

# EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL ¿UN DERECHO PRIMITIVO? UNA REFLEXIÓN A 50 AÑOS DE “THE CONCEPT OF LAW”

SEBASTIÁN A. GREEN MARTÍNEZ

Investigador-Estudiante del Programa de Acreditación Institucional de Proyectos de Investigación en Derecho de la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

## Resúmen

El profesor de la Universidad de Oxford Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) es reconocido como uno de los iusfilósofos más influyentes del siglo pasado. Su postura relativa al Derecho Internacional dicta, bajo el amparo de la estructura jurídica que él propusiera en el capítulo V de *The Concept of Law*, que no puede considerársele como un derecho evolucionado en tanto sus elementos no se condicionan sino con un concepto de derecho primitivo, cuando no fronterizo.

A través de esta postura intentaremos analizar la estructura del Derecho Internacional en la actualidad valiéndonos exclusivamente de los elementos que la componen, según fueran expuestos en la obra de Hart. Plantearemos, en este orden de ideas, la posibilidad de una evolución del ordenamiento internacional (como también Hart previera) para consecuentemente evaluar si corresponde hablar, o no, de un derecho primitivo, cuando la analizada obra del jurista cumple sus primeros cincuenta años.

## Palabras Clave

Derecho, Internacional, Hart, Primitivo, Evolución

## Abstract

Professor Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) is recognized as one of the most influential legal philosopher of the century. His stance on the International Law dictates, under the protection of the legal structure that he proposed in Chapter V of *The Concept of Law*, that it cannot be regarded as a developed system of law since its elements are not consistent but with a concept of primitive law when not border.

Through this position I will try to analyze the structure of current international law using only of the elements that compose it, as they were exposed in the work of Hart. We will address in this vein, the possibility of an evolution of the international order (as well as stated by Hart) to consistently evaluate if it is correct or not to consider it a primitive law, when the analyzed work celebrates its first fifty years.

## Keywords

Internacional, Law, Hart, primitive, evolution

## Introducción

Se desprende de la lectura de la obra de H.L.A. Hart la categorización del Derecho Internacional Público como un derecho primitivo, cuando no fronterizo.<sup>1</sup> La lectura de Hart del Derecho Internacional, quizás constituyente de una de las críticas más fundadas, se basa en la carencia de este ordenamiento de los elementos por él reconocidos como constitutivos de un sistema de Derecho.

Es la finalidad de este trabajo llevar a cabo un análisis del ordenamiento de Derecho Internacional Público hoy, a cincuenta años de *The Concept of Law*,<sup>2</sup> a la luz de dichos elementos: las Reglas Primarias y las Reglas Secundarias. A través de ellas, intentaremos identificar el estado estructural del Derecho Internacional en la actualidad.

Es nuestra hipótesis que, en la actualidad, el Derecho Internacional ha alcanzado, no obstante su naturaleza y necesidades intrínsecas como ordenamiento descentralizado, un desarrollo tal en el campo de las reglas secundarias que se equipara, en gran medida, a lo que Hart llamara un derecho desarrollado. A tales fines, la estructura jurídica del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias será utilizada a modo de herramienta de diagnóstico.

Para exponer de manera acabada lo antedicho, el presente trabajo será fraccionado en tres partes:

La primer parte intentará hacer un repaso sobre la estructura jurídica del profesor Hart (*Law as the Union of Primary and Secondary Rules*) abordando, asimismo, la valoración del Derecho Internacional como derecho primitivo y las posibilidades de una evolución de dicho ordenamiento.

La segunda parte intentará llevar a cabo el análisis de distintos elementos que configuran el desarrollo progresivo del Derecho Internacional situados cronológicamente entre 1961 y la actualidad. En lo relativo a las normas primarias de derecho nos limitaremos a realizar un somero análisis, en tanto Hart acepta su existencia. Acto seguido, y manteniéndonos en la misma parte, intentaremos analizar la necesidad de una regla de cambio en un contexto

jurídico descentralizado. Valoraremos para ello la dinámica del Derecho Internacional en lo relativo a la producción normativa, y la hipotética necesidad de un órgano centralizado en un ordenamiento en el cual los sujetos de derecho son, a su vez, sus propios legisladores.

En el mismo apartado abordaremos a la regla de reconocimiento en Derecho Internacional. Intentaremos descifrar la existencia de una norma tal de carácter consuetudinario, la cual se nutra de las fuentes descritas en el Art. 38 Inc. 1º de la Corte Internacional de Justicia ("Art. 38"). Para ello valoraremos fundamentalmente la jurisprudencia de dos tribunales internacionales: Por un lado los laudos de los tribunales AD-HOC del Centro Internacional para el arreglo de Disputas en materia de Inversión. De esta misma manera valoraremos la jurisprudencia emanada del Tribunal Internacional de Derecho del Mar. Su elección, lejos de resultar azarosa, recae en la importancia que reviste el espectro de derecho aplicable establecido por sus instrumentos constitutivos por fuera de los mismos: puede decirse que dichos tribunales recurren a una práctica generalizada que viene a implicar una referencia implícita a las fuentes del mencionado Art. 38.

Dando un paso adelante analizaremos, aún dentro de la segunda sección, la (posible) existencia de una regla de adjudicación en un contexto de Derecho Internacional. Para ello analizaremos la jurisdicción por tribunales internacionales ejercida actualmente, así como las herramientas de desarrollo progresivo que se han dado en torno a la jurisdicción internacional.

Una vez expuesta la estructura hartiana de derecho (a modo ilustrativo) así como los instrumentos con los que el Derecho Internacional cuenta en la actualidad, pasaremos a la parte final de esta investigación, en la que nos dedicaremos a establecer las relaciones pertinentes, así como nos reservaremos unas palabras a modo de conclusión.

## II. La estructura de Derecho de H.L.A. HART

La obra del profesor Hart ("Hart") viene a intentar establecer una estructura general del concepto del Derecho. Puede apreciarse en *The Concept of Law* un análisis de dicho concepto de una manera estructural, evitando así ponderaciones relativas a cualquier contenido. En otras palabras, se trata del desarrollo de una estructura jurídica capaz de definir a cualquier sistema de derecho desarrollado.

A través del análisis de los elementos por Hart propuestos como constitutivos de un sistema jurídico desarrollado puede apreciarse un fundamentado análisis sobre el Derecho Internacional Público en función de ellos, en tanto resulta calificado como un sistema que carece de las prestaciones de un ordenamiento jurídico desarrollado, considerándolo primitivo, cuando no un concepto jurídicamente fronterizo.

Nos proponemos en la presente tomar esos mismos elementos, jugar con las mismas reglas de juego, para observar, elemento por elemento, al Derecho Internacional Público como un sistema jurídico desarrollado, y plantear un análisis estructural relativo a los elementos de valoración hartianos. Resulta imperioso repensar el concepto del Derecho Internacional Público a cincuenta años de *The Concept of Law*, pues el cuestionamiento ontológico al que se hiciera referencia se mantiene hasta la actualidad.

Intentaremos analizar **exclusivamente** la estructura del mismo, evitando cualquier valoración relativa al devenir dinámico del mismo (contenido, eficacia), limitándonos a observar sus elementos y analizar su coherencia en un sistema de Derecho Internacional.

En otras palabras, la observación propuesta se centrará en una mirada estática<sup>3</sup> del DIP como sistema jurídico desarrollado para repensar los elementos con los que usualmente se lee a dicha rama del derecho.

### 1. Reglas primarias y secundarias

La estructura (o construcción) hartiana del Derecho establece, en primer lugar, a la llamada Regla Primaria. Se trata de la regla, positiva o consuetudinaria, que se expresa en términos prescriptivos estableciendo obligaciones que habrán de cumplir los sujetos jurídicos destino de las mismas. Dichas obligaciones resultan el medio de expresión de los intereses y valores de una comunidad determinada, a los que Hart denomina 'Presión Social'.<sup>4</sup>

Afirma que sendas comunidades primitivas poseían exclusivamente este tipo de normas (lo cual no resultaría óbice para obtener un alto acatamiento de las mismas) obteniendo por ello un tipo de estructura social formado por normas consuetudinarias. No obstante ello, Hart evita utilizar el término "Costumbre" como fuente de derecho en tanto considera que puede inferirse que la costumbre resulta una referencia a una práctica antigua y, por ende, con una menor presión social. Dichas estructuras no formarían un sistema, sino que simplemente significarían un mero conjunto de normas y reglas. Este tipo de estructuras sociales cuentan, según la teoría de Hart, con tres problemas, a saber:

En primer lugar, las normas primarias carecen de cualquier marca característica que permita reconocerlas como tales, con excepción del mero hecho de que se trata de reglas aceptadas por un grupo determinado de seres humanos. Esto significa que si surgen dudas respecto a la integridad de una norma como tal, no se habrá previsto mecanismo alguno para solucionar tal cuestión. Hart llama a este problema de las estructuras sociales primitivas como *uncertainty*, o *defecto de incertidumbre*.

En segundo lugar, Hart problematiza la posibilidad de que las normas se mantengan incólumes en el tiempo, siendo el único modo de cambio el lento proceso de crecimiento, según el cual los comportamientos comienzan por ser opcionales, para convertirse en usuales y, finalmente, en obligatorios. Por lo tanto, el sistema todo carece de medios que deliberadamente vengana a adaptar a las normas a los cambios generales de las circunstancias.



Este segundo defecto es denominado *static*, o *defecto de inactividad*.

El tercero y último de los defectos por Hart observado es el denominado *inefficiency*, o *defecto de ineficiencia*, que consta de la carencia de normas que otorguen facultades jurisdiccionales compulsivas a determinados tribunales para realizar el control correspondiente al cumplimiento de las obligaciones que emanan de las normas primarias antes mencionadas.

## 2. El rol de las normas secundarias

Encontrarle una solución a los tres defectos antes mencionados es lo que permite, según Hart, convertir un régimen pre-jurídico de meras normas primarias en un sistema jurídico de manera indiscutible.<sup>5</sup> Es en ese camino en el que nos encontramos con las normas secundarias, denominadas por Hart como normas específicas, distintas de las primarias pero que vienen a complementar a éstas. Para cada defecto de los mencionados, Hart postula una norma de naturaleza particular, siendo estas Reglas de Reconocimiento, de Cambio y de Adjudicación.

La Regla de Reconocimiento viene a resolver el defecto de la incertidumbre. Se trata de la norma que

especificara qué elementos específicos lograrán a conformar una norma válida. En un sistema jurídico desarrollado las Reglas de Reconocimiento tienden a complejizarse, siendo mencionadas como ejemplos la promulgación de un cuerpo específico o una **larga práctica consuetudinaria**. Si bien existe un intenso debate en cuanto a su naturaleza, consideramos que, en tanto las normas primarias se pronuncian en términos prescriptivos, la Regla de Reconocimiento ha de pronunciarse en términos descriptivos,<sup>6</sup> suministrando la o las características de las reglas de derecho válidas a fin de identificarlas como tales. Esto significa que son normas que otorgan definiciones jurídicas y, por ende, no son prescriptivas.<sup>7</sup> Sobre esta base trabajaremos.

La Regla de Cambio significaría la introducción a la estructura de reglas para que un individuo o un grupo de individuos esté legitimado para introducir nuevas normas primarias o modificar a las ya existentes.

La Regla de Adjudicación es aquella regla que legitima a determinados individuos a realizar estipulaciones imperativas en cuanto a si una Regla Primaria ha sido infringida en una situación particular.

A simple vista se deduce el presupuesto básico del sistema previsto por Hart: "Un sistema centralizado en el cual existe un órgano encargado de dictar normas (sin el cual es difícil prever a la regla de cambio), otro encargado de hacerlas cumplir y de resolver conflictos entre los sujetos de derecho (los jueces), todo esto mediando una fundamental limitación de aplicación de normas".<sup>8</sup> En otras palabras, una concepción **institucionalizada** del derecho.<sup>9</sup>

Resumiendo, en la obra de Hart, el sistema jurídico desarrollado<sup>10</sup> como tal se **caracteriza entonces por la inclusión de las normas secundarias** antes mencionadas.

Dicho esto, si la estructura del Derecho Internacional Público careciera de dichas normas, podría decirse que la dinámica característica de la comunidad internacional está regida, de la misma manera que la hipotética sociedad primitiva de Hart, por reglas primarias de tipo moral, las cuales se pronunciarían prescriptivamente sobre

ciertos aspectos o actos entre los sujetos de derecho, aunque no reconocidos como tales. En dicha hipótesis entonces, como sostuviera Nino, aun cuando existieran reglas que regulan el uso de la fuerza, no se diría que existe un sistema jurídico, sino pautas morales,<sup>11</sup> tradiciones o usos.<sup>12</sup> Aceptar tal hipótesis implicaría aceptar en la actualidad el mismo postulado ya enunciado por Austin en 1832, cuando sostuvo que "...*the law obtaining between nations is law (improperly so called) set by general opinion. The duties which it imposes are enforced by moral sanctions*".<sup>13</sup>

¿Qué tan lejos ubicamos al Derecho Internacional Público de la visión de Hart? Subsidiariamente, ¿requiere el Derecho Internacional Público de dichos elementos para configurarse como tal? A partir de aquí nos dedicaremos a echar una mirada sobre del Derecho Internacional a través de la estructura que Hart nos ofreciera para intentar exponer de esta manera las falencias de lectura de tal rama del Derecho que presenta la que se intenta a través de dicho prisma.

### III. Normas secundarias

#### 1. Regla De Reconocimiento

Haciendo referencia a lo que dijéramos anteriormente, los puntos a resaltar respecto a la Regla de Reconocimiento son, en primer lugar, que posee eminentemente naturaleza descriptiva. Esto es, en otras palabras, que viene a detallar los elementos que las fuentes de derecho han de reunir para considerarse tales. En segundo lugar, Hart nos indica que las reglas de reconocimiento pueden adoptar distintas metodologías, pudiendo tratarse de textos que hicieran referencia a listas de elementos capaces de caracterizar a las fuentes dentro del sistema como tales.

En este orden de ideas, Hart sostiene que la analogía entre Derecho doméstico y Derecho Internacional en lo relativo a la existencia de una Regla de Reconocimiento no ha de proceder en tanto las normas del ordenamiento interno gozan de una validez emanada de tal Regla

establecida, mientras que el ordenamiento internacional, en cambio, es un mero conjunto de normas. Asimismo, continúa preguntándose, cuestionando de manera implícita la existencia de una Regla de Reconocimiento en el ordenamiento en cuestión, "¿Por qué debería apriorísticamente asumir y prejuzgar el carácter de las normas de Derecho Internacional como Derecho?"<sup>14</sup> Intentaremos responder a esa pregunta a continuación.

Hart admite la posibilidad de que la Regla de Reconocimiento sea reconocida como tal en virtud de una extendida práctica consuetudinaria.<sup>15</sup> Partiremos de esta posibilidad (para intentar construir sobre las bases por Hart provistas) y nos preguntaremos si la enumeración establecida en el inciso primero del Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia el cual, no obstante se pronuncia en lo relativo a la función del mencionado tribunal<sup>16</sup>, no ha alcanzado dicho carácter consuetudinario como regla de reconocimiento de Derecho Internacional.

La fragmentación del Derecho Internacional ha traído aparejada durante la segunda mitad del siglo pasado y principios del actual (esto es con posterioridad a *The Concept of the Law*) la creación de diversos tribunales internacionales especializados en distintas materias de rigor dentro del contexto internacional. Dentro de tal proliferación encontramos al Tribunal Internacional de Derecho del Mar ("ITLOS") y al Centro Internacional para el Arreglo de Disputas en materia de Inversión ("CIADI"). La importancia de estos dos tribunales internacionales a los fines del presente trabajo recae sobre los instrumentos que determinan el derecho que habrán de aplicar bajo su jurisdicción: Ambos cuentan con una normativa específica a aplicar, teniendo a su vez un espectro de normas inespecífico, sin mayores referencias. Intentaremos entrever las fuentes de derecho a las que se acude en tal margen a través de la jurisprudencia de ambos tribunales, así como observar la aplicación del Art. 38 como posible regla de reconocimiento consuetudinario:

## a. ITLOS

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar<sup>1</sup> ("Convemar") prevé la creación del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el cual goza de la potestad de resolver controversias entre Estados relativas a la materia que la Convemar regula. Dicha potestad podrá ejercerla aplicando a través de sus decisiones el derecho que el Artículo 293 circunscribe para su aplicación, siendo este tanto la Convemar como "las demás normas de derecho internacional".<sup>18</sup>

Basado en el principio general *lex specialis derogat lex generalis* es comprensible la preeminencia de la Convemar por sobre el derecho general. Ahora bien ¿a qué normas se refiere la Convemar cuando norma a "las demás normas de derecho"? Intentaremos esbozar una respuesta basándonos tanto en la Convemar como en la jurisprudencia relevante:

\*Convemar: El texto de la Convención reconoce a las fuentes contenidas en el Art. 38 como "la base del derecho internacional" en los Artículos 74 y 83. Tal información indica que no sólo dichas fuentes de Derecho Internacional estarían contenidas dentro de "las demás normas de derecho", sino que dentro de la lógica de la Convemar constituirían la base del ordenamiento jurídico en cuestión.

- Jurisprudencia: Los miembros del tribunal rara vez hacen referencia a una fuente jurídica distinta del Estatuto o, en otras palabras, toman como fuente imperativa de derecho a "las demás normas de derecho". No obstante ello, existen casos en los cuales miembros del tribunal suelen recurrir al *Derecho Internacional General*<sup>19</sup>, así como a fuentes específicas de derecho efectivamente contenidas en el Art. 38 CIJ: La Costumbre<sup>20</sup> y Tratados Internacionales.<sup>21</sup> Es quizás el caso más ilustrativo la reciente Opinión Consultiva del 1ero de febrero de 2011, registrada en la lista de casos bajo el número 17.<sup>22</sup> Sostiene el Tribunal que el solicitante se encuentra obligado, en razón del Derecho Internacional general, respecto a los Artículos 31 a 33 relativos a la interpretación de tratados, contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, deviniendo su



carácter imperativo en razón de tratarse de un tratado que, a su vez, refleja normas de derecho internacional consuetudinario.<sup>23</sup> Es dable resaltar que el Tribunal considera que la misma Convemar se encuentra sometida a tales disposiciones.

Atento a lo anteriormente expuesto, es la interpretación del Tribunal del Mar que *las demás normas de Derecho Internacional aplicables* serían las mismas que aquellas contenidas en el Art. 38.

## b. CIADI

El Convenio CIADI<sup>24</sup> da lugar a un medio arbitral para la resolución de conflictos entre sus Estados parte y los extranjeros que hayan realizado inversiones en dicho Estado en tanto tengan origen en otro Estado parte. El medio arbitral de resolución de conflictos se basa en la conformación de tribunales AD-HOC que poseen el deber de dirimir imparcialmente entre las mencionadas partes.

Lo que aquí nos interesa, y pasaremos a analizar, es el derecho aplicable establecido en el Art. 42 Inc. 1 de dicho convenio, el cual establece la preeminencia de la voluntad de las partes contratantes a la hora de establecer el derecho que les será aplicable y, en su ausencia, el tribunal aplicará el derecho doméstico así como las normas de derecho internacional que resulten aplicables.<sup>25</sup> Es dable resaltar la conjunción de los dos tipos normativos a aplicar, lo cual guarda lógica con los fines mismos del convenio ya que la finalidad e importancia de la inclusión de las normas de Derecho Internacional en el contexto del Convenio CIADI radica en la posibilidad de cerrar cualquier vacío legal que puedan dejar los Derechos Domésticos, así como remediar cualquier violación al Derecho Internacional que la aplicación de dicha legislación pueda implicar.<sup>26</sup> Ahora bien ¿cuáles son las normas de Derecho Internacional que, según el convenio están llamadas a cumplir con tal función?

Tribunales CIADI se han valido de lo establecido por el Art. 42, inc. 1 *in fine* en sus decisiones para recurrir a las normas de derecho internacional que resulten aplicables: En el caso LETCO v. Liberia, efectivamente, se dio el supuesto de la ausencia de una indeterminación de derecho

aplicable prevista en el Art. 42. El Tribunal sostuvo ante tal situación que el sistema del Convenio CIADI manda a aplicar al Derecho doméstico, pero complementado y controlado por las normas internacionales aplicables.<sup>27</sup> Es en ese contexto en que aplica los Principios Generales de Derecho como fueran reconocidos en el Art. 38 en una función fiscalizadora respecto a las normas de derecho doméstico Liberianas, resolviendo que estas últimas no quebrantaban a la mencionada norma de Derecho Internacional.

En AAPL v. Sri Lanka el tribunal acudió tanto a la costumbre como a los tratados como fuente de Derecho al sostener que: *"A State on whose territory an insurrection occur is not responsible for loss or damage sustained by foreign investors unless it can be shown that the Government of that state led to provide the standard of protection required, either by treaty, or under general customary law, as the case may be"*.<sup>28</sup>

En otro antecedente, caratulado Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic el tribunal arbitral acudió una vez más al derecho consuetudinario general para resolver si correspondía atribuirle responsabilidad a un Estado Nacional (parte en el caso) por los actos realizados por una subdivisión política dentro de su territorio, como resultara ser la Provincia de Tucumán. Los árbitros acudieron una vez más a la Costumbre Internacional como fuente de Derecho Internacional, siguiendo a los informes de la Comisión de Derecho Internacional en materia de Responsabilidad de los Estados.<sup>29</sup>

De la misma manera que en el caso del Tribunal del Mar, encontramos debajo del espectro de discrecionalidad con el cual cuentan los tribunales Ad-Hoc del CIADI a las normas del Art. 38.

## 2. Regla De Adjudicación

Hart afirma que en tanto no exista un tribunal internacional que goce de jurisdicción compulsiva general sobre sujetos del orden jurídico internacional, no existirá regla de adjudicación en dicho orden jurídico. Ello es, con ca-

pacidad para juzgarlos aun cuando éstos no hayan dado su consentimiento para tal proceso. El problema que subsistirá en caso de no superarse esta situación es el de la ineficiencia de las normas primarias, de la misma manera que ocurriera con los órdenes jurídicos primitivos. Ante esta situación ¿Ha desarrollado el Derecho Internacional mecanismos que puedan contradecir a Hart? Veamos:

Dentro de los tribunales internacionales sobresale la Corte Internacional de Justicia, siendo el único tribunal que goza de jurisdicción general en lo relativo a disputas entre Estados que hayan dado su consentimiento a someterse a tal jurisdicción. Sin embargo, una multiplicidad de tribunales internacionales ha nacido en la segunda parte del siglo pasado y principios de éste, los cuales gozan de una jurisdicción específica y especializada, involucrando en muchas ocasiones sólo a Estados (Tribunal Internacional de Derecho del Mar) y en otras a individuos (como por ejemplo los tribunales internacionales de Derechos Humanos) o a corporaciones (como el ya mencionado caso del CIADI). Estos tribunales cuentan, además, con importantes elementos de derecho consuetudinario que vienen a servirles de herramientas, tales como los artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (la "CDI") sobre la Responsabilidad de los Estados que presenta factores de atribución relativos a la responsabilidad internacional de los Estados. Es dable resaltar que la tarea por la CDI emprendida pareciera haberse llevado a cabo con la finalidad específica de complementar a las normas primarias del ordenamiento jurídico internacional:

These articles seek to formulate, by way of codification and progressive development, the basic rules of international law concerning the responsibility of States for their internationally wrongful acts. The emphasis is on the secondary rules of State responsibility: that is to say, the general conditions under international law for the State to be considered responsible for wrongful actions or omissions, and the legal consequences which flow therefrom. The articles do not attempt to define the content of the international obligations breach of which gives rise to responsibility. This is the function

of the primary rules, whose codification would involve restating most of substantive international law, customary and conventional.<sup>30</sup>

Mas específicamente, volviendo a la competencia de los tribunales internacionales, existen elementos dignos de valoración en materia de jurisdicción internacional.

El profesor Yuval Shany sostiene que la existencia de tribunales internacionales mutó de roles, naciendo como un mecanismo para relegar y reemplazar al uso de la fuerza entre Estados como medio de resolución de conflictos, hasta pasar a medios de resolución acudidos de manera mucho mas regular que las cortes tradicionales.<sup>31</sup> Adicionalmente, una gran cantidad de tribunales internacionales ha sido provista con jurisdicción compulsiva. Un claro ejemplo de ello es la Corte Europea de Derechos Humanos la cual goza de jurisdicción compulsiva sobre los Estados que le hayan reconocido dicha competencia en virtud del Art. 46 de la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>32</sup>

Adicionalmente es dable resaltar que un gran número de foros internacionales ha dejado de juzgar exclusivamente a Estados, sino que cuenta con la capacidad de expedirse sobre casos que involucren a individuos, como en los casos de protección internacional de la inversión, tribunales de procesos de integración y muy especialmente aquellos especializados en Derechos Humanos.

Entonces ¿Existe Regla de Adjudicación en el Derecho Internacional? Los elementos progresivos recién analizados dan cuenta de una innegable relevancia en materia de jurisdicción internacional. No obstante ello, y en un intento por no realizar afirmaciones imprudentes, consideramos que las afirmaciones de Hart sobre este punto se mantienen en tanto no existe una regla general de adjudicación.

Sin embargo, no puede negarse que tales elementos constituyen un notorio progreso en tanto se observa un incesante crecimiento de violaciones al Derecho Internacional que caen dentro del espectro de situaciones ilícitas a las normas primarias que cuentan con la posibilidad de ser juzgadas por tribunales internacionales cuyas decisiones resultan vinculantes para los Estados.

### 3. Regla De Cambio

Hart postula la necesidad de Reglas de Cambio en tanto, caso contrario, el sistema jurídico todo correría el riesgo de estancarse debido al parsimonioso devenir de la costumbre como fuente de Derecho. Adicionalmente, la presencia de tal regla supone la existencia de un órgano centralizado que cuente con la potestad de dictar tales normas. La pregunta que cabe preguntarse al analizar el problema en cuestión es ¿Necesita el Sistema Internacional un órgano centralizado con tales facultades? ¿Es realmente el Derecho Internacional Público un sistema

sujetos originarios de Derecho.<sup>33</sup> En un contexto de igualdad jurídica tal entre sujetos soberanos (y que, por ende no reconocen autoridad alguna sobre ellos) no se prevé otra forma de formación del Derecho que la voluntad de los mismos sujetos. La doctrina ha llamado a este sistema de producción del derecho *Sistema de Coordinación*.<sup>34</sup>

Dicho sistema tiene su razón de ser en las principales formas de creación del Derecho Internacional, tales como la costumbre o los tratados. Sin el aporte positivo de una voluntad estatal (o al menos un silencio suficiente como para considerar la aquiescencia de la norma por parte de dicho sujeto) a comprometerse en los términos de una

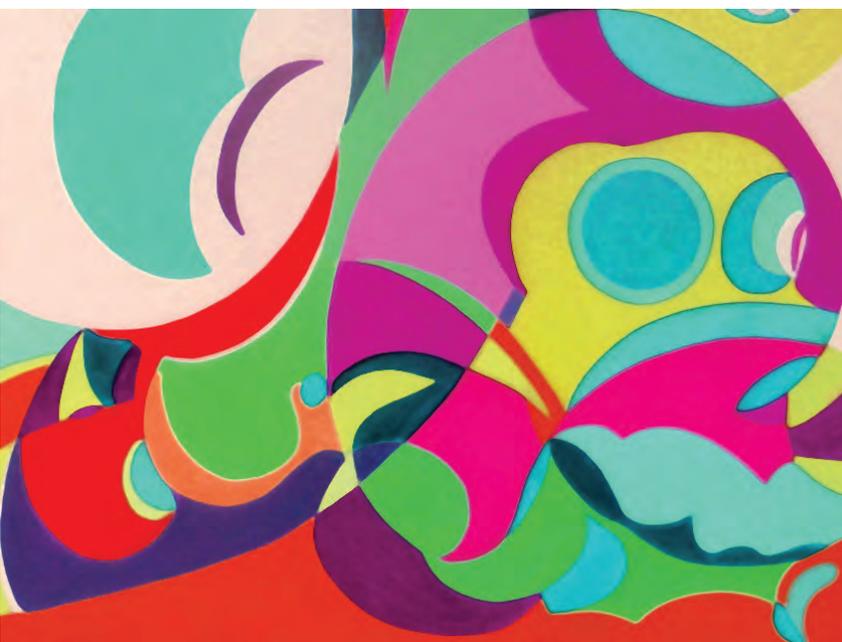
norma específica en cada caso, resultaría imposible la creación de normas internacionales. En otras palabras, los sujetos originarios del sistema en lugar de delegar función legislativa alguna en ningún otro sujeto, sino que cuentan con la facultad de crear por si mismos las normas que habrán de regirlos.

Ante tal dinámica no se advierte la necesidad de un órgano centralizado a los fines del dictado de las normas de cambio. Si bien lo recién expuesto explicaría, someramente, la inexistencia de un órgano centralizado (una suerte de parlamento) en el contexto internacional,

no termina de responder acerca del potencial problema que identificara Hart como una rama estática del Derecho, a lo que pasaremos a continuación.

#### b. Riesgo de estancamiento

Hart evita utilizar a la costumbre como fuente de derecho en tanto considera que suele considerarse antigua a dicha fuente y, por lo tanto, carente de presión social (como se definiera anteriormente) para una comunidad en un momento determinado.<sup>35</sup> Una postura similar, incluso dentro del ámbito del Derecho Internacional, puede reconocerse en la opinión disidente del juez Negulesco en el caso "Jurisdiction of the European Commission of the Danube" quien sostuvo que *The teachings of*



estático? Intentaremos analizar en este punto si el Derecho Internacional exige la existencia de un órgano como el que presupone la regla de cambio (un poder legislativo, o parlamento) y, posteriormente, si la producción (y en consecuencia su actualización) normativa corre el riesgo de estancarse, quedando su regulación en constante des-actualización y consecuente pérdida de la llamada "presión social".

#### a. Necesidad de Órgano Centralizado

La historia ha impuesto a los Estados la necesidad de reglar sus relaciones reciprocas a través de un ordenamiento de tipo jurídico. Dicho sistema jurídico se basa en el principio de igualdad jurídica de los Estados como

publicists and of international practice agree in recognizing the necessity of *immemorial* usage consisting both of an uninterrupted recurrence of accomplished facts [...] and of ideas of justice common to the participating States.<sup>36</sup>

El elemento *antigüedad de la práctica* ha sido analizado hasta el hartazgo por los juristas del Derecho Internacional. No obstante, podemos observar que se da el caso

de doctrinarios que precedieron a Hart, y que no mencionan una duración específica como requisito,<sup>37</sup> mientras que juristas posteriores a Hart han considerado que la duración de la práctica no resulta fundamental para la constitución de la costumbre como fuente de derecho.<sup>38</sup> En la otra esquina encontramos a teóricos que afirman que es posible la configuración de una "costumbre instantánea" lo cual requeriría exclusivamente una *opinio juris* concurrente por parte de los Estados.<sup>39</sup>

Si bien no consideramos esta última postura viable, acompañamos a una gran mayoría de doctrinarios, la cual coincide en que el elemento fundamental para el establecimiento de la costumbre es la uniformidad de la misma. De esta misma manera lo expresara la Corte Internacional de Justicia en el caso *Asylum*.<sup>40</sup>

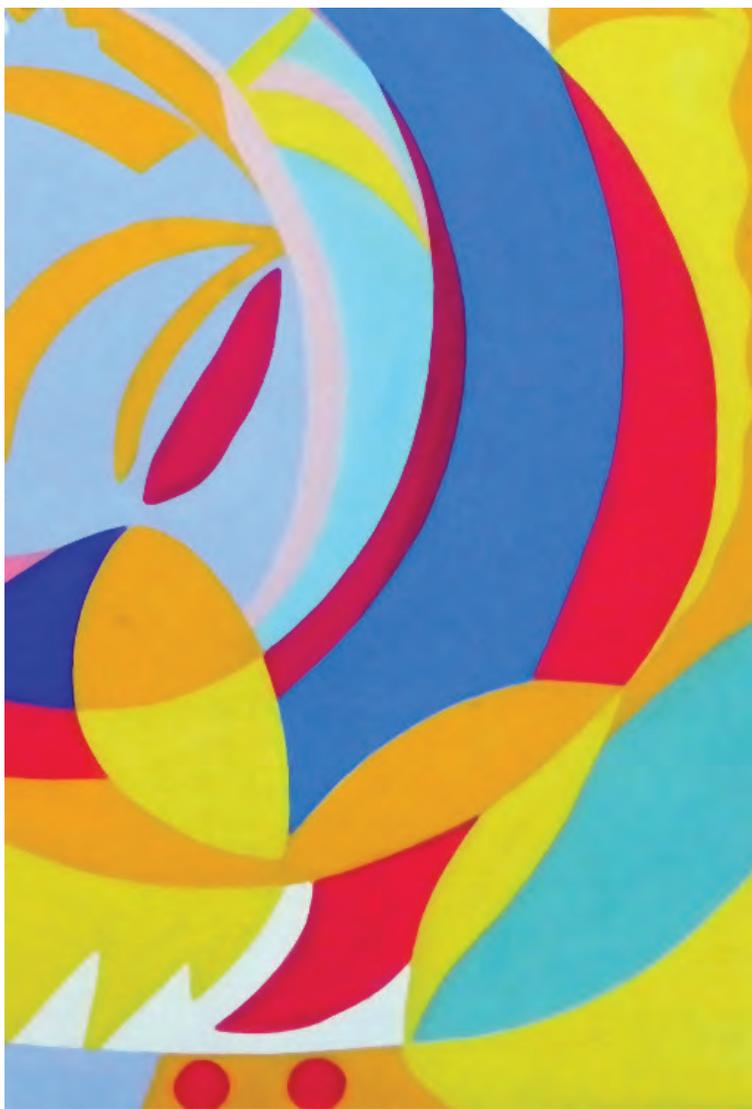
Una lectura como la propuesta por Hart resulta aplicable a un sistema de Common Law, pero contraría la

lógica del Derecho Internacional Público, el cual requiere una expresión dinámica de valores a fin de tratar con efectividad los asuntos que sean impuestos por el devenir internacional. Creemos que tal lectura proviene del derecho doméstico y no debe ser interpretada a dicha fuente de la misma manera en el Derecho Internacional Público, donde no se trata de una norma consuetudinaria antigua, sino una

manera de creación de normas a través del consenso general de los Estados como sujetos de derecho del Derecho Internacional Público.<sup>41</sup> En otras palabras, la antigüedad del uso no es requerida en el contexto del Derecho Internacional Público, por lo que la *presión social* tiene la capacidad de convertirse en derecho consuetudinario de una manera tanto más veloz que en el derecho doméstico, tal como ocurriera en el caso de la normativa sobre espacio ultraterrestre<sup>42</sup> y plataforma continental.<sup>43</sup> Estos últimos casos implican una clara aceleración en la formación de la

costumbre debido a una respuesta inequívoca y generalizada por parte de los Estados.<sup>44</sup>

Es por ello que consideramos que el Derecho Internacional no corre el riesgo de transformarse un sistema estático y que, por lo tanto, carece deliberadamente de una norma de cambio, como Hart propusiera.



## I. CONCLUSIÓN

Hart afirma que no debiera afirmarse el carácter del Derecho Internacional como un ordenamiento jurídico de manera apriorística, posicionando a dicho ordenamiento en la posición de, una vez más, justificarse a sí mismo.<sup>45</sup> Sin embargo, él mismo viene a reconocer la posibilidad de que dicho ordenamiento se encuentre en transición en vías de una evolución definitiva.<sup>46</sup> Basado en sus propios dichos la evolución correspondiente se daría en las reglas de cambio, de adjudicación y de reconocimiento para que vengan a complementar a las normas primarias. El presente trabajo ha intentado exponer los posibles avances que el Derecho Internacional ha alcanzado durante la segunda parte del siglo pasado:

Primero, una norma de reconocimiento consuetudinaria basada en la constante referencia al Art. 38 por parte de una gran porción de medios que cooperaran en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

Segundo, hemos intentado plasmar una serie de innegables (y aun constantes) avances en lo relativo a la regla de adjudicación y, finalmente, exponer la utilidad práctica que una regla de cambio brindaría en un contexto tal como el del ordenamiento jurídico internacional.

Creemos que el proyecto que reviste el Derecho Internacional como un sistema jurídico en evolución ha logrado hacerse de una regla de reconocimiento, lo cual resultará fundamental para el consecuente desarrollo de los pertinentes elementos de relevancia que hicieran a su funcionamiento. Atento a su dinámica (o al menos a la actual) creemos que una norma de cambio no resultaría de utilidad, así como que la existencia de una regla de adjudicación, no lograda hasta ahora, resultaría inminente en base a la constancia que ha demostrado la voluntad de la comunidad internacional en lo relativo a la constitución de medios de resolución de controversias con facultades cada vez mayores y con reglas cada vez mejor definidas.

En honor a la prudencia, y como se observa en el desarrollo del presente trabajo, es que venimos a admitir

que el ordenamiento internacional presenta una serie de elementos que podrían atentar contra su eficiencia e influencia como sistema jurídico sobre los sujetos de derecho internacional. Sin embargo no puede negarse que la estructura jurídica lograda por el ordenamiento ha alcanzado desarrollarse como sistema jurídico evolucionado que cuenta con una Regla de Reconocimiento, un incesante desarrollo en materia de Adjudicación y un sistema de producción jurídica alternativo al requerido por la Regla de Cambio, ofreciendo un panorama muy distinto al expuesto por Hart en 1961.

### Notas

1 Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, 1961, ps. 77 y ss. Todos los textos analizados en este trabajo fueron consultados en el idioma en que se expresa su título, las traducciones de los fragmentos son propias.

2 Publicado por primera vez en 1961.

3 Cañal, D. 2005. *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, p. 28.

4 Hart, H.L.A. *Op. Cit.*, p.89.

5 Hart, H.L.A. *Op. Cit.*, p.91.

6 Bulygin, E., "Sobre la regla de reconocimiento", en *Derecho, filosofía y lenguaje* (Homenaje a Ambrosio L. Gioja), Buenos Aires, 1976, p. 31.

7 Barberis, J.A. 1994. *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, p. 26.

8 Esto se torna más patente si tomamos en cuenta que Hart estudió (y en muchos elementos siguió) a John Austin. Sobre este punto véase Oppenheim L.F., *International Law, a treatise*, Londres, 1966, p. 7 y ss.

9 Nino, C.S., *Introducción al Análisis del Derecho* (2 ed. 14ª reimpresión), Buenos Aires, 2007, ps 106.

10 Es dable resaltar en este punto que Hart no otorga una definición acabada del concepto "Legal System". Véase Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1998, p. 139.

11 Similar resulta la postura de Austin, quien precediera a Hart y sostuvo en 1832 que *The positive moral rules, which are laws improperly so called, are laws set or imposed by general opinion. - A law set or imposed by general opinion, is merely the opinion or sentiment of an indeterminate body of persons in regard to a kind of conduct. - A brief statement of the analogy between a law proper and a law set or imposed by general opinion.* Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, 2001, p. 6.

12 Nino, C.S., *Op. Cit.*, ps 105 y ss.

13 Austin, J., *Op. Cit.* p. 171.

14 Hart, H.L.A. *Op. Cit.*, 228.

- 15 Hart, H.L.A. *Op. Cit.*, 92 y ss. Textualmente se expresa de la siguiente manera: *In a Developed legal system the rules of recognition are of course more complex; instead of identifying rules exclusively by reference to a text or list they do so by reference to some general characteristic possessed by the primary rules. This may be the fact of their having been enacted by a specific body, or their long customary practice, or their relation to judicial decisions.*
- 16 Artículo 38: 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.
- 17 Abierto a la firma en fecha 10 de diciembre de 1982 – Entrada en vigor en 16 de noviembre de 1994.
- 18 Artículo 293: 1. La corte o tribunal competente en virtud de esta sección aplicará esta Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella. 2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la facultad de la corte o tribunal competente en virtud de esta sección para dirimir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes convienen en ello.
- 19 ITLOS - *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)* Joint declaration of judges Caminos, Yamamoto, Park, Akl, Marsit, Eiriksson and Jesus; ITLOS - *The "Volga" Case (Russian Federation v. Australia)*, p 62 .
- 20 ITLOS - *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Declaration Of Vice-President Nelson; ITLOS - *The "Camouco" Case (Panama v. France)*, Dissenting Opinion Of Judge Wolfrum
- 21 *The "Camouco" Case (Panama v. France)* - Separate Opinion Of Vice-President Nelson
- 22 ITLOS – Case 17, Responsibilities And Obligations Of States Sponsoring Persons And Entities With Respect To Activities In The Area
- 23 ITLOS – Case 17, *op cit.* P. 57
- 24 Abierto a la firma en fecha 18 de marzo de 1965 – Entrada en vigor en 14 de octubre de 1966.
- 25 Article 42 (1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.
- 26 Schreuer, C.H., *The ICSID Convention: A Commentary*, New York, 2009, p. 618.
- 27 ICSID Case No. ARB/83/2 (AWARD) Liberian Eastern Timber Corporation [LETCO] (Claimant) v Republic of Liberia (Respondent).
- 28 *Un Estado en cuyo territorio ocurre una insurrección no se hace responsable por pérdidas o daños sufridos por los inversores extranjeros, a menos que pueda demostrarse que el Gobierno de ese Estado obligado a proporcionar el nivel de protección requerido, ya sea por un tratado o derecho consuetudinario en general, como en su caso.* ICSID Case No. ARB/87/3 (AWARD) Asian Agricultural Products Ltd. [AAPL] (Claimant) v. Republic Of Sri Lanka (Respondent).
- 29 ICSID Case No. ARB/97/3 (AWARD) Compañía de Aguas del Aconquija, S.A.& Compagnie Générale des Eaux, (Claimants) v. Argentine Republic (Respondent).
- 30 ILC - Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries. "Estos artículos buscan formular, a modo de codificación y desarrollo progresivo, las normas básicas del derecho internacional relativo a la responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. El énfasis está en las normas secundarias de responsabilidad del Estado: es decir, las condiciones generales de derecho internacional para el Estado sea considerado responsable de los actos ilícitos u omisiones, y las consecuencias jurídicas que de ella surjan. Los artículos no tratan de definir el contenido de la violación de las obligaciones internacionales de los que da lugar a responsabilidad. Esta es la función de las normas primarias, cuya codificación entrañaría la reformulación más del derecho internacional sustantivo, tanto consuetudinario como convencional."
- 31 Yuval S. - *No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary.* – European Journal of International Law, 20, p.73
- 32 Véase también el *Protocolo No. 11 a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*
- 33 Gutiérrez Posse H.T.D., *Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva*, Buenos Aires, 1995, p. 276 y ss.
- 34 Gutiérrez Posse H.T.D., *Op. Cit.* p. 278
- 35 Hart, H.L.A., *Op. Cit.*, p.89
- 36 "Jurisdiction of the European Commission of the Danube", Dissenting Opinion by M. Negulesco of December 8<sup>th</sup> of 1927; P.C.I.J., B Series – 14; p. 105. Negritas agregadas por el autor.
- 37 Foignot R., *Droit International Public (Douzieme Edition)*, Paris, 1928, p. 9; Lassa F.L. Oppenheim, *Op. Cit.*, p. 25 y ss.
- 38 Shaw, M.N., *Op. Cit.*, p. 60; Brownlie Ian, *Principles of Public International Law (Sixth Edition)*, Oxford, 2003, p. 7;
- 39 Bing Chen, *Custom: The Future of General State Practice in a Divided World*, publicado en *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, R. St. J. Macdonald – Douglas M. Johnston, The Hague, 1983, p. 536
- 40 Colombian-Peruvian Asylum case, Judgment of November 20th 1950 : I.C. J. Reports 1950, p. 266 y ss.
- 41 Brownlie I., *Op. Cit.*, p. 3
- 42 Véase A/RES/51/122
- 43 North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den.; F.R.G. v. Neth.), 1969 I.C.J. 3 (Feb. 20) p. 71 y ss.
- 44 Scharf M., *Seizing The "Grotian Moment": Accelerated Formation Of Customary International Law In Times Of Fundamental Change*, Cornell Int'l L.J., 43, p. 439, 2010.
- 45 Sobre este punto vease Goldsmith, J. & Posner, E., *The Limits of International Law*, Oxford, 2005, p. 3 y ss.; Low, P., *Interstate Relations in Classical Greece, Morality and Power*, Cambridge, 2007, p. 78
- 46 Hart, H.L.A., *Op. Cit.*, p. 231