

La necesidad de seguridad jurídica en el derecho internacional

The need for legal certainty in international law

DANTE M. NEGRO ALVARADO¹

Revista Electrónica Iberoamericana (REIB), Vol. 17, No. 2, (diciembre de 2023), pp. 9-14.
ISSN: 1988 – 0618. doi: 10.20318/reib.2023.8282. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4655-9075>

Cada vez se presentan más situaciones en el escenario internacional que hacen que surjan interrogantes sobre las soluciones o alternativas que ofrece en estos casos el derecho internacional, como por ejemplo, las migraciones masivas y el eventual reconocimiento del *status* de refugiado que se puede otorgar a dichas personas, la contaminación ambiental ya sea cotidiana o por algún desastre de grandes proporciones, los ciber ataques por parte de agentes estatales de un Estado o por particulares actuando por cuenta propia en un territorio distinto, las violaciones a los derechos humanos en su más amplia variedad, entre otras. Todas estas situaciones pueden ser atendidas, y de hecho lo son, desde una perspectiva principalmente política, porque al final de cuentas son los Estados los principales sujetos del derecho internacional y los Estados son entes políticos por esencia. Pero aún dentro de ese marco de respuesta política, existen ciertos parámetros jurídicos que deben ser respetados, o al menos tenidos en cuenta como un factor relevante. Y esto requiere una debida comprensión del universo de normas jurídicas que pueden válidamente considerarse parte de lo que llamamos *derecho internacional*.

¹ Director del Departamento de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano.

Esto cobra más relevancia porque generalmente se ha criticado al derecho internacional como la rama menos jurídica del derecho desde el punto de vista técnico. Pero sus mismos detractores, al momento de aplicar el derecho internacional a una situación específica, lo hacen de una manera tan ligera y despreocupada que deberían terminar siendo objeto de su misma acusación.

Muchas son las formas en que se ha intentado definir el derecho internacional, particularmente el derecho internacional público. Siempre podemos partir de una definición básica e ir avanzando poco a poco en los tecnicismos requeridos. Así, el derecho internacional público se puede definir como un sistema de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional, principalmente los Estados y otros actores a los que el propio ordenamiento otorga personalidad jurídica².

Por ahora fijémonos en el concepto de “norma jurídica”. En general una norma jurídica consiste en una regla dictada o emanada de un “poder legítimo” con el objetivo de regular conductas por medio de una prescripción, una autorización o una prohibición, y que forma parte de un sistema jurídico. Es esto último junto con la validez de la fuente de la que emanan – un poder legítimo – lo que las diferencia, por ejemplo, de las normas de carácter meramente moral. A tales efectos, el derecho internacional público ha establecido de manera más o menos clara cuáles son esas fuentes de las que válidamente pueden emanar normas jurídicas, la naturaleza de estas fuentes y sus características, en buena cuenta, los mecanismos válidos de formación de normas jurídicas internacionales. Por otro lado, cuando se señala que dichas normas han de formar parte de un sistema jurídico, estamos haciendo referencia al propio sistema que va a determinar la validez o no de la norma dependiendo de la fuente de la que emana. Como podemos apreciar, ambos factores nos conducen al problema esencial de la correcta determinación de las fuentes del derecho internacional [público] ya que, si una regla tiene su origen en una fuente distinta a las reconocidas por dicho sistema jurídico, no será una norma jurídica, sino una norma “moral” o de otra índole, es decir, carecerá de validez jurídica.

Un ejercicio clave es poder determinar si una situación o relación está efectivamente regulada por el derecho internacional, lo que equivale a determinar si, en efecto, existe o no una norma jurídica generada de manera válida por medio de una de las fuentes establecidas por dicho sistema jurídico y, por ende, posee un carácter vinculante.

A este respecto, la mayoría de los publicistas coinciden en señalar que las fuentes del derecho internacional público son las establecidas en el artículo 38 del Estatuto

2 Emiliano J. Buis, “El derecho internacional público: concepto, características y evolución histórica”, en *Lecciones de Derecho Internacional Público*, coord. por Silvina S. González Napolitano (Buenos Aires: Erreius, 2015), 5.

de la Corte Internacional Justicia³. Dicho artículo señala, de manera resumida y sin ingresar a los aspectos más técnicos, que la Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas.

Existe un sector de la doctrina que actualmente debate si existen o no otras fuentes, o modos de generación de normas jurídicas internacionales, a saber, aunque no únicamente, los actos de las organizaciones internacionales y los actos unilaterales⁴. En efecto, algunos publicistas sostienen que el artículo 38 antes citado al referirse a las fuentes aplicables como aquellas que la Corte *ha de utilizar para decidir las controversias que les sean sometidas*, parecería restringir el alcance de dicho artículo únicamente a aquellas situaciones en las que la Corte actúa. Entonces, no tendría la intención de cerrar el listado de todas las posibles fuentes del derecho internacional que podrían eventualmente ser tenidas en cuenta en otras situaciones⁵. Sin embargo, creemos que con la utilización de la frase *cuya función es decidir conforme al derecho internacional*, y después añadir las fuentes que deberían ser consideradas generadoras de ese derecho internacional, se está estableciendo que son esas, y únicamente esas, las fuentes que pueden generar válidamente normas jurídicas en el marco de dicho ordenamiento.

Visto esto, el siguiente asunto es poder determinar si las cinco categorías citadas en el artículo 38 constituyen todas ellas fuentes *formales* del derecho internacional. Queda claro del texto de este artículo que las convenciones internacionales (en buena cuenta, los tratados internacionales), la costumbre internacional y los principios generales del derecho tienen una naturaleza distinta a las decisiones judiciales y a la doctrina, pues se establece que estas dos últimas son un “medio auxiliar” para la determinación de las reglas de derecho, es decir, de las normas jurídicas propiamente dichas. ¿Qué quiere decir esto? Que la jurisprudencia de un tribunal internacional sea cual sea su naturaleza, no podría crear o ser fuente de nuevas normas jurídicas de derecho internacional. Su función consiste simplemente en demostrar, mediante un proceso razonado y fundamentado, si una determinada norma de conducta emana o no de alguna de las tres fuentes anteriores, es decir, de un tratado internacional o de una costumbre internacional, o si traduce un principio general del derecho. Así, por ejemplo, en el caso de un tratado, el tribunal internacional deberá determinar, entre otros aspectos, la existencia de dicho tratado; concluir que dicho tratado ha recibido el número suficiente de ratificaciones para entrar en vigor; verificar si el

3 José A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 15.ª ed. (Madrid: Tecnos, 2011), 65.

4 Fabián Novak y Luis García Corrochano se refieren ampliamente a las discusiones que existen sobre este tema en: *Derecho Internacional Público: Introducción y Fuentes*, Tomo I (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000), 463-518.

5 Julio Barboza, *Derecho Internacional Público*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Zavalia, 2018), 88.

Estado al que se le pretende aplicar dicho tratado ha ratificado dicho instrumento jurídico y no lo ha denunciado y; adicionalmente, establecer que las consecuencias jurídicas que se desprenden del mismo no han sido alteradas o modificadas a causa de una reserva. Cuando se trata de una costumbre internacional, el tribunal de que se trate deberá verificar el surgimiento de esta a través de la prueba de la existencia de sus dos componentes esenciales, a saber, el elemento material (continuidad en el tiempo y generalidad en el espacio) y el elemento psicológico (*opinio juris sive necessitatis*). Pero, además, deberá probar por algún medio idóneo que dicha costumbre internacional vincula al Estado al que pretende aplicársele. En ese sentido, por ejemplo, si dicho Estado ha sido un objetor persistente, la mencionada costumbre internacional, no obstante, su existencia, no se le podrá aplicar.

Este es, en conclusión, el trabajo de un tribunal internacional: verificar la existencia de una norma jurídica internacional a través del examen de la forma en que ha sido generada (a partir de una fuente válida del derecho internacional), y determinar que dicha norma jurídica aplica al Estado en cuestión. En ningún caso se podría entender que a través de la acción por sí sola de una corte internacional, se pueden crear normas jurídicas de derecho internacional. El mismo criterio aplica en el caso de la doctrina internacional.

Por ello, algunos autores han confundido este tema con el del obligatorio cumplimiento de una sentencia internacional para el Estado que ha aceptado la competencia del tribunal internacional en cuestión, sosteniendo que las sentencias de estos tribunales constituyen fuentes del derecho internacional⁶. Este postulado es fácilmente rebatible, no sólo por lo establecido en el propio artículo 38 y lo examinado anteriormente, sino además porque la obligatoriedad de las sentencias internacionales emana del acto mismo de reconocimiento que el Estado realiza a dicha competencia. Este acto no solo es esencialmente soberano, sino que dicho reconocimiento puede además ser retirado en cualquier momento. Así, una sentencia por sí sola no puede crear derecho o ser fuente de nuevas normas jurídicas. Cualquier argumento en ese sentido tendría que ser puesto en entredicho.

No son pocos los casos en los que los tribunales internacionales, por vía de la “interpretación”, terminan estableciendo la existencia de una nueva norma de derecho internacional. Sin embargo, debemos recordar que la “interpretación” está definida como la acción de explicar o aclarar el significado de algo, es decir, “de algo que ya existe”, especialmente cuando el texto normativo es poco claro. Pero en caso de ausencia de norma, la “interpretación” no podría intentar suplir dicho vacío, sobre todo si tomamos en cuenta que el derecho internacional es por esencia voluntarista: su construcción depende de los mismos sujetos a los que en la mayoría de los casos se les va a aplicar, es decir, los Estados, no existiendo un ente centralizado generador de normas como ocurre con los sistemas jurídicos internos de los países. En efecto, la ausencia de

6 Marco Monroy Cabra, *Derecho Internacional Público*, 7.ª ed. (Bogotá: Temis, 2018), 87.

normas que puedan eventualmente aplicarse a una situación determinada obedecerá necesariamente al hecho de que los sujetos generadores de dichas normas aún no se han puesto de acuerdo ya sea sobre su necesidad, o sobre su pertinencia, o sobre su contenido. En consecuencia, mal podría un tribunal internacional pretender, por vía de la “interpretación”, cubrir ese vacío.

Obviamente no podemos desconocer que la conducta propia de un Estado en el cumplimiento de una sentencia internacional podría en algunos casos generarle una obligación internacional, ya sea con fundamento en la costumbre internacional o en atención a los eventuales efectos de un acto unilateral, pero esta temática es más compleja y no es posible abordarla a cabalidad en estas breves reflexiones.

También se ha discutido mucho si los actos de las organizaciones internacionales, como, por ejemplo, las resoluciones y declaraciones que emanan de las mismas constituyen fuente de derecho internacional. El consenso es que no. Las decisiones de dichos organismos son obligatorias únicamente hacia el interior del organismo, particularmente, las que tienen relación con temas administrativos y presupuestarios, así como con aquellos relativos al funcionamiento de los órganos que forman parte de su estructura y para los cuales se pueden generar algunos mandatos. Todo otro acto ha de ser considerado como “soft law”, incapaz por sí solo de generar una norma jurídica de derecho internacional que lleve aparejada una obligación de necesario cumplimiento. Incluso las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, adoptadas en el marco de sus funciones relativas a las amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión, y que son consideradas de cumplimiento obligatorio a cargo de todos los miembros de dicha Organización, derivan su fuerza vinculante no de la resolución en sí misma sino de la Carta de la ONU (es decir, de un tratado internacional) que les confiere a dichas resoluciones dicho carácter vinculante.

Por lo tanto, podemos concluir que el derecho internacional público es un sistema de normas cuya validez jurídica depende de que hayan sido generadas a partir de alguna de las tres fuentes reconocidas por dicho sistema jurídico, a saber, las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales. Es esto lo que las diferenciará de las normas de carácter meramente moral. Son estas normas jurídicas, y solo ellas, las que han de regular las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional. Determinar su existencia y contenido es clave para poder brindar una respuesta realista a las distintas situaciones que se vienen generando hoy en día en la escena internacional.

Finalmente, hay que indicar que, en la actualidad vivimos una realidad que se desarrolla cada vez con más rapidez, lo que ocasiona que un sistema jurídico que ya distaba mucho de ser comprehensivo aporte incluso menos respuestas que antes. Dichas respuestas, aunque sean relativamente escasas, no pueden ser creadas espontánea o arbitrariamente, a riesgo de quebrantar un principio esencial en cualquier ordenamiento legal: la seguridad jurídica. Es dicha seguridad jurídica la que se ve resguardada y protegida con la correcta aplicación de los conceptos aquí analizados de manera breve. Es ello lo que garantiza que las respuestas que aporte el derecho

internacional, aunque limitadas, sean armónicas, incluso cuando no siempre sean reconocidas o aplicadas por los Estados que forman parte de dicha comunidad internacional. Pero esto último ya forma parte de una problemática distinta: la relativa a la capacidad que el derecho internacional tenga o no de ser aplicado. Ello, sin embargo, no debe hacernos perder de vista la necesidad de siempre determinar lo que realmente constituye el ordenamiento jurídico internacional en un momento determinado.