, hay un grupo por cierto bastante distinguido de filósofos y juristas que niegan el carácter jurídico al Derecho Internacional; ya sea porque sustentan la tesis que sostiene que el conjunto de normas conocidas como Derecho Internacional, no tienen ni legislador

permanente, ni tribunales con poder coercitivo necesario para que pueda garantizar su cumplimiento, es decir no aprueban otra clase de derecho que aquel denominado e interpretado como Derecho de subordinación.

Prácticamente está matriculado en esta escuela el ya mencionado jusnaturalista Thomas Hobbes; pues en el Leviathan afirma que el Derecho Internacional sin poder coercitivo no es más que un conjunto de palabras con significación pero que por sí mismas no dan garantía alguna, razón por la cual los Estados están en permanente conflicto ya sea potencial o actualmente

La concepción filosófica de Espinosa nos transmite la misma inquietud pero complementada con el principio según el cual: el Derecho de un Estado es proporcionado al poder coercitivo que tenga y como únicamente los Estados en forma particular contienen este poder, el Derecho Internacional carece de fundamento. Espinosa apenas reconoce el Derecho Internacional cuando se trata de Estados que se unen o confederan con el propósito común de hacer cumplir las normas jurídicas internacionales

John Austin, siguiendo a Espinosa, concibe el Derecho solamente como el mandato de una autoridad superior a una subordinada, analizando a la primera como el verdadero poder que sustenta el Derecho; así, el Derecho Internacional no tiene contenido propio ni más fuerza que la intrínseca de la moral positiva. Austin afirmaba

también que el término ley debía limitarse a las reglas de conducta promulgadas por una autoridad legislativa determinadas y reforzadas por sanciones físicas. La ley era un orden e implicaba la existencia de superiores e inferiores órdenes políticos o jerárquicos. Como el Derecho Internacional carecía de estas características de la ley positiva, fue relegado por este jurista al dominio de las ciencias éticas o de la moral positiva, que diferían en importancia, aunque no en naturaleza, de las convenciones sociales sancionadas por la opinión pública. Los juristas de la tradición austriana, consideran que no se logra ninguna ventaja pretendiendo que el Derecho Internacional representa algo más que lo expuesto.

Félix Somlo niega igualmente la juricidad al Derecho Internacional, ateniéndose al hecho de que, estando el poder representado en las grandes potencias y éstas a su vez continuamente desunidas, mal puede el poder internacional que regule la vida de los Estados, considerarlos mundialmente.

Lundstedt, por su parte, dice que el ordenamiento jurídico no puede existir sin un poder penal que funcione regularmente y que como éste no ha sido posible, las normas que regulan la vida entre los Estados no dejan de ser simple producto de la imaginación humana y romántica.

Los neohegelianos, entre los que se destacan Lasson y Binder, son empero los más radicales en esta teoría, ya que sostienen que el Estado es la máxi-

ma organización humana y social sin contemplar siquiera la posibilidad de que en un futuro ideal llegue el Derecho Internacional a un ordenamiento jurídico normal. Hold Fernek sostiene además, que el Estado es la suprema ordenación y no participa del concepto de: comunidad de naciones.

Frente al derecho de subordinación en el cual se fundamentan las anteriores teorías, hemos de afirmar que este régimen de derecho no es único; existe también el derecho de coordinación o cooperativo, que es aquel nacido de la unión de ordenamientos jurídicos de convicciones comunes; sin embargo, se puede afirmar que en esta situación, el derecho de subordinación queda necesariamente por debajo del derecho de cooperación o mejor, tendría en él su fundamento. Naturalmente este último sí tiene los medios coercitivos eficaces en tanto que en el derecho cooperativo, todo debe basarse en la buena voluntad de los Estados, lo cual solo es posible en comunidades de altos valores éticos.

Podemos concluir en definitiva, que quienes niegan la juridicidad al derecho internacional, se olvidan de que éste no tiene carácter independiente y hermético, sino que requiere un continuo perfeccionamiento, de tal suerte que en su naturaleza no puede tomarse separadamente sino enmarcado dentro del derecho positivo.

Concepción Hegeliana.

La Concepción de Hegel es en sí, muy parecida a la de Hobbes y Espinosa, ya que también afirma que l

Derecho Internacional solo sería posible con la existencia de un poder supraestatal; sin embargo, Hegel reconoce el Derecho Internacional como un derecho estatal externo y considera que el Estado es: "la realidad de la idea moral sin ceñirse exclusivamente al Estado ideal sino también al que no lo es". Por eso el Estado es para Hegel un fin en sí mismo absoluto, sin reconocer ningún ordenamiento superior, capaz de limitar sus derechos. De ahí, que la base del Derecho Internacional no sea la voluntad supraestatal, sino las voluntades soberanas diversificadas, por ello cualquier controversia entre los Estados, de no poner las voluntades de acuerdo, no tiene otra forma de solución que la guerra.

También Hegel trae un fundamento de carácter sociológico del Estado en particular, posible sí de un desarrollo futuro, que sea capaz de sustentar el verdadero Derecho Internacional por cuanto a pesar de ser el Estado el producto de la evolución de una sociedad, puede ser apenas un momento histórico que llegue a través de los espíritus nacionales a la formación del espíritu mundial, por eso la anterior teoría no contradice el posterior desarrollo del espíritu del mundo y se le considera como la iniciadora de la concepción socialista del Derecho Internacional.

Concepción Socialista.

Totalmente contrapuesta a las anteriores teorías respecto del Derecho Internacional, es la posición socialista,

la cual, inspirada en la interpretación marxista de la historia, es relativista; situación apenas natural en un movimiento filosófico que tiende a fundar sobre una nueva estructura social un nuevo orden político y jurídico.

De esta forma, los socialistas consideran al Derecho Internacional, como cualquier otro derecho, simplemente como la expresión de la voluntad de las clases dominantes en defensa de su poder y de sus privilegios, pasando a ser una transposición al campo de las relaciones internacionales. Así, las relaciones entre Estados de estructura social diferente solo dan lugar a una integración jurídica provisional y parcial.

Sin embargo, existen dos temas que alcanzan capital importancia en la concepción socialista del Derecho Internacional, el de la soberanía y el de la igualdad de los pueblos. Por una parte se afirma la impenetrabilidad formal de la soberanía externa, la que constituye la muralla socialista y de las democracias populares frente a las empresas imperialistas. Por otra, se insiste al menos provisionalmente, sobre la igualdad de los pueblos, lo que permite apoyar en todo el mundo la

causa de la emancipación de las comunidades que se hallan bajo total o parcial dominio de los Estados capitalistas: tales los casos de los países africanos y asiáticos, que encontraron apoyo irrestricto de China y la Unión Soviética para su independencia.

Particularmente la doctrina soviética proclama su vinculación al principio PACTA SUNT SERVANDA. Sin embargo, ello no excluye para que los juristas soviéticos planteen la revisión impuesta por las transformaciones que según la doctrina socialista ponen en discusión la validez de todo compromiso jurídico, es decir, los que resultan de una nueva estructura social del Estado.

En definitiva la doctrina socialista relativa al Derecho Internacional, es totalmente extraña a las ideas de donde éste procede, por tener raigambre burguesa. Así, los autores socialistas se complacen en subrayar las relaciones de emulación, de lucha y cooperación entre los Estados socialistas, por ello las tesis jurídico internacionales de China y Rusia, estrictamente calçadas de sus imperativos políticos, se presentan bajo el aspecto negativo del exclusivismo soberano.