

GUERRA Y PAZ EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993
UN ENFOQUE POSITIVISTA

Biblioteca de Derecho del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**Guerra y paz en la
Constitución de 1993
Un enfoque positivista**

Ricardo Vásquez Kunze

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

GUERRA Y PAZ EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993
UN ENFOQUE POSITIVISTA

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, marzo 2023
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2023-02713

ISBN: 978-612-4400-59-9
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Índice	7
Nota del editor	11
Prólogo	13
Introducción	15

Parte I

Teoría general positiva del Derecho Internacional Público

Capítulo I

Nociones fundamentales de Derecho

Ciencia y objeto	23
Teoría Pura del Derecho	24
La norma jurídica	24
La norma	24
Orden normativo	25
Orden natural	26
El carácter jurídico de una norma	28
La regla de Derecho	28
Acto ilícito y sanción	29
La responsabilidad jurídica	31
Obligación jurídica	32
La comunidad jurídica	33

Capítulo II

Naturaleza del Derecho Internacional Público

La técnica jurídica	35
La regla de Derecho en el orden jurídico internacional	37
Acto ilícito internacional	37

La sanción jurídica internacional	38
Las represalias	38
La guerra	39
<i>La guerra como estatuto específico</i>	40
<i>La guerra como acción específica</i>	40
<i>Bilateralidad y unilateralidad de la guerra</i>	40
<i>Criterio de distinción de licitud e ilicitud de la guerra</i>	41
La doctrina del <i>bellum justum</i>	42
Orígenes y evolución	43
Capítulo III	
Dominios de validez del Derecho Internacional Público y los problemas que se plantean	
Cuestión preliminar: la <i>Grundnorm</i> <i>pacta sunt servanda</i> como fundamento de la validez del Derecho Internacional Público	47
Dominio de validez del Derecho	50
La limitación e ilimitación de los dominios de validez de un orden jurídico como criterio de distinción entre el Derecho Internacional Público y el Derecho nacional	51
Dominio de validez limitado del orden jurídico nacional	51
Dominio de validez ilimitado del Derecho Internacional Público	52
<i>Dominio de validez espacial del Derecho Internacional Público</i>	52
<i>Dominio de validez temporal del Derecho Internacional Público</i>	53
<i>Dominio de validez personal del Derecho Internacional Público</i>	54
<i>Dominio de validez material del Derecho Internacional Público</i>	57
El problema de la soberanía en el Derecho Internacional Público	58
El problema de la responsabilidad jurídica internacional	61
La teoría general positiva del Derecho Internacional Público frente al problema de los derechos fundamentales del Estado	63

GUERRA Y PAZ EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993. UN ENFOQUE POSITIVISTA	9
---	---

Capítulo IV

El Derecho internacional y el Derecho nacional en su relación sistémica

La construcción dualista	67
La construcción monista	69
Construcción monista de la primacía del Derecho nacional	69
Construcción monista de la primacía del Derecho internacional	72

Parte II

El *ius belli ac pacis* en la Constitución Política de 1993. Concordancia con el Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 y la Carta de las Naciones Unidas

Capítulo I

Ubicación doctrinaria en materia de Derecho Internacional Público de la Constitución Política del Perú de 1993

Dualismo y monismo como sistemas de referencia posibles en materia de Derecho Internacional Público en la Constitución de 1993	77
Principios dualistas en la Constitución de 1993	78
Conflicto entre tratado y ley interna en la Constitución de 1993	79
El criterio de la supremacía del Derecho Internacional en la interpretación judicial	80
<i>La creación de efectos jurídicos como objeto de los tratados</i>	82
<i>Los efectos jurídicos creados por un tratado son regidos por el Derecho Internacional</i>	83
La hipótesis de colisión entre tratado y norma de Derecho interno a la luz de la interpretación judicial de la primacía del Derecho Internacional	84
El supuesto de conflicto entre tratados en la Constitución de 1993	87
Inaplicabilidad o derogatoria en caso de conflicto entre tratado y norma interna según la interpretación judicial de la primacía del Derecho Internacional	88
El criterio de la primacía del Derecho nacional en la interpretación judicial y sus consecuencias	89
<i>Tratados y orden jurídico nacional</i>	89
<i>El criterio de la constitucionalidad de las leyes</i>	90
<i>El principio de lex posterior derogat priori</i>	93
Síntesis	94

Capítulo II

Normas jurídicas internacionales reguladoras del *ius belli ac pacis* en la Constitución de 1993 dentro del marco de la doctrina de la primacía del Derecho Internacional

El Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 o Pacto Briand-Kellogg como fuente de obligaciones jurídicas internacionales	97
La obligación jurídica del Pacto de París	98
La legítima defensa internacional como excepción al principio de renuncia a la guerra en el Pacto de París de 1928	104
El Pacto Briand-Kellogg en el ordenamiento jurídico nacional peruano	108
El Pacto de París y la limitación del <i>ius belli ac pacis</i>	110
La Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945 y la prohibición general de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza como obligación jurídica internacional	111
La prohibición general	111
Las excepciones a la prohibición general	115
El empleo de medidas coercitivas sobre la base de una decisión del consejo de seguridad	115
El derecho de legítima defensa individual y colectivo	117
Análisis de la prohibición general del artículo 2 numeral 4 desde el punto de vista del positivismo jurídico	120
La Carta de la Organización de las Naciones Unidas en el ordenamiento jurídico nacional peruano	123
El artículo 118, inciso 16 de la Constitución Política del Perú a la luz de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945	124
Carácter anacrónico de la figura jurídica de la declaratoria de guerra en la Constitución Política de 1993	127
Concordancia entre el Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 y la Carta de las Naciones Unidas de 1945	129
Conclusiones/resumen	133
Bibliografía	137

NOTA DEL EDITOR

Cuando Ricardo Vásquez Kunze me sugirió la posibilidad de que nuestro Estudio publique en su *Biblioteca de Derecho* la obra *Guerra y paz en la Constitución de 1993. Un enfoque positivista*, no dudé un instante en aceptar.

En primer término porque conozco sobre la obra desde cuando Ricardo y yo éramos compañeros de estudios en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y los dos estábamos elaborando nuestras tesis.

En segundo lugar, porque tratándose de Ricardo —a mi entender, la mejor pluma de Lima— estaba seguro de que la obra revestiría un rigor académico de grado mayúsculo, lo que podrá fácilmente comprobar el lector.

En tercer término, porque tengo el mayor respeto personal e intelectual por Ricardo, quien es uno de los más notables periodistas de nuestra generación y ha tenido la excelente idea de publicar la tesis con la que optó el título de abogado, sobre un tema apasionante, el referido a la guerra y la paz, materia, lamentablemente, de tanta vigencia en nuestros tiempos.

La *Biblioteca de Derecho* de nuestro Estudio se siente honradísima al publicar esta obra, cuya autoría corresponde, además, a uno de mis mejores amigos: el Señor Ricardo Vásquez Kunze.

Lima, febrero de 2023
Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; presidente electo de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP) para el periodo 2022-2023; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. <www.castillofreyre.com>.

PRÓLOGO

Casi todas las constituciones del mundo tienen una norma referida a la declaratoria de guerra y firma de la paz. Sin embargo, desde la Segunda Guerra Mundial ya ningún Estado la declara, pese a que han existido innumerables conflictos bélicos desde 1945 hasta la fecha. Esto se debe, en gran medida, a que, desde la constitución de la Organización de Naciones Unidas, no solo la guerra como estatuto ha sido proscrita (lo había sido anteriormente con el Pacto de París de 1928), sino todo acto de agresión. Así, pues, estos últimos no han dejado de producirse para tragedia de los pueblos involucrados y la paz mundial, pero la guerra como institución jurídica ya no se invoca jamás. ¿Por qué, entonces, las constituciones la conservan aún en su normativa? ¿Tiene algún sentido jurídico? Ese es el tema de este libro que tiene por base mi tesis para obtener mi título profesional de abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. El hecho de que haya sido muy bien calificada por el exigente jurado constituido por los doctores Elizabeth Salmón, René Ortiz y César Valega^(*), ha sido lo que me ha alentado a publicarla. Debo advertir que el lenguaje utilizado es absolutamente técnico, siguiendo el ejemplo de Hans Kelsen, cuyo rigor y disciplina mental como científico de la ciencia jurídica fue mi inspiración para escribir este texto. Se ha actualizado en lo poco que se requería, dejando en esencia todo lo demás. Al final del texto se podrá encontrar veinticuatro conclusiones a modo de resumen. La más importante, a mi entender, es la que se refiere al anacronismo constitucional de la figura de la declaratoria de guerra y la firma de la paz por parte del Presidente de la República con autorización del Congreso. Desde el momento en que soplan vientos de reforma de nuestro texto constitucional de 1993, espero que este libro aporte al debate jurídico.

INTRODUCCIÓN

La relación jurídica entre guerra y Derecho ha sido desconocida o cuestionada durante siglos, no obstante, desde los principios de la civilización, la guerra ha sido invocada en razón del derecho de un Estado a hacerla, *ius belli ac pacis*, y este en razón de la justicia de la causa por la que se emprende: *bellum justum* o justa causa.

El desconocimiento o cuestionamiento de la relación jurídica entre guerra y Derecho se funda en la idea por la cual se niega al Derecho la capacidad o facultad de poder estudiar y explicar a partir de su ciencia el fenómeno de la guerra.

Como todo fenómeno, la guerra es un objeto de estudio de las ciencias. Por lo general han sido las ciencias políticas las que han reclamado para sí a la guerra como objeto de estudio, desechando al Derecho en virtud de que consideran que la guerra es la ruptura de un orden político constituido por entidades soberanas no sujetas a derecho alguno, y en tal virtud, no regulado por él.

Sin embargo, todo «orden político» no es más que un orden normativo, en razón de que lo que pretende ordenar no es otra cosa que las relaciones entre individuos, y estas solo son susceptibles de regularse mediante normas.

Ahora bien, todo «orden político» tiene por característica esencial ser un orden coercitivo, es decir, un orden que establece la coerción como medio para lograr sus fines. Así, estamos en presencia de un orden jurídico cuya característica esencial es la coercibilidad, de tal modo que, cuando se dice que la guerra es la ruptura de un «orden político», se dice que la guerra es la ruptura del Derecho: orden político y orden jurídico son en este sentido sinónimos.

El Derecho es, pues, el marco en el cual se manifiesta el fenómeno de la guerra, y en tal sentido, esta se constituye en un objeto de estudio de las ciencias jurídicas.

Admitida esta proposición como válida, una pregunta resulta lícita, a saber, cuál es el Derecho, cuál es el orden jurídico que la guerra quiebra con su manifestación.

Como quiera que se concede unánimemente que la guerra se manifiesta entre órdenes políticos independientes los unos de los otros, entre comunidades jurídicas distintas, es decir, entre Estados, se sigue por lo que se quiebra que ello no es un orden jurídico nacional o estatal sino un orden jurídico que regula las relaciones entre las distintas comunidades políticas del planeta: la guerra quiebra entonces el Derecho Internacional.

Llegados a este punto, se plantea el primer gran problema que este libro pretende contribuir a esclarecer, pues, la existencia de un tal Derecho Internacional ha sido frecuentemente puesta en entredicho, ya sea porque se le desconoce totalmente, ya sea porque se le concede un estatus «cuasi jurídico».

En tal sentido, creemos que la exposición de una teoría general positiva del Derecho Internacional Público se justifica académicamente, pues el desconocimiento del Derecho Internacional tiene como fundamento principal, la carencia, según varios autores, del requisito esencial del Derecho, a saber, la coercibilidad.¹ Así, tales críticos se sitúan implícitamente en el marco teórico del positivismo jurídico de Hans Kelsen, desconociendo que el propio Kelsen, en varios escritos que serán citados frecuentemente en el transcurso de este libro, dejó claramente establecido el carácter jurídico del Derecho Internacional Público, es decir, su carácter de orden normativo coercitivo.

Es solo dentro de los límites de una teoría general positiva del Derecho Internacional Público donde la guerra puede ser entendida y estudiada como un fenómeno exclusivamente jurídico desde el momento en que esta es concebida como dos de los supuestos fundamentales del Derecho: acto ilícito y sanción.

¿Qué significa que un acto cualquiera «quiebre» el Derecho, quiebre el orden jurídico? Significa que dicho acto tiene la calidad de ilícito.

¿Y qué implica para el responsable de un tal acto, la comisión del mismo? Implica que sobre tal responsable recaerá una sanción bajo la forma de un acto de coerción. Esto es en suma el Derecho: un conjunto de normas que asocia una sanción bajo la forma de un acto de coerción a un acto ilícito que es su condición.

Decir que la guerra es la ruptura del Derecho es decir que esta es un acto ilícito porque así lo ha establecido el propio Derecho quien ha previsto la correspondiente sanción bajo la forma de un acto de coerción: la guerra como sanción jurídica.

He aquí que se hace necesario saber si la guerra ha sido o es considerada por el Derecho Internacional Público como un acto ilícito condición de una sanción jurídica (guerra-sanción). Tal pesquisa debe realizarse en dos tiempos. El primero corresponde al período que va desde los inicios del mundo grecorromano hasta los principios del siglo XX, y un segundo tiempo que corresponde desde la segunda década del presente siglo hasta hoy.

1 El constitucionalista Enrique Chirinos Soto dice sobre este particular: «en cambio, tengo mis dudas de que a su vez el Derecho Internacional exista en cuanto tal Derecho. Le falta el elemento de la coactividad que, como decía Riva Agüero, es esencialísimo en el Derecho. El Derecho Internacional, es un embrión o conato de Derecho» (Chirinos, 1986, p. 230).

En el primer período todo parece indicar que sí existió la distinción entre guerra-acto ilícito y guerra-sanción jurídica, pues si hablamos de un *bellum justum*, si hablamos de una justa causa, admitimos también la idea de una causa injusta, siendo que, lo justo y lo injusto son categorías establecidas en función del Derecho. Así, una guerra injusta constituye una infracción del Derecho vigente, es decir, un acto ilícito contra cuyo responsable debe procederse a la aplicación de una sanción jurídica que no es otra que el *bellum justum*.

Es cierto que el *bellum justum* y la justa causa constituyen doctrinas filosófico-jurídicas, pero no es menos cierto que fueran doctrinas dominantes en el quehacer jurídico internacional desde su formulación temprana en épocas greco romanas hasta el siglo XVIII inclusive. Es razonable afirmar entonces que tales doctrinas llegaron a formar parte del Derecho Internacional Público, aunque debemos reconocer que esta postura es discutible.

Toda discusión posible sobre si las doctrinas del *bellum justum* y la justa causa llegaron a formar parte del Derecho Internacional Público resultan intrascendentes cuando, a partir de la segunda década del siglo XX, la guerra es proscrita expresamente por el Derecho Internacional a través de importantes tratados válidos para la gran mayoría de Estados del mundo, en especial, la Carta de las Naciones Unidas de 1945, esta última válida para todos los Estados del planeta en lo que se refiere al mantenimiento de la paz y seguridad internacional. La proscripción de la guerra por las normas jurídicas reseñadas hace de esta un acto ilícito internacional, condición jurídica para la aplicación de una sanción coercitiva contra el infractor de la norma.

El segundo gran problema que se nos presenta es saber si existe una relación jurídica entre las normas del Derecho Internacional Público que proscriben la guerra, en especial el Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 y la Carta de las Naciones Unidas, y el orden jurídico nacional peruano constituido por la Constitución Política de 1993. De existir tal relación, resulta pertinente analizar para cada caso cuál es esa relación jurídica.

He aquí el objeto del presente trabajo, a saber, analizar las implicancias jurídicas para el Estado peruano del artículo 118, inciso 16 de la Constitución vigente que prescribe la atribución presidencial de declarar la guerra y firmar la paz con autorización del Congreso, a la luz de las normas jurídicas reseñadas que prohíben la guerra considerándola como un acto ilícito internacional.

En síntesis, se trata de establecer jurídicamente si el Estado peruano tiene un *ius belli ac pacis* limitado o si este está limitado por las normas positivas del Derecho Internacional Público vigente, o bien, si el Estado Peruano carece en absoluto del *ius belli ac pacis*.

En la medida que no existen otros trabajos jurídicos que analicen el tema propuesto por el presente libro en el marco de la Constitución de 1993, la investigación propuesta adquiere plena justificación académica, pretendiendo aportar una contribución al estudio de la Constitución de 1993 en su normativa referida al Derecho Internacional Público y en especial al problema del *ius belli ac pacis*.

Para concluir con la presente introducción solo queda describir sucintamente el planteamiento temático de la investigación.

La obra ha sido dividida en dos partes. La primera parte constituye el marco teórico de la investigación, exponiendo en ella los principios de una teoría general positiva del Derecho Internacional Público que tiene por base los numerosos trabajos que Hans Kelsen desarrollara sobre este particular entre 1926 y 1960.

A su vez la primera parte se subdivide en cuatro capítulos.

El primer capítulo expone las nociones fundamentales del Derecho desde la óptica de la teoría pura del Derecho. Este capítulo tiene por objeto dejar claramente establecidas nociones tales como norma jurídica, regla del Derecho, acto ilícito, sanción jurídica, responsabilidad y obligación jurídica.

El segundo capítulo constituye la aplicación de las nociones fundamentales del Derecho a la problemática del Derecho Internacional Público. Este capítulo tiene por objeto establecer el carácter jurídico del Derecho Internacional, es decir, su carácter de orden normativo coercitivo. Tal carácter está en estrecha relación con la guerra como problema del Derecho Internacional, quedando esta definida en términos jurídicos como acto ilícito o sanción jurídica, a saber, los dos supuestos fundamentales del Derecho.

El tercer capítulo desarrolla la problemática de la validez de las normas de Derecho Internacional Público y del Derecho nacional o estatal en relación con el ámbito de aplicación de los mismos, criterio por el cual ambos derechos se diferencian claramente. Posteriormente se estudiarán diversos problemas que se derivan del ámbito de aplicación del Derecho internacional y del Derecho estatal, en especial, el problema referente a la soberanía estatal.

Por último, en el cuarto capítulo se exponen las distintas construcciones doctrinarias del Derecho Internacional y del Derecho nacional y la relación sistemática que existe entre estas, para luego compararlas con la teoría general positiva del Derecho Internacional Público.

La segunda parte de la investigación constituye la tesis del libro propiamente dicha, a saber, el estudio del *ius belli ac pacis* sancionado en el artículo 118, inciso 16

de la Constitución vigente y su análisis a la luz de las normas de Derecho Internacional Público sobre dicha materia.

La segunda parte se subdivide en dos capítulos.

El primer capítulo tiene por objeto ubicar doctrinariamente, en materia referida al Derecho Internacional Público, a la Constitución Política de 1993. La finalidad del proceso de ubicación doctrinaria está en estrecha relación con el trato jurídico que la Constitución de 1993 otorga al Derecho Internacional de los tratados, máxime si es a través de este que el *ius belli ac pacis* está jurídicamente regulado.

El segundo capítulo constituye un análisis jurídico de las normas contenidas en el Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 y a la Carta de las Naciones Unidas de 1945, desde el punto de vista de la teoría general Positiva del Derecho Internacional Público. Mediante este análisis se establecerá el carácter de acto ilícito de la guerra y las sanciones jurídicas de las que son pasibles los responsables de tal acto. Asimismo, se ubicarán las excepciones al principio de la prohibición general de la guerra sancionada en ambos tratados. Una vez realizado el estudio de estas dos normas jurídicas internacionales, se establecerá la relación jurídica existente con el orden jurídico nacional peruano, constituido por la Constitución de 1993, y la interpretación a la que debe someterse, a la luz de ambos tratados, el artículo 118, inciso 16 de la Constitución que sanciona el *ius belli ac pacis* en el orden jurídico nacional.

Una mención especial merece el aspecto de los autores citados en el transcurso de la investigación. La casi totalidad de las obras de autores extranjeros se encuentran en idioma francés o inglés. En estos casos, hemos querido ser lo más fiel posible en la traducción al castellano respetando la construcción gramatical como el sentido del texto original. Constituye para nosotros una cuestión de orgullo el haber podido traducir parte de la obra de tan insignes juristas y con ellos haber contribuido a la difusión de su pensamiento en nuestra lengua.

PARTE I

**TEORÍA GENERAL POSITIVA
DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

CAPÍTULO I

NOCIONES FUNDAMENTALES DE DERECHO

CIENCIA Y OBJETO

La ciencia tiene por objeto el conocimiento al cual esta se propone aprehender en su unidad. La unidad del conocimiento es, pues, el objeto de la ciencia general.

Esta unidad se expresa en un sistema de proposiciones hipotéticas que describen, explican y fundamentan dicha unidad.

La unidad del sistema reposa sobre una proposición a la que llamamos proposición hipotética fundamental y de la cual se derivan todas las demás proposiciones del sistema. La coherencia del sistema tiene su pilar en el principio lógico de identidad.

Un tal sistema es lo que se conoce como teoría general, pues la descripción, explicación y fundamentación de su objeto pretende ser universal, es decir, aspira a que su validez en tanto que teoría lo sea para todo tiempo y lugar.

Si como ya hemos visto, la unidad del conocimiento es el objeto de la ciencia general, una teoría que describa, explique y fundamente dicha unidad del conocimiento será una Teoría General del Conocimiento y habrá tantas como proposiciones hipotéticas haya.

El Derecho es una parte del conocimiento y como ciencia tendrá por objeto el conocimiento jurídico expresado en su unidad.

Una teoría que describa, explique y fundamente la unidad del conocimiento jurídico será una teoría general del Derecho.

El problema de a qué teoría general del Derecho nos adscribimos y porqué, es decir, de cual proposición hipotética fundamental partimos es lo que trataremos a continuación.

TEORÍA PURA DEL DERECHO

La ciencia del Derecho tiene por objeto la unidad del conocimiento jurídico. Cuando esta unidad del conocimiento jurídico es la expresión de la norma jurídica, es decir, cuando el Derecho tiene por objeto de conocimiento a la norma jurídica, estaremos en presencia de una Teoría Pura del Derecho o positivismo jurídico.

La proposición hipotética fundamental será entonces única y exclusivamente que la norma jurídica es el objeto de la ciencia del Derecho, o lo que es igual, que esta es el objeto de estudio de la ciencia jurídica y que, mediante su estudio, se describe, explica y fundamenta el Derecho como ciencia.

En esto radica la pureza de la teoría, a saber, independencia del objeto de estudio del Derecho por ella propuesto como hipótesis fundamental, de otros objetos de estudio propuestos por otras ramas del conocimiento científico (Kelsen, 1955, p. 8).

LA NORMA JURÍDICA

La norma jurídica es el objeto de estudio de la ciencia del Derecho según lo postula la Teoría Pura del Derecho. Es en ese sentido que abordaremos su estudio como proposición hipotética fundamental de tal teoría.

El método que aplicaremos para el estudio de la proposición hipotética fundamental será el de la descomposición de tal proposición en sus elementos fundamentales con el fin de analizarlos y a partir de allí, establecer las consecuencias que de ellas se deriven, es decir, establecer un sistema de proposiciones hipotéticas que describan, expliquen y fundamenten la unidad de tal sistema propuesto.

La norma

La norma jurídica está compuesta de dos elementos: la norma que es la base del concepto en cuestión, es decir, su sustrato o si se prefiere lo sustantivo del concepto; y lo jurídico que lo califica, especifica y delimita como concepto unitario.

La descomposición que a continuación se efectuará de los elementos del concepto norma jurídica tiene por fin ayudar a establecer las nociones fundamentales que a partir de esta se colijan, permitiendo de este modo conocer de manera científica los fenómenos positivos que se nos presentan como Derecho.

Toda norma tiene por función prescribir, prohibir, permitir y autorizar. El objeto de esta función, es decir, el objeto de prescribir, prohibir, permitir y autorizar

es la conducta humana. Toda norma entonces prescribe una conducta determinada, prohíbe tal otra, permite esta y autoriza aquella (Kelsen, 1955, p. 8). En síntesis, toda norma mediante su función establece un orden normativo.

Un orden normativo es un grupo o conjunto de normas que constituyen una unidad expresada en un sistema que se cohesiona alrededor de un postulado hipotético del cual se deducen todas las restantes normas del sistema. Así, si el postulado hipotético es «Dios existe y es la autoridad suprema», las normas que de él se deduzcan regularán las conductas de los hombres de acuerdo a este postulado hipotético. En este caso estaremos ante un orden normativo religioso, cuyo carácter radica en el criterio por el cual la conducta humana pretende ser regulada por dicho orden y que se establece por su postulado hipotético fundamental. De este modo, podemos tener asimismo un orden normativo moral, ético o jurídico cuyos postulados hipotéticos fundamentales determinarán el criterio por el cual la conducta humana pretende ser regulada.

Ahora bien, cada postulado hipotético fundamental tiene una estructura propia la cual es descrita por una regla determinada propia a la ciencia de que se trate. Así, una norma jurídica será descrita por una *regla de Derecho*.

El problema referente a qué es una regla de Derecho será tratado más adelante por razones metodológicas.

Hemos dicho que toda norma mediante su función establece un orden normativo. Se nos hace necesario precisar los alcances de un tal orden.

Orden normativo. Un orden normativo designa un sistema de normas, es decir, un grupo de normas que por una u otra razón forman una unidad (Kelsen, 1955, p. 15). Una norma no describe lo que de hecho pasa y debe necesariamente pasar sin excepción, sino que determina lo que debería pasar en función del tipo de normatividad de que se trate: religiosa, moral, jurídica, etc. Un tal orden es entonces condicional en razón de que la norma, al realizar su función de prescribir, prohibir, permitir o autorizar condiciona en tal o cual sentido la conducta humana, o si se prefiere, los actos de la conducta humana.

Cuando decimos que un tal orden condiciona la conducta humana en tal o cual sentido, decimos que esta debería ajustarse a las condiciones que establece la norma, aun si en los hechos esto no sucede.

El que los actos de la conducta humana no se ajusten a las condiciones que establece la norma no implica que este deje de existir. La norma como tal existe, su validez no se destruye por el hecho de que tal o cual conducta no se ajuste a su función.

«En el hecho de que su validez no sea alcanzada por la desobediencia a sus prescripciones, prohibiciones, permisos o autorizaciones, sea porque uno se abstiene de hacer lo que debería hacer, sea porque se hace lo que debería abstenerse de hacer, es en lo que consiste precisamente la existencia de las normas». (Kelsen, 1955, pp. 16-17)

Un orden normativo puede ser perfectamente válido aun si la realidad constituida por los actos de la conducta humana no se ajusta del todo al mismo. Son, pues, los actos, acciones o abstenciones de los hombres los que deberían ajustarse a las normas.

No todo orden tiene por característica ser normativo. Existe un orden natural o de la naturaleza del que nos proponemos hablar a continuación, pues su descripción y análisis resulta necesario para desvirtuar la teoría opuesta al positivismo jurídico.

Orden natural. Un orden natural no es un orden normativo, es decir, no tiene por función prescribir, permitir, prohibir o autorizar un acto de conducta humana.

Su función es otra bien distinta. Un orden natural describe un hecho o una serie de hechos. Constata que un hecho se produce o deja de producirse en virtud de leyes naturales. Por esto debe entenderse que los cuerpos físicos se someten en los hechos a las leyes naturales en virtud de una necesidad que no es sino la expresión del principio general de causalidad. Por este principio general de causalidad resulta que toda ley natural es una ley particular. En tal sentido, una ley natural expresa lo que efectivamente pasa de hecho y debe necesariamente y sin excepción pasar. De esto se sigue que resulta imposible que en el orden natural un cuerpo viole una ley de dicho orden. Así, tenemos que son las leyes naturales las que deben ajustarse a los hechos y no viceversa.

Podemos entonces afirmar que el orden natural no es otra cosa que el conjunto sistematizado de leyes naturales.

Sería extraño hablar en una tesis de Derecho de orden natural, como lo sería igualmente hablar de orden jurídico en una tesis de física si no fuese porque existe una doctrina de Derecho que postula que del orden natural puede deducirse un orden normativo. Tal doctrina es conocida con el nombre de *jusnaturalismo* o doctrina del derecho natural. (Kelsen, 1955, p. 98).

Según esta doctrina, el hombre tiene independientemente de todo orden normativo positivo establecido por actos humanos que, según el caso, puede ser un orden moral o jurídico, ciertos derechos que pueden ser deducidos de la naturaleza. Esto significa que a la naturaleza se le atribuye una voluntad que se expresa en el orden natural. Dicha voluntad tiene por característica ser una voluntad legisladora,

pues la naturaleza quiere que del orden natural que esta ha establecido, sean deducidos por los hombres ciertos derechos naturales.

Como el orden natural es inmutable, se sigue que los tales derechos que de él se deducen son también inmutables y su validez es para todo tiempo y lugar.

Es así que esta doctrina se convierte en una teoría general del Derecho que tiene como supuesto hipotético fundamental a la ley natural.

Según los postulados del jusnaturalismo racionalista, la naturaleza de la cual se deducen estos llamados derechos naturales es la naturaleza propia del hombre, y, más precisamente, de su razón.

Así, esta teoría establece la existencia de dos tipos de derechos. Los derechos innatos que no son sino los derechos naturales; y los derechos conferidos en razón de un orden normativo jurídico positivo. Estos tales derechos conferidos a los hombres por un orden normativo positivo solo justificarían su validez si se fundan en el orden natural, en razón de que este es válido para todo tiempo y lugar en virtud de su inmutabilidad, mientras que el primero, al ser fruto de la voluntad humana es contingente, es decir, varía según las circunstancias de tiempo y lugar y por ende no puede tener validez universal.

De esto resulta que todo orden normativo, para su validez, debe estar subordinado al orden natural, es decir, que todo orden normativo incluido el Derecho no tiene una validez objetiva, o lo que es lo mismo, que su validez no se funda en su propio sistema sino en otro ajeno a él.

Desde un punto de vista metodológico, la doctrina del derecho natural no resiste un análisis científico, pues no explica cómo de un hecho que se expresa bajo el enunciado de que «algo es o existe», se deduce una norma que se expresa bajo el enunciado de que «algo debe ser». Y es que no solo no lo explica, sino que desde un punto de vista lógico no puede explicarlo. Esto es así en razón de que lo que debemos entender científicamente por conocimiento de la naturaleza —y es mediante este conocimiento que según esta doctrina podemos deducir de la naturaleza un orden normativo— es el conocimiento de los hechos en su relación causal. Así, de la constatación de que un hecho es o existe o se produce, es decir, que según el principio de causalidad se produce necesariamente o probablemente, no se sigue nunca que dicho hecho u otro hecho deba ser, existir o producirse (Kelsen, 1955, p. 98).

Es imposible pasar por una deducción lógica del dominio de lo que es al dominio de lo que debe ser. «De la constatación de que los hombres se comportan de una manera determinada», nos dice Hans Kelsen (1955), «no se sigue nunca que los hombres deban comportarse de dicha manera o de otra, en el sentido de que

los hombres tendrían el derecho o la obligación de comportarse de esa manera» (p. 98). Así, es imposible deducir un derecho cualquiera de la naturaleza, nos sigue diciendo Kelsen (1955), ya que: «[...] el derecho de alguien supone la obligación de otro, y la naturaleza, como conjunto de hechos sometidos a la ley de causalidad, no impone ninguna obligación y, en consecuencia, no confiere ningún derecho a los hombres ni a otras criaturas vivientes» (p. 98).

De todo lo expuesto, resulta que la teoría del derecho natural carece de una estructura lógica pertinente puesto que de su premisa mayor no se infieren ni pueden inferirse las consecuencias que postula.

Hasta aquí todo lo referente al concepto de norma como tal. Lo que viene a continuación es el estudio del segundo elemento del concepto norma jurídica, es decir, de lo que califica a la norma jurídica.

El carácter jurídico de una norma

La norma jurídica es el objeto de estudio de la ciencia del Derecho según lo postula la Teoría Pura del Derecho y, consecuentemente, es también la proposición hipotética fundamental de tal teoría.

Toda proposición hipotética fundamental está estructurada de una forma determinada. Dicha estructura es descrita a su vez por una regla propia a la ciencia de que se trate.

En Derecho, la proposición hipotética fundamental es descrita por la regla de Derecho. La regla de Derecho es el tema que a continuación estudiaremos.

La regla de Derecho (Kelsen, 1969, p. 243). La regla de Derecho tiene por función describir a la norma jurídica. Tal descripción es realizada mediante juicios hipotéticos, es decir, que la regla de Derecho es un juicio hipotético. En tal razón, la regla o reglas del Derecho son formuladas por la ciencia del Derecho con el fin de describir su objeto. Estos juicios hipotéticos establecen la relación que debe existir entre acto ilícito y sanción. De este modo, la forma esencial de toda regla de Derecho es unir dos hechos: a) la conducta socialmente condenada (ilícito); b) la sanción. Dicha relación se expresa bajo el enunciado «debe ser», es decir que si un acto ilícito se produce, este será la condición para que deba producirse una determinada consecuencia, a saber, la sanción, independientemente de si esta de hecho se produce o no.

Esta relación se conoce con el nombre de imputación, pues se imputa un hecho (consecuencia jurídica o sanción) a otro hecho (condición jurídica o acto ilícito).

Esta imputación es arbitraria y, en tal sentido, no describe una relación real o física como lo hace el principio de causalidad en virtud de una necesidad causal (*das Müssen der Kausalität*) sino una relación hipotética que, a diferencia de la relación causal, requiere de un proceso del espíritu para su formulación. En tanto que relación hipotética, solo puede expresarse mediante el enunciado «debe ser», estableciendo de esta forma una necesidad normativa (*das sollen der zuechnung*). A esta necesidad normativa se le conoce en Derecho como principio general de imputación.

El hecho de que una sanción se produzca o no está fuera del alcance de la regla de Derecho, pues esta describe lo que debe pasar y no lo que de hecho pasa.

Cuando decimos de una sanción que esta debe producirse, no estamos diciendo otra cosa más que dicha sanción debe ser aplicada y con ello no hacemos sino expresar la idea de que si un acto ilícito es cometido, la aplicación de una sanción es conforme al Derecho.

Hemos dicho que la regla de Derecho describe a la norma jurídica, de donde resulta que regla de Derecho y norma jurídica son dos conceptos distintos.

Mientras que la regla de Derecho describe la relación expresada por el enunciado «debe ser» entre la condición y la consecuencia, dicha relación es establecida por una norma jurídica que emana de una autoridad jurídica.

Hasta aquí, el estudio referido a la regla de Derecho. A continuación, pasaremos a estudiar los actos establecidos por la norma jurídica entre los cuales se produce la relación normativa: acto ilícito y sanción.

Acto ilícito y sanción. Acto ilícito y sanción son dos hechos hipotéticos vinculados entre sí por una relación también hipotética, establecidos todos ellos por una norma jurídica. Veremos, en primer lugar, lo referido al acto ilícito.

El acto ilícito es un acto hipotético de conducta humana establecido y definido por una norma jurídica que hace de este la condición específica de una consecuencia jurídica, también hipotética, determinada asimismo por la norma jurídica.

En síntesis, un tal acto de conducta es solo un acto ilícito porque el derecho, o mejor, la norma jurídica, lo hace condición de una sanción. En tal sentido, la realización del acto ilícito no implica la violación del derecho o la violación de una norma jurídica ya que esta no se ve afectada en su existencia, es decir, en su validez por el hecho de que, habiendo prescrito una conducta determinada, en los hechos, se haya producido la conducta contraria. Así, «Desde el punto de vista de la teoría jurídica, un acto ilegal no es una violación o negación del derecho, sino una condición especificada por el mismo derecho» (Kelsen, 1986, p. 45).

La sanción es un acto que tiene por característica ser la consecuencia jurídica de otro acto que es su condición jurídica, ambas hipótesis establecidas por la norma jurídica.

En Derecho, o más precisamente, en la norma jurídica, la sanción se expresa bajo la forma de acto de coerción.

Entendemos por acto de coerción la amenaza o el empleo efectivo de la fuerza física por un órgano del orden jurídico establecido y autorizado para tal efecto por la norma jurídica. Así, Kelsen (1986) afirma que:

«El Derecho es una organización de la fuerza: aquel impone ciertas condiciones al uso de esta en las relaciones humanas. Autoriza el empleo de la fuerza, la práctica de actos coercitivos solo a ciertos individuos y únicamente en ciertas circunstancias». (pp. 33-34)

La sanción jurídica tiene por función producir un mal al individuo que no ajustó su conducta a la conducta prescrita y querida por la norma jurídica. En otros términos, en la hipótesis de que un individuo realice la conducta contraria a aquella prescrita por la norma jurídica, dicha conducta contraria debe acarrear un mal.

Este mal consiste en la pérdida de la vida, la libertad u otro bien del infractor. Cuando este mal consiste en la pérdida de la vida, la libertad o la salud estamos en presencia de una pena. Cuando el mal consiste en la pérdida de otro bien, estamos en presencia de una reparación.

En razón de que en Derecho la sanción jurídica se expresa bajo la forma de un acto de coerción, resulta que el Derecho es un orden normativo coercitivo. Este carácter coercitivo del orden normativo llamado Derecho es esencial para distinguirlo de otros órdenes normativos fundados sobre el principio de la obediencia voluntaria tales como la moral o la religión. Unos tales órdenes, o bien pretenden normar los actos de la conducta humana apelando a la razón, es decir, argumentando los beneficios de tal o cual conducta y los perjuicios de tal o cual otra, dejando a la conciencia o a la razón la libertad de aceptar sus juicios, y en tal caso, estaremos ante un orden moral en el cual, como dice Kelsen (1986):

«[...] con todo aún subsiste la enorme distinción entre Derecho y moral, que consiste en que la reacción del Derecho es una medida coercitiva socialmente organizada, establecida por el orden jurídico mismo, en tanto que la reacción moral contra la conducta inmoral no figura establecida por la norma moral, y aun en el caso de que se hallase establecida en esta, no está organizada en la sociedad». (p. 31)

Una segunda alternativa es la existencia de un orden normativo que sí prescribe una sanción como consecuencia de la infracción de un determinado acto puesto

como condición de esta, pero dicha sanción no tiene la forma de un acto de coerción socialmente organizado, sino que se realiza en un mundo trascendente, «hipotético», y en este caso estamos en presencia de un orden religioso:

«A este respecto, las normas religiosas se hallan más cercanas a las jurídicas que a las normas morales. Porque las normas religiosas amenazan al homicida con un castigo aplicado por una autoridad sobrehumana. Pero las sanciones estipuladas por las normas religiosas, tiene un carácter trascendental; no son sanciones impuestas por la organización social aun cuando estén previstas en el orden religioso». (Kelsen, 1986, pp. 31-32)

En cualquiera de los dos casos, ya sea en un orden moral o en uno religioso, el mal que produce la sanción contra el individuo infractor no acarrea bajo ninguna circunstancia la pérdida de la vida, la libertad u otro bien del infractor que solo pueden producirse mediante un acto de coerción.

Cuando la sanción prescrita por una norma moral o una norma religiosa se expresa bajo la forma de un acto de coerción, ya no estamos en presencia de una norma moral o religiosa, sino que nos encontramos ante una norma jurídica característica. Sus contenidos podrán ser morales o religiosos, pero son definitivamente normas jurídicas.

Por el contrario, si a la sanción jurídica se le quitase su forma coercitiva, ya no estaríamos en presencia de una norma jurídica, sino, según el caso, ante una norma moral o religiosa o de cualquier otra índole.

La responsabilidad jurídica. Un individuo o grupo de individuos son responsables jurídicos de un acto ilícito cuando la sanción, consecuencia jurídica de dicho acto ilícito, debe ser dirigida contra él o ellos.

El solo hecho de que la sanción jurídica sea dirigida contra alguien basta para que ese alguien sea el responsable jurídico de un acto ilícito. Esto quiere decir que no interesa que el individuo haya cometido por sí mismo el acto ilícito, sino que basta que la norma jurídica dirija contra él la sanción para que se convierta en responsable jurídico del acto ilícito.

De esto resulta que tenemos dos tipos de responsabilidad jurídica. La primera, una responsabilidad jurídica individual, es decir, cuando la sanción debe recaer sobre el autor del acto ilícito: esta responsabilidad individual es una responsabilidad que se funda esencialmente sobre la falta.

Una responsabilidad por falta implica que el acto ilícito condición de la sanción que es su consecuencia, se ha producido intencionalmente o por la negligencia, pues estos dos factores solo pueden estar en función de la conducta del autor del

acto ilícito. Pero también puede suceder que el autor del acto ilícito lo haya cometido sin intención ni negligencia de su parte y aun así una sanción deba ser dirigida contra él convirtiéndolo en responsable jurídico del acto ilícito por él cometido. En este caso, estamos hablando de una responsabilidad absoluta, pues el autor del acto ilícito no puede liberarse de la sanción, es decir, de su responsabilidad, alegando falta de intención o negligencia.

De otro lado, cuando la sanción debe recaer no contra el autor del acto ilícito sino contra otros individuos que no han participado en la comisión del acto ni directa ni indirectamente, estamos hablando de una responsabilidad por acto de otro.

Cuando estos individuos ajenos a la comisión del acto ilícito pero señalados por la norma jurídica como responsables, pues sobre ellos dirige la sanción, pertenecen al mismo grupo social que el autor del acto ilícito estaremos frente a una responsabilidad colectiva que no es más que una especie de la responsabilidad por acto de otro. Así, «la sanción se aplica a la comunidad a la cual pertenece el autor del acto ilegal; toda ella es responsable del comportamiento antijurídico, puesto que toda la comunidad según este punto de vista colectivista, ha cometido el delito» (Kelsen, 1986, p. 47).

La responsabilidad colectiva es esencialmente una responsabilidad absoluta, pues la sanción es dirigida contra un grupo de individuos ajenos a la comisión del acto ilícito, a pesar de la ausencia de toda intención o negligencia de su parte. Su responsabilidad es, pues, absoluta y la responsabilidad colectiva siempre tiene ese carácter en relación con los individuos responsables.

El tema de la responsabilidad debe distinguirse claramente del tema de la obligación jurídica que a continuación estudiaremos.

Obligación jurídica. Cuando un comportamiento es la condición específica de una sanción, el comportamiento contrario es el contenido de una obligación jurídica, o en otros términos, un hombre está jurídicamente obligado a conducirse de una manera determinada cuando una sanción es prevista para la conducta contraria (Kelsen, 1956, p. 17).

Esto quiere decir que una obligación jurídica solo existe si una sanción jurídica es prevista para la conducta contraria a aquella que es su condición.

Expresado en términos de regla del Derecho tenemos lo siguiente: una regla primaria que prescribe una sanción a condición de que se realice un acto de conducta humana determinado (acto ilícito), y una regla secundaria que se deduce de la regla primaria y que prescribe un imperativo, una orden de conducirse contrariamente a la conducta condición de la sanción. Esta regla secundaria se deduce en

razón de que si la sanción jurídica no fuese la consecuencia de un comportamiento dado, esto significa que tal comportamiento está permitido, pues no está prohibido y, en consecuencia, es un derecho potestativo el comportarse o no de tal forma, lo que quiere decir en síntesis que no hay obligación de comportarse de tal forma.

De todo lo dicho, podemos afirmar que un individuo puede estar obligado solo a conducirse él mismo de una manera determinada, es decir, no puede obligársele a que otro individuo se conduzca de tal o cual manera. Esta es la diferencia fundamental que existe en relación a la responsabilidad, pues un individuo puede ser responsable tanto de su propia conducta como de la de otro.

LA COMUNIDAD JURÍDICA

Hemos afirmado que un orden normativo es un grupo o conjunto de normas que constituyen una unidad expresada en un sistema que se cohesiona alrededor de un postulado o supuesto hipotético fundamental del cual se deducen todas las restantes normas del sistema.

Cuando este supuesto hipotético dice que la norma jurídica es el objeto de estudio de la ciencia del Derecho, estaremos en presencia de un orden normativo de carácter jurídico, es decir que los actos de la conducta humana que todo orden normativo pretende regular lo serán a partir de un criterio jurídico establecido por el supuesto hipotético fundamental el cual es descrito por una regla o reglas propias a dicho orden y que en nuestro caso será la regla de Derecho.

Un orden normativo jurídico será entonces un grupo de normas jurídicas que constituyen una unidad. Esta unidad de las normas de un sistema jurídico constituye a su vez una comunidad jurídica, es decir, un conjunto o grupo de individuos sometidos solo a un mismo orden jurídico que regula la conducta recíproca de dichos individuos.

De esto resultan dos posibilidades. La primera implica la existencia de una comunidad jurídica nacional constituida por un orden jurídico nacional, es decir, un grupo de individuos sometidos única y exclusivamente a dicho orden jurídico nacional. En este caso, estamos en presencia del Estado como fenómeno de derecho. El Estado no vendría a ser más que la personificación de un orden jurídico determinado, personificará, pues, la unidad de un orden jurídico.

Así, la comunidad jurídica constituida por el Estado le estaría sometida única y exclusivamente a él.

El hecho de abordar el problema de la comunidad jurídica desde un punto de vista nacional implica la pluralidad de comunidades jurídicas en razón de la existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos. En este sentido, resulta imposible

fundar la unidad teórica de todo lo jurídico que constituye el objeto de la ciencia del Derecho.

La segunda posibilidad implica analizar el problema de la comunidad jurídica desde un punto de vista internacional.

La existencia de una comunidad jurídica internacional está constituida por un orden jurídico internacional o Derecho Internacional Público al cual la comunidad jurídica por él constituida le estaría única y exclusivamente sometida.

El hecho de abordar el problema de la comunidad jurídica desde un punto de vista internacional implica la unidad de la comunidad jurídica en razón de la unidad del orden jurídico. De esta forma, se funda la unidad teórica de todo lo jurídico como objeto de estudio de la ciencia del Derecho.

El problema que se nos plantea entonces será saber si este orden jurídico internacional o Derecho Internacional Público al cual hemos hecho mención, oponiéndose al Derecho nacional o estatal, puede ser descrito al igual que este por reglas del Derecho, es decir, por un esquema de proposiciones hipotéticas que establecen que si se dan tales o cuales condiciones, tal o cual acto de coerción debe ser ejecutado. Si y solo si bajo esta forma es posible describir el orden normativo que funda una comunidad jurídica cuya conducta recíproca es regulada solo por dicho orden normativo, este podrá calificarse de jurídico, es decir, de Derecho.

Saber si el llamado orden jurídico internacional o Derecho Internacional Público posee teóricamente calidad jurídica es lo que a continuación examinaremos.

CAPÍTULO II

NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

LA TÉCNICA JURÍDICA

Sabemos que un orden jurídico constituye una comunidad jurídica, es decir, un grupo o conjunto de individuos sometidos solo a un mismo orden jurídico que regula la conducta recíproca entre los miembros de la comunidad.

La regulación de la conducta recíproca entre los miembros de una comunidad jurídica está en función de la técnica jurídica que se emplee para llevar a cabo dicha regulación.

La técnica jurídica será evolucionada cuando la ejecución de la sanción es centralizada, es decir, cuando un órgano especial de la comunidad jurídica, según el principio de la división del trabajo, determina la comisión de un acto ilícito y, en consecuencia, ejecuta la sanción prevista contra el responsable jurídico establecido por la norma jurídica. La sanción se realiza mediante el uso de la fuerza física reservado exclusivamente a la comunidad quien determina las condiciones para su uso, es decir, determina cómo debe usarse dicha fuerza física y quién debe ser su agente. A esto se le conoce como monopolio de la fuerza en favor de la comunidad jurídica. Un tal monopolio implica que la comunidad jurídica constituida por el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales la fuerza puede ser legítimamente empleada.

Cuando este monopolio de la fuerza física tiene por agentes a órganos especializados según el principio de la división del trabajo, tendremos un monopolio de la fuerza centralizado en favor de la comunidad.

Nos dice Kelsen que recurrir a la fuerza en tales condiciones es conforme al Derecho, teniendo la fuerza dentro de la regla de Derecho, el carácter de sanción. Si la fuerza es empleada en otras condiciones, nos sigue diciendo Kelsen, estamos en presencia de un acto ilícito. Así, en Derecho, el empleo de la fuerza física es de modo general un acto ilícito o una sanción.

Cuando la técnica jurídica es evolucionada, es decir, cuando la ejecución de la sanción es centralizada al igual que el monopolio de la fuerza en favor de la comunidad, estamos por lo general en presencia del Estado u orden jurídico nacional.

De otro lado, la técnica jurídica será Primaria cuando la ejecución de la sanción es descentralizada, es decir, cuando los individuos cuyos intereses han sido lesionados por un acto ilícito, es decir, las víctimas directas o indirectas del acto ilícito, actuando como órganos de la comunidad jurídica, determinan por sí y ante sí la comisión del acto ilícito y, en consecuencia, ejecutan la sanción prevista por el orden jurídico al cual pertenecen. Esto es lo que se conoce como *vendetta* y cuyo carácter jurídico es innegable, pues la víctima directa o indirecta de un acto ilícito, al momento de aplicar la sanción prevista por el orden jurídico, no se convierte a su vez en autor y responsable jurídico de otro acto ilícito ya que actúa en función de órgano de la comunidad jurídica. Es en este orden de ideas que Kelsen (1955) nos dice que:

«Si el pariente de un individuo asesinado se venga matando al asesino o a uno de sus parientes, no es a su vez un asesino, no viola el derecho, sino más bien lo aplica, pudiendo de este modo considerársele como un órgano de la comunidad constituida por el derecho». (p. 24)

Queda claro que esta víctima directa o indirecta de un acto ilícito no es un órgano especializado de la comunidad según el principio de la división del trabajo, pero su función es determinada por el orden jurídico (Kelsen, 1955, p. 24).

De este modo, al hacer uso de la fuerza como órgano de la comunidad jurídica no hace otra cosa que aplicar el Derecho.

Podemos distinguir entonces, incluso la técnica jurídica primaria, entre empleo lícito e ilícito de la fuerza física y, si esto es cierto, tendremos también en este caso un monopolio de la fuerza en favor de la comunidad, pues el orden jurídico que la constituye determina tanto las condiciones para su uso como los agentes encargados de emplearla.

La institución del monopolio de la fuerza en favor de la comunidad jurídica es, pues, la característica o naturaleza del Derecho.

Cuando la técnica jurídica corresponde a la de la *vendetta*, es decir, cuando la ejecución de la sanción es descentralizada al igual que el monopolio de la fuerza en favor de la comunidad, estamos en presencia de un derecho primitivo que es el caso del Derecho Internacional Público hasta antes de la constitución de la Organización de Naciones Unidas.

LA REGLA DE DERECHO EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL

Sabemos que la regla de Derecho describe a la norma jurídica mediante juicios hipotéticos que establecen que si se dan tales o cuales condiciones, tal o cual acto de coerción debe ser ejecutado.

A estas condiciones se les llama acto ilícito y a la consecuencia que resulta de su realización se le llama sanción.

Acto ilícito y sanción son los elementos fundamentales de la norma jurídica descrita en su relación por la regla de Derecho.

Saber si la regla de Derecho puede describir los fenómenos comúnmente conocidos como Derecho Internacional Público es lo que a continuación estudiaremos.

Acto ilícito internacional

Se concede generalmente que acto ilícito internacional es un «comportamiento de los Estados» contrario a un sistema de normas que prescriben, permiten, prohíben o autorizan actos de Estados en su relación con otros Estados, con instituciones de estatus internacional e inclusive con individuos sometidos o no a su imperio. (Kelsen, 1955, p. 24)

Ya ha quedado establecido que el Estado no es otra cosa más que la personificación de un orden jurídico específico expresado en su unidad, orden jurídico al que llamaremos nacional.

Sabemos también que todo orden jurídico nacional, a su vez, prescribe, permite, prohíbe o autoriza actos de conducta humana.

Resulta evidente que actos de comportamiento o de conducta solo pueden serlo de individuos, personas físicas o naturales. A estos es a los que se dirigen en última instancia toda prescripción, permisibilidad, prohibición o autorización.

Al decir que el acto ilícito internacional es un «comportamiento de los Estados» contrario al Derecho Internacional, estamos diciendo en puridad que es un comportamiento de los individuos con calidad de órganos estatales y actuando como tales, contrario al orden jurídico internacional.

Estos actos de Estado contrarios al Derecho Internacional Público son todos aquellos que se caracterizan por causar un daño, ya sea a otro Estado, a una comunidad de Estados e incluso a instituciones de estatus internacional e individuos.

Otro acto contrario al orden jurídico internacional es el de no reparar el daño causado.

De esto resulta para los Estados dos obligaciones que prescribe el Derecho Internacional Público: una obligación primaria de no causar daño y otra obligación, que llamaremos secundaria, que se deduce de la primaria y que es, reparar el daño causado.

Para que el comportamiento de no causar daño y el de reparar el daño producido sean el contenido de una obligación jurídica deben ser necesariamente el comportamiento contrario a aquel que es una condición de una sanción manifestada bajo la forma de coerción.

Si esta sanción coercitiva no existiese en Derecho Internacional no existiría ni acto ilícito internacional, ni obligación jurídica internacional.

Su existencia se hace, pues, necesaria para hacer del orden normativo internacional un orden jurídico, es decir, un Derecho en todo el sentido de la palabra.

La sanción jurídica internacional

Toda sanción jurídica es la consecuencia de un acto que es su condición y al que denominamos acto ilícito.

Toda sanción jurídica se expresa bajo la forma de un acto de coerción. Esto es lo que hace del Derecho un orden coercitivo.

La sanción jurídica internacional será la consecuencia de un acto ilícito que es su condición o, si se quiere, la reacción contra un acto que cause un daño y que no repare dicho daño.

Siendo incluso más específicos, la sanción jurídica será la reacción contra el acto de los Estados de no reparar un daño causado por estos, pues si dicho daño es reparado por su autor, no habría sanción.

Como hemos dicho, la sanción jurídica debe expresarse bajo la forma de un acto de coerción y, en Derecho Internacional, se pueden distinguir dos tipos de sanción que cumplen con la característica de la coercibilidad y, en consecuencia, constituyen sanciones jurídicas internacionales.

Estas son, las represalias y la guerra.

Las represalias. Las represalias son todos aquellos actos, de Estado o de alguna organización internacional que posea el monopolio de la fuerza armada, que se

manifiestan bajo la forma de una intervención limitada en la esfera de intereses de otro Estado u Estados, estando dicha esfera de intereses protegida por el Derecho Internacional.

En síntesis, las represalias son la privación forzada de ciertos bienes protegidos solamente por el Derecho Internacional (Kelsen, 1962, pp. 124-137).

Como estamos hablando de las represalias como sanción jurídica internacional, es decir, como reacción contra un acto ilícito internacional, se supone que el Estado o grupo de Estados a los que va dirigida han causado un daño o no lo han reparado y, en consecuencia, el Derecho Internacional que, hasta antes de producirse el daño causado por este Estado o grupo de Estados protegía su esfera de intereses, les levanta dicha protección y autoriza una intervención de carácter limitada en la esfera de intereses del Estado responsable del acto ilícito.

En lo que se refiere a quiénes son los autorizados por el Derecho Internacional Público a efectuar la represalias, se concede por lo general que es el Estado afectado por el daño, así como también la comunidad internacional en su conjunto, pues puede darse el caso, como en efecto ocurre, que el Estado afectado por el daño producido por otro Estado no tenga el poder coercitivo suficiente para imponer la sanción, lo que dejaría sin efectos la sanción.

Hemos dicho que las represalias son una intervención limitada en la esfera de intereses de otros Estados. Para que estemos ante una sanción jurídica, esta intervención debe tener un carácter coercitivo. En tal sentido, esta intervención puede ser armada, en cuyo caso se presentaría el problema de poder distinguirla de la guerra, o bien, no armada como podría ser confiscación de bienes en el exterior del Estado responsable, congelación de cuentas bancarias, embargo, etc. Ya sea que la intervención sea armada o no armada, esta siempre tiene que ser proporcional al acto ilícito cometido por el Estado hacia el cual va dirigida. Toda represalia que no es una reacción contra un acto ilícito internacional es un acto ilícito internacional.

La guerra. La guerra es todo acto de intervención armada ilimitada de un Estado en la esfera de intereses de otro Estado u Estados generalmente protegida por el Derecho Internacional Público. En síntesis, en principio, la guerra es una privación de todos los derechos de un Estado (Kelsen, 1962, pp. 124-137).

Al circunscribir a la guerra como sanción jurídica de un acto ilícito internacional, el Derecho Internacional levanta la protección jurídica a la esfera de intereses del Estado responsable del acto ilícito internacional, autorizando a intervenir ilimitadamente en su esfera de intereses.

La guerra como estatuto específico. La guerra es considerada comúnmente como un estatuto específico o estado específico o situación específica, que corresponde a lo que en Derecho Internacional se conoce como estado de guerra.

Decir que existe un estado de guerra entre dos o más Estados, es decir simplemente que son aplicables y deben ser aplicadas las normas de Derecho Internacional Público que determinan los derechos y las obligaciones de los beligerantes y los neutros, en síntesis, las normas del derecho de guerra.

La guerra como acción específica. El estatuto específico o estado específico solo puede ser tal si es que es resultado de una acción específica, a saber, un acto de guerra.

Estos actos de guerra tienen que necesariamente ser actos de coerción que comprometan el uso de una fuerza armada.

Nos dice Kelsen (1955) que, desde el punto de vista del Derecho Internacional General, el hecho más importante es recurrir a la guerra, es decir, recurrir a una acción y no a un estatuto específico (p. 36).

Solo el hecho de que se produzcan actos de guerra desencadena como consecuencia, la aplicación de todas las normas de Derecho Internacional que determinan los derechos y obligaciones de los beligerantes y los neutros.

Una simple declaración de entrar en guerra con tal o cual Estado, o de considerarse en guerra con tal o cual otro, no implica la vigencia de todo el derecho de guerra si es que tal declaración no es acompañada por actos de guerra.

En síntesis, para que deban aplicarse todas las normas del Derecho Internacional general que determinan los derechos y obligaciones de los beligerantes y los neutros que implican que se esté ante una situación de guerra es necesario que se produzcan entre un Estado y otros actos de guerra. Solo cuando estos se produzcan, estaremos en presencia de lo que en sentido estricto se denomina guerra en Derecho Internacional Público.

Bilateralidad y unilateralidad de la guerra. Desde el punto de vista de la doctrina clásica del Derecho Internacional Público se postula que la guerra sería una acción específica bilateral.

Por otro lado, la teoría del Derecho Internacional Público postulada por Hans Kelsen (1955) propone lo contrario, es decir, que la guerra como acción específica le basta con ser una acción unilateral (pp. 36-37).

En realidad, no hay tal dicotomía. Bilateralidad y unilateralidad solo pueden concebirse en función de las partes involucradas y en función de cuántas de esas partes hacen uso de la fuerza armada, es decir, ambas no están en función del mismo elemento.

Así, tenemos que la acción específica del acto de guerra será bilateral en función de las partes que intervienen en el conflicto armado, es decir, que para que estemos ante una guerra, estos actos de guerra involucrarán la presencia de por lo menos dos Estados en conflicto.

A su vez, la acción específica será unilateral en función de la cantidad de partes que hagan uso de la fuerza armada, es decir, en función de lo que caracteriza al acto de guerra como tal, al hecho que la intervención sea armada. En este caso podemos distinguir dos alternativas. En la primera, se realiza una acción armada (guerra) que genera como consecuencia una reacción armada (contra guerra). En este caso estamos en presencia de un conflicto armado bilateral, pues las dos partes del conflicto han recurrido a las armas.

En la segunda alternativa, se trabaja con la siguiente hipótesis, a saber, se realiza una acción armada (guerra) pero esta no genera una reacción del mismo tipo, es decir, armada, sino otra reacción cualquiera. En este caso estamos ante un conflicto armado unilateral, en razón de que las armas, la intervención armada, es realizada solamente por una de las partes en conflicto.

Como se ve, si circunscribimos la acción específica a la bilateralidad en función del modo de la intervención, estaríamos excluyendo la segunda alternativa y, en consecuencia, estaríamos afirmando que cuando se produce una intervención armada de una sola parte, no estamos en presencia de la acción específica o acto de guerra y, consecuentemente, no tienen por qué aplicarse las normas del Derecho Internacional Público que determinan los derechos y obligaciones de los beligerantes y los neutros. De ahí que Kelsen (1955) afirma que solo es necesario un acto de guerra, es decir, que la acción específica se produzca por intermedio de una sola parte contra aquella a la cual va dirigida esta acción específica, para que, sin necesidad de mediar una reacción bajo los mismos términos, deban aplicarse todas las normas del derecho de guerra, lo que significa la existencia de una guerra en el sentido del Derecho Internacional (pp. 36-37).

Criterio de distinción de licitud e ilicitud de la guerra. El criterio para distinguir la licitud o ilicitud de una guerra pasa por el hecho de distinguir la guerra de la contra guerra.

La guerra será entendida siempre como acción, y la contra guerra como reacción contra dicha acción.

Una guerra puede según el caso ser lícita o ilícita.

Será lícita cuando constituye una sanción contra un acto ilícito internacional, definido como tal por el Derecho Internacional Público.

Será ilícita cuando sea la condición de una sanción internacional, es decir, cuando constituya un acto ilícito internacional.

De otro lado, la contra guerra puede a su vez ser lícita o ilícita.

Será lícita, cuando se produzca bien como sanción contra un acto ilícito internacional, que en su caso vendría a ser la guerra contra la cual reacciona, en cuyo caso sería necesario el ánimo o la posibilidad real de sancionar, o bien, cuando se produce tan solo como legítima defensa internacional, al menos durante el tiempo en que la reacción armada tenga un carácter defensivo.

La contra guerra será ilícita siempre que se produzca como reacción armada a una sanción internacional. En tal caso, una tal contra guerra jamás podrá considerarse por el Derecho Internacional como legítima defensa internacional, pues toda legítima defensa, como derecho, está limitada a la defensa contra una agresión ilícita.

En síntesis, tal como afirma Kelsen (1955), si no se hiciese una distinción entre guerra y contra guerra nos encontraríamos en la situación de tener que afirmar que la guerra es a su vez lícita e ilícita, lo que resulta una contradicción, y el derecho como ciencia no admite contradicciones (p. 38).

LA DOCTRINA DEL *BELLUM JUSTUM*

La tesis que hemos venido exponiendo acerca de la licitud e ilicitud según el caso particular de la guerra, implica que esta, en principio, está prohibida por el Derecho Internacional Público.

Cuando el Derecho Internacional la permite, lo hace solo a título de reacción contra un acto ilícito internacional, es decir, a título de sanción contra el responsable jurídico.

En tal sentido, la guerra no es un acto ilícito sino un acto lícito emprendido ya sea por la víctima inmediata del acto ilícito o por la comunidad internacional en su conjunto.

Tal es, sucintamente, la teoría del *bellum justum*.

Orígenes y evolución

La doctrina del *bellum justum* tiene su origen en la sociedad primitiva constituida por un derecho primitivo. En este, la guerra era concebida tan solo como un acto de venganza dirigido contra un grupo social responsable de un daño.

Tal grupo social debía ser ajeno, extraño, «extranjero» en relación al grupo víctima del daño, pues en caso contrario, el daño se produciría dentro del mismo grupo social y la vendetta-sanción no constituía una guerra propiamente dicha.

La víctima del daño podía ser el grupo en su conjunto o una parte de él.

Al estar las sociedades primitivas constituidas por un derecho primitivo cuya característica es la descentralización en la administración de justicia y en la ejecución de las sanciones, es decir, que la víctima de un daño, actuando como órgano de la comunidad, determina la comisión de un acto ilícito que le acarrea un daño y, en consecuencia, ejecuta la sanción prevista por el orden jurídico, este derecho primitivo descentralizado que constituye a cada sociedad primitiva en particular guarda el mismo carácter descentralizado en su proyección con otros grupos sociales, de tal modo que cada grupo social decide si se ha cometido un daño y ejecuta la sanción que por costumbre suele emplearse en estos casos.

Independientemente del carácter descentralizado de la determinación del daño producido por un acto y de la ejecución de la respectiva sanción, no hay que perder de vista que el principio del *bellum justum* se mantiene inalterable, a saber, tiene que producirse un daño que exige por parte del afectado una sanción.

De esta concepción de vendetta internacional por parte de las sociedades primitivas se derivan las concepciones de los griegos y romanos.

Para los primeros, toda guerra emprendida contra otro pueblo debía tener necesariamente una causa determinada, causa que constituya una justificación válida y suficiente.

De no respetarse estos principios, la guerra será injusta y los dioses no serán propicios para el éxito de una tal guerra.

De la concepción romana sobre la guerra, la más representativa es la de Cicerón, quien dice que toda guerra emprendida por venganza (reparación de un daño) o por defensa constituyen actos lícitos, *a contrario sensu*, toda guerra emprendida fuera de estas dos condiciones constituirá un acto ilícito. Dice Cicerón (1946):

«[...] las Leyes Feciales de Roma consignaron escrupulosamente los principios que se requieren para considerar justa una guerra. Los dos primeros que

exigen son que la guerra vaya siempre precedida de una declaración formal, *y se haga una denuncia previa de los derechos violados*». (p. 55)

Así, pues, en una guerra existen dos partes: la ofendida, es decir, aquella cuyos derechos fueron violados; y la ofensora, aquella que violó los derechos de la otra parte. La guerra será justa y lícita cuando esta se realice como reparación de los agravios sufridos, es decir, como vendetta, Cicerón (1946) deja claro este punto cuando dice refiriéndose a la guerra: «Hay asimismo obligaciones que debemos cumplir *aun para con aquellos que nos han hecho un agravio, pues el castigo y la venganza tienen sus límites*» (p. 54).

Tito Livio (1963) corrobora lo dicho por Cicerón cuando hace referencia a la fórmula de la declaración de guerra en época de la monarquía:

«Escucha, Júpiter, y tú, Jano Quirino, y todos los dioses celestiales, y vosotros, dioses de la tierra y de los infiernos: yo os pongo por testigos de *que tal pueblo* (aquí, el nombre del pueblo de que se trate) *es injusto y no da las satisfacciones debidas*. Pero sobre esto *consultaremos* en la patria *de qué modo podremos reivindicar nuestros derechos* [...] *acerca de los objetos, ofensas y causas que el Pater Patratus del pueblo romano de los quirites ha reclamado al Pater Patratus del antiguo Lacio y a los antiguos latinos y a propósito de lo que era justo que pagaran y devolvieran que no han pagado y no han devuelto dime: ¿qué opinas?* [...] Yo considero que *deben ser reclamadas mediante una guerra justa y sagrada*». (pp. 114-115)

La concepción romana sustentada por Cicerón influencia radicalmente las opiniones que sobre la guerra tienen San Agustín de Hipona (354-430) y San Isidoro de Sevilla (570-639). A su vez, tales opiniones son recogidas por Santo Tomás (1224-1272) quien erige a la doctrina del *bellum justum* en la doctrina dominante de la Edad Media (Wehberg, 1952).

Para el Aquinate (Wehberg, 1952), tres son las condiciones para la admisibilidad de una guerra, a saber, toda guerra justa debe ser llevada a cabo por una autoridad competente, es decir, solo por un príncipe independiente y no por cualquier sujeto privado, pues según él, solo al príncipe, Dios le ha otorgado el derecho de sostener sus pretensiones por medio de guerras.

La segunda condición es que tal guerra se emprenda por una justa causa que se constituye cuando se viola un derecho, existiendo la certeza de la violación y produciéndose un rechazo público del adversario de reparar la violación o de recurrir a medios de arreglo pacífico: «violation du droit certaine, grave et obstinée».

La tercera condición nos hace referencia a la *intentio bellantium recta*, es decir, la recta intención por medio de la cual, el que se involucra en una guerra, debe accionar según los deberes de la prudencia y la justicia.

A su vez, la teoría tomista de la guerra justa es absorbida por las teorías del derecho natural de los siglos XVI al XVIII y cuyo máximo representante es Grotius (1583-1645), para quien, no puede haber más causa legítima para emprender una guerra que una injusticia por parte de aquel contra el cual se toman las armas (II, cap. I, Pt. 1-2-3-4). Así, fuera de este motivo, la guerra justa no existe.

En síntesis, la causa justa viene a ser la defensa de la justicia.

Como puede verse, la doctrina del *bellum justum* que distingue la licitud o ilicitud de la guerra convirtiéndola en fenómeno de Derecho, para ser más precisos, de Derecho Internacional Público, tiene larga data y sin duda ha formado parte del Derecho Internacional Público.

CAPÍTULO III

DOMINIOS DE VALIDEZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y LOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN

CUESTIÓN PRELIMINAR: LA *GRUNDNORM* *PACTA SUNT SERVANDA* COMO FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Como cuestión previa al estudio de los dominios de validez del Derecho Internacional Público se nos plantea un problema fundamental en el ámbito de la Teoría General Positiva del Derecho Internacional Público, a saber, el problema de cuál es la razón que sirve de fundamento a la validez de un sistema jurídico.

Dado un sistema jurídico cualquiera, toda norma de dicho sistema será válida en virtud de otra norma que determina y regula su creación y aplicación. Esto quiere decir que la validez de una norma jurídica siempre se deriva de otra norma jurídica, «en conformidad de la cual esta es creada a fin de tener fuerza obligatoria» (Whitton, 1969, p. 204).

Este proceso de subordinación continúa ininterrumpidamente hasta llegar a la última norma, la cual determina y regula la validez de todas las normas del sistema jurídico.

De esto resulta que la validez de un sistema jurídico solo puede fundarse en una hipótesis y que «tratándose de la teoría de las normas, es una norma hipotética» (Kelsen, 1969, p. 256).

¿Por qué la «norma fundante» es hipotética? Lo es en razón de que tal norma no ha sido determinada, ni regulada, ni dictada por ninguna otra y, en tal sentido, no puede ser más que una hipótesis, cuya función teórica es fundar la unidad de un sistema jurídico. Por su calidad de hipótesis es que, esta norma hipotética no forma parte, propiamente hablando, del sistema de Derecho positivo, más bien le sirve de fundamento primero (Kelsen, 1969, p. 256).

Esta es, sucintamente, la teoría de la *Grundnorm* o norma hipotética fundamental sobre la cual se funda la unidad de las normas positivas.

Las razones que llevan a elegir a esta *Grundnorm* son metajurídicas y no son, en tal sentido, objeto de estudio de la ciencia jurídica.

La elección de dichas razones metajurídicas no es arbitraria, más al contrario se determina mediante la observación de la vida del hombre en sociedad, o, dicho de otro modo, por el estudio del hombre en tanto que sujeto de derecho (Whitton, 1969, pp. 205-206).

Desde un punto de vista restringido —agregando un componente positivo— del concepto de *Grundnorm*, esta no sería otra que la Constitución del Estado, pues es esta norma la que delega la autoridad de crear todas las normas jurídicas de un sistema jurídico. Así, todas las normas de un sistema jurídico son obligatorias, es decir, tienen validez, porque una norma más alta —a saber, la Constitución— les atribuye el efecto jurídico. Expresado en forma de regla fundamental tenemos que: todo hombre está obligado a respetar las leyes creadas por la autoridad encargada de hacer las leyes.

Afirmar que la *Grundnorm* desde un punto de vista restringido es la Constitución del Estado es afirmar que habrá tantas *Grundnorm* como Estados puedan existir, de tal modo que, el fin que pretende establecer la *Grundnorm*, a saber, fundar la unidad de un sistema jurídico que constituya el objeto de la ciencia jurídica no se realiza en la medida que existirá una pluralidad de sistemas jurídicos y no un solo gran sistema. Esta es la teoría dualista o pluralista del Derecho que será revisada en el capítulo III de la parte I.

Todo lo antedicho lleva a Kelsen a afirmar que, dado que es el Derecho Internacional quien regula las relaciones jurídicas entre la pluralidad de Estados mediante normas de carácter jurídico, dicha pluralidad de sistemas jurídicos nacionales o Estados, están en una relación de subordinación con el Derecho Internacional sobre el cual no existe orden normativo alguno. De este modo, la *Grundnorm* que funda la unidad del Sistema Jurídico universal debe ser aquella que funda al orden jurídico internacional (véase Pt. I, cap. IV, Construcción Monista de la Primaria del Derecho Internacional).

¿Cuál es, pues, *Grundnorm* del sistema jurídico Internacional? Según Kelsen (1955), no es otra que la regla *pacta sunt servanda* que, a su modo de ver, es un postulado de la ciencia jurídica.

Al decir de Whitton (1969), esta máxima «[...] nos proporciona la fuente de todo el Derecho Internacional, ya sea que esté basado en los tratados o en la costumbre. Tratado y costumbre, son obligatorios porque una norma más alta —a saber— los pactos son inviolables, les concede esta calidad, les atribuye este efecto jurídico» (pp. 206-207).

La *Grundnorm* de Kelsen, a saber, la norma *pacta sunt servanda* ha sido considerada incapaz de fundar al orden jurídico internacional por razones fundamentales:

- 1) No puede explicar la obligatoriedad de la costumbre.
- 2) No puede explicar la obligatoriedad de todos los tratados.
- 3) No puede explicar la situación jurídica de los nuevos Estados.

En cuanto a la primera objeción, puede refutarse tomando como hipótesis que la costumbre es un pacto tácito, de donde, en tanto que pacto o acuerdo su obligatoriedad radica en la norma hipotética «los pactos deben cumplirse».

En cuanto a la segunda objeción, puede refutarse argumentando que por costumbre, es decir, por pacto, quedan establecidas las materias sobre las que se puede pactar y, en tal sentido, son tenidas como lícitas, así como sobre las que no se puede pactar y que son consideradas ilícitas, de tal modo que, los pactos que se celebran sobre materias ilícitas son a su vez ilícitos y, en consecuencia, no obligatorios.

Esta no obligatoriedad de tales pactos se funda en un pacto, la costumbre, la cual a su vez es obligatoria en virtud de la *Grundnorm pacta sunt servanda*.

La tercera objeción parece tener mayor fundamento, pues se dice que, un Estado, es decir, un Estado que nace en el devenir del Derecho Internacional, no ha participado en la formación de la costumbre Internacional (pacto tácito), fuente de derechos y obligaciones para los Estados miembros de la comunidad internacional, y en tal sentido, no ha pactado nada, siguiéndole de esto que teóricamente no estaría obligado por aquello que no ha pactado, no estaría obligado por la costumbre internacional. Sin embargo, es la costumbre Internacional quien fija los requisitos que deben cumplir las comunidades jurídicas que pretenden convertirse en Estados y son dichas comunidades las que buscan cumplirlas para luego invocar que de acuerdo con el Derecho Internacional han satisfecho tales requisitos, pidiendo su reconocimiento como Estados miembros de la comunidad internacional. En tal sentido, desde el momento en que dichas comunidades jurídicas, antes de convertirse en Estados, aceptan las reglas de Derecho Internacional para cumplir sus fines, a saber, ser reconocidos como Estados, están aceptando tácitamente a las nor-

mas positivas del Derecho Internacional que tiene por fuente a la costumbre internacional, es decir, están aceptando el pacto, de donde la norma *pacta sunt servanda* sigue siendo la *Grundnorm* del Derecho Internacional y de los derechos nacionales.²

DOMINIO DE VALIDEZ DEL DERECHO

Todo orden normativo es un sistema de normas válidas. Esta validez de todo sistema de normas siempre está en función de cuatro constantes.

Según Kelsen (1955), estas son la validez espacial de un sistema de normas, es decir, dónde un sujeto de derecho debe conducirse de una manera determinada; la validez temporal de un sistema de normas, es decir, cuándo, en qué lapso, un sujeto de derecho debe conducirse de manera determinada; la validez personal de un sistema de normas, es decir, quién es dicho sujeto de derecho cuya conducta debe determinarse a lo prescrito por la norma; y, finalmente, la validez material de un sistema normativo, es decir, la conducta prescrita por la norma.

A estas cuatro constantes a las que se refiere la validez de todo sistema normativo se les conoce como dominios de validez de un orden normativo.

Así, tenemos que habrá un dominio de validez espacial, temporal, personal y material de un orden normativo.

El dominio de validez de un orden normativo —y en nuestro caso, queda claro que nos referimos a un orden jurídico— es el problema clave del Derecho, pues una norma que carece de dominios de validez carece de sentido, ya que la hipótesis que contiene toda norma resulta inaplicable y, en consecuencia, ineficaz. Así, pues, un tal sistema de normas carecería de toda obligatoriedad.

Ahora bien, «estos dominios de validez de un sistema de normas pueden ser limitados o ilimitados» (Kelsen, 1955). Como estamos hablando de un sistema de normas, cualquier limitación de los dominios de validez de un tal sistema solo puede producirse mediante una norma que limita la validez de otra norma.

De este modo, nos encontramos ante dos posibilidades. O bien dicha norma limitante pertenece al mismo orden normativo que limita entonces su propio dominio de validez, o bien, la norma limitante pertenece a otro orden, a otro sistema de normas descrito por la misma regla, en nuestro caso, la regla de Derecho, y cuya

2 Esta tercera objeción, a saber, que la norma *pacta sunt servanda* no puede explicar el hecho que los Nuevos Estados son sujetos de Derecho Internacional llevó a Verdross, discípulo de Kelsen, a alargar el axioma de la regla *pacta sunt servanda* del siguiente modo: «Todo Estado nacido en el marco de la Comunidad Internacional debe conducirse según las reglas consuetudinarias aceptadas generalmente como conforme a derecho y a las otras fuentes reconocidas por estas como obligatorias» (Verdross, 1927, p. 289).

característica como orden es su superioridad respecto al orden limitado por él, es decir, que el orden limitado le está subordinado.

La limitación e ilimitación de los dominios de validez de un orden jurídico como criterio de distinción entre el Derecho Internacional Público y el Derecho nacional

Compartimos la opinión de Kelsen (1955) en el sentido de que: «el orden normativo designado tradicionalmente bajo el nombre de Derecho Internacional no contiene normas que limiten sus dominios de validez y no existe orden jurídica superior a él que pueda limitarlos» (p. 63).

El hecho de que no exista un orden normativo superior al Derecho Internacional Público resulta del hecho que es el propio Derecho Internacional Público quien regula «el comportamiento de los Estados» en sus relaciones entre sí y en tal razón, solo puede estar en una relación de superioridad con estos ordenamientos jurídicos, de tal modo que, al no estar subordinado a ningún otro orden normativo, no puede, en consecuencia, ser limitado por orden normativo alguno.

Los dominios de validez del Derecho Internacional Público son ilimitados.

Este carácter ilimitado de los dominios de validez del Derecho Internacional Público es el que lo distingue como orden jurídico del Estado u orden jurídico nacional como sistema de normas válidas espacial, temporal, personal y materialmente limitado. Los dominios de validez de todo orden jurídico nacional son limitados.

Dominio de validez limitado del orden jurídico nacional. El orden jurídico nacional es un sistema de normas cuyo dominio de validez es limitado. El dominio de validez espacial de las normas de un orden jurídico nacional está limitado al territorio que ocupa el Estado, es decir que: el Derecho de un Estado, es válido solamente para un territorio determinado que se llama el territorio del Estado y que, desde un punto de vista jurídico, no es más que el dominio territorial de validez de un Derecho nacional (Kelsen, 1955, p. 63).

Por otra parte, se dice que un orden jurídico es nacional porque sus normas son válidas únicamente para la nación que ocupa su territorio. Es decir que: el Estado puede, en principio, mandar sobre los individuos que viven en su territorio; dicho de otra forma, el orden estatal no se aplica en principio que a actos o hechos de conducta individual que se han producido en los límites de su territorio (Kelsen, 1969, p. 251).

Pero esta validez territorial y personal que acabamos de ver está siempre referida a un tiempo, a saber, el lapso comprendido entre el «nacimiento» del orden jurídico

nacional hasta su «muerte», es decir, el momento desde el cual tal orden jurídico resulta válido para el pueblo que ocupa el territorio en el cual dicho orden jurídico tiene validez, hasta el momento en el cual dicho orden jurídico cesa de ser válido para los individuos que ocupan un espacio determinado. Así, según Kelsen (1955) «resulta evidente que la validez de un orden jurídico nacional, es decir la validez de Derecho de un Estado no es eterna, sino que más bien ha comenzado y que terminará asimismo en una fecha determinada [...] El Estado no es un ser eterno, nace y muere, siendo que el nacimiento y la muerte del Estado no son más que expresiones figuradas que designan el hecho que el dominio de validez temporal del orden jurídico nacional es limitado» (p. 64).

Como en todos estos casos hemos estado hablando de limitación de dominios de validez de normas jurídicas, dicha limitación debe tener necesariamente un carácter jurídico, es decir, debe ser establecida por un orden jurídico.

Veremos en lo sucesivo que solo el orden jurídico internacional cumple la función esencial de limitar los dominios de validez de los órdenes jurídicos nacionales, es decir, que existe pluralidad de órdenes jurídicos nacionales en virtud de que estos están limitados en sus dominios de validez por el Derecho Internacional Público.

Dominio de validez ilimitado del Derecho Internacional Público. El Derecho Internacional Público tiene un dominio de validez ilimitado. A continuación, se estudiará con detalle los dominios de validez espacial, temporal, personal y material del Derecho Internacional Público.

Dominio de validez espacial del Derecho Internacional Público. En cuanto al dominio de validez espacial o territorial de las normas del Derecho Internacional Público, este es ilimitado en razón de que no existe norma jurídica alguna que pueda excluir la validez del Derecho Internacional Público general en ningún lugar. La objeción que suele hacerse a esta proposición es que el Derecho Internacional Público general no es válido en todo lugar, pues esta validez está limitada a la naturaleza del caso al cual se aplica.

A esta objeción, Kelsen (1955) responde que: la noción de dominio de validez tiene un sentido puramente potencial. Decir que el orden jurídico internacional es válido universalmente no significa que tenga que ser efectivamente aplicado en todas partes y en todo tiempo. Por el contrario —continúa Kelsen— si un hecho, al cual el orden jurídico asocia una consecuencia específica, se produce no importa dónde, entonces, dicha consecuencia debe igualmente producirse no importa dónde. En otros términos, no existen normas jurídicas que puedan excluir la validez del Derecho Internacional en ningún lugar cualquiera que este sea. A este res-

pecto, no tiene importancia que pueda haber efectivamente lugares donde los hechos determinados por el Derecho Internacional no se produzcan en un momento dado (p. 64).

De este modo, «La naturaleza del caso» no es un factor limitante del dominio de validez espacial del Derecho Internacional Público, pues no tiene un carácter jurídico.

De esto resulta, que el dominio de validez territorial del orden jurídico internacional es potencialmente ilimitado.

Dominio de validez temporal del Derecho Internacional Público. El dominio de validez de las normas del Derecho Internacional Público general es ilimitado también en el tiempo, pues no existe norma jurídica alguna que limite la validez permanente de las normas del Derecho Internacional general, incluso si se sostiene que el Derecho Internacional se formó en el transcurso del tiempo y, en consecuencia, solo es válido desde el momento de su aparición, pues las normas del Derecho Internacional pueden, asimismo, tener un efecto retroactivo y ninguna norma de Derecho Internacional general prohíbe la formación, en especial por tratados, de normas que tengan un efecto retroactivo (Kelsen, 1955, p. 65).

Así, esta supuesta limitación del carácter temporal del Derecho Internacional Público general resulta siendo al igual que la pretendida limitación espacial del Derecho Internacional, una limitación extrajurídica y, como tal, inválida desde el punto de vista de la ciencia jurídica.

Se sostiene también que existiría una limitación temporal de carácter jurídico de los dominios de validez del Derecho Internacional Público general, en razón de que los tratados internacionales que constituyen el Derecho Internacional Público particular y que forman parte del Derecho Internacional general, no son ilimitados en el tiempo, sino que, en su gran mayoría, dichos tratados están limitados a un lapso determinado.

Esta proposición es falsa en razón de la forma por la cual se encara el problema de la validez jurídica de las normas del Derecho Internacional Público general.

En primer término, conviene aclarar que los tratados forman parte de lo que en doctrina se conoce como Derecho Internacional particular cuyo carácter es siempre convencional, es decir, que constituye un acuerdo entre una pluralidad de partes sobre una o varias materias determinadas por dichas partes y, por lo general, válidos tan solo para dichas partes contratantes y por un periodo determinado.

Pero esta limitación del dominio de validez de las normas de un tratado es, en realidad, una autolimitación de carácter jurídico permitida por el Derecho Internacional Público general, autolimitación que se produce en el Derecho Internacional particular y no en el Derecho Internacional general.

De otro lado, la obligatoriedad de lo acordado en los tratados y, en consecuencia, la autolimitación temporal, espacial, personal y material que estos impongan, se basa en la norma de Derecho Internacional general consuetudinaria *pacta sunt servanda* que tiene un dominio de validez ilimitado.

Dominio de validez personal del Derecho Internacional Público. El dominio de validez personal del Derecho Internacional Público es ilimitado al igual que los otros dominios de validez de este Derecho.

Cuando hablamos del dominio personal de validez, hacemos referencia al conjunto de normas del Derecho Internacional Público que establecen los sujetos cuya conducta es regulada por dicho Derecho.

Esta regulación se efectúa cuando la norma establece obligaciones, responsables jurídicos y derechos subjetivos.

¿Qué significa que una norma establezca una obligación jurídica?

Significa que la norma establece la obligación para con un hombre, un individuo que debe conducirse de manera determinada, pues el hombre es el único que puede ajustar su conducta a una norma.

La forma por la cual la norma jurídica establece la obligación jurídica a cargo de un hombre determinado es ya conocida, a saber, estableciendo que un acto de conducta humano es la condición de una sanción coercitiva, del tal modo que la conducta contraria a la condición de la sanción será el contenido de una obligación jurídica.

El caso de la responsabilidad jurídica se ajusta al mismo criterio. Ser responsable jurídico significa que la sanción debe dirigirse contra un hombre, y que será ejecutada por otro hombre.

Finalmente, decir que una norma establece un derecho subjetivo, significa que la norma establece un poder, una competencia, una capacidad que se manifiesta mediante un acto de comportamiento humano (Kelsen, 1955, p. 66).

En síntesis, regular los actos de conducta humanos según el patrón de una regla de Derecho es el objeto de la norma jurídica. Los seres humanos son los únicos sujetos de todo Derecho y lo son también del Derecho Internacional Público.

La teoría tradicional tiene otro punto de vista respecto de los sujetos de Derecho Internacional.

Esta teoría postula que las obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos están a cargo, en el Derecho Internacional, de un tipo especial de personas jurídicas llamadas Estados.

A este respecto hay que decir, que la persona jurídica es solo un instrumento de la teoría jurídica y que tiene por fin simplificar un fenómeno jurídico, es decir, no es una realidad del Derecho positivo ni de la naturaleza.

Esta simplificación de un fenómeno jurídico consiste en personificar un estatus que regula un orden jurídico especial que define cuáles son sus miembros y sus órganos, ambos, compuestos en última instancia por individuos, estableciendo entre estos miembros y órganos una relación jurídica, es decir, estableciendo derechos, obligaciones y responsabilidades por cuenta de individuos en calidad de miembros u órganos de la persona jurídica. De este modo, dicho orden jurídico especial constituye una comunidad jurídica.

Una persona jurídica puede personificar un orden social coercitivo instituyendo actos de coerción a título de sanción. Cuando este orden jurídico tiene carácter centralizado, es decir, cuando las normas creadas y aplicadas por órganos especiales que funcionan según el principio de la división del trabajo, dicho orden constituye una comunidad jurídica estatal, entendiéndose por esto, una unidad jurídica específica, es decir, un mismo orden que regula la conducta de sus miembros.

El carácter coercitivo del orden social hace referencia al carácter político de un tal orden normativo característica que la teoría tradicional del Derecho Internacional considera esencial para definir un Estado. Mas esta afirmación es, como ya hemos visto, inexacta, pues tal carácter coercitivo de un orden social no se limita única y exclusivamente al Estado, sino que pertenece también al orden jurídico internacional.

Una comunidad jurídica de carácter político o coercitivo funda entre sus miembros una relación jurídica, es decir, una relación normativa específica establecida por un orden normativo.

La relación que establece la norma es una relación de superior a inferior, es decir que mediante esta relación un individuo está autorizado por el orden normativo a dar órdenes a otros individuos que están obligados por el mismo orden a obedecer dichos imperativos. Esto es lo que se conoce como relación de subordinación y queda claro que dicha subordinación establecida por el orden normativo coercitivo, es una subordinación del hombre al Derecho, pues, de hecho, la relación de subordinación no existe entre los hombres mismos, sino entre los individuos y el

orden social que regula sus conductas. En último análisis, la autoridad de un individuo es solamente la autoridad que le es delegada por el orden social (Kelsen, 1955, p. 74).

De este modo, el hombre siempre resulta siendo el sujeto de derecho.

La relación de subordinación establecida por un orden jurídico coercitivo existe independientemente de la creación y aplicación centralizada o descentralizada de las normas de dicho orden.

Si la creación y aplicación de las normas de un tal orden es centralizado, estaremos en presencia de un orden estatal en el que los individuos estarán sometidos al Estado u orden jurídico nacional, cuyo dominio de validez está limitado a los individuos que constituyen la unidad social o comunidad de jurídica estatal.

De otro lado, si la creación y aplicación de las normas de un orden jurídico coercitivo es descentralizado, entonces estaremos en presencia de un orden jurídico internacional en el cual, los individuos, actuando en calidad de órganos del Estado, estarán sometido al Derecho Internacional cuyo dominio de validez es ilimitado: tenemos entonces la misma relación de subordinación en el Derecho nacional y en el Derecho Internacional (Kelsen, 1955, p. 75).

Para finalizar con el estudio del dominio de validez personal del Derecho Internacional, hay que decir que la teoría tradicional funda la relación jurídica de subordinación en el poder del Estado.

Cuando hablamos de poder del Estado no nos referimos a un poder físico o natural, sino a un poder social. El carácter social se refiere a una relación entre individuos, relación que tiene necesariamente que estar regulada por una norma, pues es la única que puede establecer relaciones sociales.

En puridad, la teoría tradicional no define jurídicamente la noción «poder del Estado» asimilándolo más bien a fenómenos de carácter natural enunciados dentro del marco de la doctrina del derecho natural. A su vez, la eficacia de un tal orden debe manifestarse mediante actos estatales, es decir, mediante actos de individuos que se imputan al Estado como persona distinta del individuo autor de los mismos, los cuales, de manera específica, deben estar conformes al orden válido.

Así, una vez más, hablar de conducta de un Estado significa hablar de actos de conducta humana que se imputan al Estado y, de tal forma, afirmar que el Derecho Internacional regula la conducta o comportamiento de los Estados en sus relaciones entre sí no significa otra cosa sino que el Derecho Internacional regula los

actos de conducta humana que se imputan al Estado y que tienen por fin que establecer una relación con otros actos de conducta humana que se imputan a otros Estados.

Dominio de validez material del Derecho Internacional Público. En lo que respecta al dominio de validez material del Derecho Internacional Público general, es decir, la conducta o comportamiento prescrito por una norma jurídica, este es ilimitado, ya que no existe materia que por su naturaleza no pueda ser regulada por el Derecho Internacional: en otros términos, el dominio de validez material del Derecho Interno se extiende hasta el punto donde el Derecho Internacional le cede lugar (Kelsen, 1962, p. 299).

Cuando el Derecho Internacional establece la obligación de conducirse de una manera determinada, es decir, cuando regula una materia, lo hace a través de normas generales o individuales.

Una norma general es aquella cuyo contenido, es decir, la obligación de conducirse de una manera determinada en un punto tocante a una materia determinada, debe ser acatado por la generalidad de los sujetos de un orden jurídico.

En este caso, no existe materia alguna que no pueda ser el contenido de una obligación jurídica internacional.

En el caso de las normas individuales, sucede lo propio.

Las normas individuales son decisiones judiciales o cuasi judiciales emanadas de instituciones internacionales, que establecen la obligación de conducirse de una manera determinada en un punto tocante a una materia determinada a cargo de una particularidad del universo de sujetos sometidos a un orden jurídico.

Aquí también, dichas decisiones judiciales o cuasi judiciales no están limitadas a materia alguna, es decir, que pueden establecer la obligación de conducirse de manera determinada en un punto tocante a cualquier materia.

De esto resulta la imposibilidad de definir al Derecho Internacional Público en función de la materia que regula —como sí sucede en las diversas ramas de la ciencia del Derecho—, pues el Derecho Internacional Público puede regular cualquier materia.

Así, el Derecho Internacional Público solo puede definirse en función de la creación de sus normas. Estas son establecidas con el concurso de la pluralidad de Estados, a través de la costumbre internacional, es decir, aquel comportamiento usual que requiere frecuencia constante y la convicción de que, al estar actuando

de una manera determinada o, absteniéndose de actuar de una manera determinada, se está, según el caso, o bien ejecutando una obligación, o bien ejerciendo un derecho.

De este modo se crea el derecho a través de la costumbre o derecho consuetudinario cuyas normas jurídicas tienen tal carácter.

La teoría positiva no tiene una respuesta jurídica al problema de por qué el contenido de una norma de derecho consuetudinario internacional es obligatorio. Se limita a constatar este hecho, suponiendo que la costumbre es un hecho creador de Derecho Internacional Público. Así, pues, las normas consuetudinarias de Derecho Internacional terminan deduciéndose de una norma hipotética fundamental no positiva que supone que la costumbre internacional es un hecho creador de derecho.

La segunda forma de creación del Derecho Internacional Público son los tratados, cuyo carácter es convencional, deduciendo su validez de una norma del derecho consuetudinario, a saber, la norma *pacta sunt servanda*.

Así, pues, solo en función de estas dos técnicas de creación del Derecho Internacional Público es que este puede ser definido.

Definidos los dominios de validez del Derecho Internacional Público en el marco de la Teoría General Positiva del Derecho Internacional pasaremos a estudiar algunos problemas que plantea el enfoque tradicional de dichos dominios de validez y la respuesta que a tales problemas da la Teoría general Positiva del Derecho Internacional Público.

EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Uno de los postulados de la doctrina tradicional del Derecho Internacional Público es que define al Derecho nacional o Estado en razón de la relación que existe entre los sujetos de derecho de ambos órdenes.

Así, nos dice la doctrina tradicional, mientras la relación entre los sujetos de Derecho nacional es una relación de subordinación, es decir, de superior a inferior, pues el Estado, dicen, es soberano, la relación que se presenta entre el Estado como sujeto de Derecho Internacional y dicho derecho es una relación de igualdad en razón de la soberanía estatal.

Dicha tesis no resiste un análisis jurídico exhaustivo como a continuación se verá.

¿Qué significa que una autoridad es soberana?

Significa que es la autoridad máxima, es decir, que la relación jurídica entre los individuos y dicha autoridad es una relación de subordinación en que los individuos, ya sea tomados particularmente, ya sea tomados como órganos, están sometidos a dicha autoridad.

En síntesis, si una autoridad es soberana, no puede existir otra autoridad mayor que ella.

Esta autoridad soberana, tal cual hemos descrito, es para la teoría tradicional, el Estado.

Pero ¿cómo se explica entonces que el Estado u orden jurídico nacional termine acatando las normas del Derecho Internacional Público las cuales le son obligatorias?

La teoría tradicional responde a esta objeción postulando que, dado que el Derecho nacional es soberano, este se limita a sí mismo, se autolimita en su autoridad: si verdaderamente existe un Derecho Internacional, este no podría ser más que una parte del orden jurídico nacional y se necesitaría entonces que su carácter obligatorio sea reconocido por el orden jurídico nacional. Tal es la tesis sostenida por diversos autores (Kelsen, 1955, p. 80).

¿Cómo se produce esta autolimitación?

Se produce incorporando al Derecho Internacional como parte integrante del orden jurídico nacional para lo cual tiene necesariamente que reconocer la existencia de un tal Derecho Internacional Público.

De este modo, al incorporar reconociendo al Derecho Internacional Público como parte integrante del orden jurídico nacional, este se hace sujeto de Derecho Internacional, es decir, el Estado se hace sujeto de Derecho Internacional, o para ser aún más precisos, los individuos sujetos del Derecho nacional, actuando en calidad de órganos de dicho Derecho nacional, se convierten en sujetos del Derecho Internacional reconocido por ellos.

En este sentido, el Estado, en su calidad de sujeto de Derecho Internacional, termina subordinado a este, subordinación que se demuestra en la eficacia del Derecho Internacional, es decir, que sus normas son acatadas y cumplidas de manera general por los Estados que le están sujetos.

Aun, pues, en la hipótesis monista de la primacía del Derecho nacional, el Estado u orden jurídico nacional está sometido en su autoridad a una superior que

limita sus funciones y le impone obligaciones, a saber: el orden jurídico internacional.

«El poder del Estado» no es soberano, como acabamos de ver, sino que está sometido jurídicamente al Derecho Internacional.

Pero esta subordinación del Derecho nacional al Derecho Internacional tiene una característica esencial, a saber, que es exclusiva, es decir, que el orden jurídico nacional o Estado está jurídicamente sometido solo a un orden jurídico superior, el Derecho Internacional que constituye a la comunidad jurídica internacional. Así, Kelsen (1955) dice que es una de las características esenciales del orden jurídico nacional o del Estado que lo personifica estar sometido solamente al orden jurídico internacional y no a otro orden jurídico nacional. Esto significa que para ser un Estado en el sentido del Derecho Internacional, una comunidad debe ser independiente de otros Estados, pero esto no significa que un Estado en el sentido del Derecho Internacional debe ser independiente de toda comunidad internacional (p. 81).

Ahora bien, la independencia a la que alude Kelsen se refiere a una relación jurídica de tal modo que un orden jurídico nacional debe necesariamente ser independiente en su relación jurídica con otros órdenes jurídicos nacionales, es decir, que no puede estar jurídicamente subordinado a otro orden jurídico nacional.

Esta relación jurídica de independencia de un orden jurídico nacional para con otro similar, es un requisito esencial que impone el Derecho Internacional Público para ser reconocidos por este como Estado y, en consecuencia, sujeto de derechos y obligaciones internacionales.

Decir que esta relación de independencia jurídica de un orden jurídico nacional para con otro similar, es un requisito esencial para que una comunidad jurídica sea reconocida por el Derecho Internacional como Estado es afirmar que tal requisito, como todo requisito, no puede ser un derecho, y en tal razón, no existe el pretendido derecho a la independencia o a la «soberanía de los Estados».

De la teoría monista de la primacía del Derecho Internacional que acabamos de exponer y que retomaremos con más detalle resulta la imposibilidad lógica de la soberanía estatal.

En conclusión, podemos afirmar que la naturaleza del Estado en calidad de sujeto de Derecho Internacional es personificar un orden jurídico centralizado subordinado exclusivamente al Derecho Internacional.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL

Como ya hemos estudiado, el responsable jurídico de un acto ilícito es el individuo sobre quien recae la sanción prevista por la norma.

En el Derecho Internacional, el problema de la responsabilidad jurídica adopta un enfoque similar.

En primer término, tenemos que un acto ilícito internacional debe ser cometido por un sujeto de Derecho Internacional para que este sea el responsable jurídico de dicho acto ilícito.

Dicho sujeto de Derecho Internacional es el Estado, es decir, el individuo cuyo acto es imputable al Estado y que acciona en calidad de órgano del Estado (Kelsen, 1955, p. 88).

Estos individuos, tomados como órganos de un Derecho nacional, por acto que se imputa a la comunidad jurídica nacional personificada por el Estado, cometen un acto ilícito internacional, es decir, un acto contrario al Derecho Internacional. En tal sentido, el Derecho Internacional Público determina que se ejecute la sanción prevista por él contra el responsable jurídico, es decir, el Estado.

Esta responsabilidad jurídica internacional de un Estado puede ser directa cuando el acto ilícito internacional es imputable al Estado, es decir, a los individuos sujetos a la autoridad de dicho Estado y que actúan en calidad de órganos del mismo.

Esta responsabilidad directa en el Derecho Internacional es la responsabilidad jurídica internacional propiamente dicha y debe distinguirse de la llamada responsabilidad indirecta, a saber, cuando el Estado resulta responsable jurídico internacional por un acto ilícito que no le es imputable, es decir, que no es causa de un acto efectuado por individuos en calidad de órganos de dicho Estado. En tal caso, otros individuos súbditos de dicho Estado, sin ninguna calidad para actuar como órganos del mismo, cometen un acto ilícito internacional por el cual debe responder el Estado al cual tales individuos están sometidos. Así, pues, esta no es una responsabilidad internacional en sentido estricto, sino más bien, una obligación de reparar un daño.

Como ya dijimos, que un Estado sea el responsable jurídico internacional por la comisión de un acto ilícito internacional significa que sobre él debería recaer una sanción determinada y ejecutada por el Derecho Internacional.

Sabemos también que la sanción internacional puede ser la guerra reservada a la comunidad jurídica internacional.

La responsabilidad de un Estado será, generalmente, una responsabilidad colectiva, pues al recaer la sanción sobre el Estado comitente del acto ilícito internacional, es decir, sobre la personificación de un orden jurídico determinado, estará recaeando no solo sobre los individuos que en su calidad de órganos del Estado cometieron el acto ilícito, sino sobre otros órganos distintos a los órganos autores del acto ilícito, como es el caso del pueblo tomado como órgano de un tal orden jurídico.

Generalmente, puede decirse también, que esta responsabilidad colectiva es absoluta, pues no puede fundarse en la falta de los individuos responsables, es decir, de aquellos contra los cuales la sanción es dirigida (Kelsen, 1955, p. 92) ya que no necesariamente todos los órganos del Estado tienen que participar en la comisión del acto ilícito para que la sanción recaiga sobre ellos. De donde es posible que algunos de esos órganos, al no haber participado en la comisión del acto ilícito no hayan cometido falta alguna y, sin embargo, aun así sean responsables según el orden jurídico internacional.

Podemos hablar también, en especial a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, de una responsabilidad internacional de carácter individual, que convierte a los individuos en sujetos de Derecho Internacional contra lo postulado por la doctrina tradicional que solo reconoce como tales a los Estados.

Esta responsabilidad internacional individual se funda en la falta del individuo que actuando en calidad de órgano del Estado, o bien, no actuando como tal, cometiera un acto ilícito internacional. Tal es el caso del proceso contra los criminales de guerra nazi, específicamente en los cargos de crímenes contra la paz, es decir, por haber propiciado y desencadenado una guerra tenida por ilícita en virtud de la vigencia perpetua del Pacto de París de 1928, al cual los criminales debían obediencia, en razón de que este había sido suscrito por su respectivo Estado (Donnedieu de Vabres, 1973, p. 540).

Sin embargo, al no contemplar el Pacto de París una responsabilidad individual por la violación de sus normas, así como tampoco el Derecho Internacional general, la responsabilidad individual de los archicriminales solo pudo ser establecida por una convención internacional integrante del Derecho Internacional particular, a saber, la Convención de Londres del 8 de agosto de 1945, base jurídica del proceso criminal de Nuremberg (Kelsen, 1955, p. 95).

LA TEORÍA GENERAL POSITIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO FRENTE AL PROBLEMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO

Como ya se ha estudiado, el Estado en tanto que personificación de un orden jurídico centralizado es sujeto de derechos y obligaciones establecidos por el Derecho Internacional Público a través de las dos técnicas de creación de normas jurídicas, a saber, la costumbre y los tratados. Así lo postula la teoría general positiva del Derecho Internacional Público, dejando abierta la posibilidad para que a estas dos técnicas de creación del Derecho Internacional se sume otra: la legislación internacional.

Pero independientemente de estas fuentes o técnicas de creación de derechos y obligaciones internacionales, la doctrina tradicional del Derecho Internacional postula la existencia de unos derechos fundamentales que el Estado poseería en su calidad de miembro de la comunidad internacional. Estos derechos no serían establecidos, como los otros derechos y deberes de los Estados, por el Derecho Internacional general consuetudinario o por los tratados. Ellos tendrían su fundamento en la propia naturaleza del Estado o en la de la comunidad internacional (Kelsen, 1955, p. 97).

De este modo, un Estado tendría estos derechos por el solo hecho de tener la calidad de miembro de la comunidad internacional.

En tal sentido, según esta doctrina los derechos fundamentales serían la fuente del Derecho Internacional positivo, de tal suerte que estos —los derechos fundamentales— tendrían más fuerza obligatoria que las normas de Derecho Internacional positivo creadas por la costumbre o los tratados (Kelsen, 1955, p. 98).

Esta doctrina de los derechos fundamentales del Estado no es más que la aplicación de la doctrina del derecho natural a las relaciones internacionales. Según los casos, puede adoptar dos variantes.

En la primera, los derechos fundamentales son interpretados como principios jurídicos presupuestos del Derecho Internacional Público. En tal sentido, se presuponen una serie de principios jurídicos que fundan al Derecho Internacional Público, principios sin los cuales, la existencia del Derecho Internacional sería imposible, principios que se deducen de la propia naturaleza del Derecho Internacional.

La respuesta de la teoría general positiva del Derecho Internacional Público es contundente: formula una objeción jurídica irrefutable.

Hablar de principios jurídicos presupuestos a un orden jurídico dado es un contrasentido, pues la juridicidad de un principio, una norma, un acto, una conducta, etc., nunca puede ser presupuesta al orden jurídico, sino más bien establecida por el orden jurídico positivo.

Es el orden jurídico positivo quien funda o establece la juridicidad de los principios jurídicos.

En la segunda variante, la doctrina tradicional del Derecho Internacional postula que estos derechos fundamentales del Estado son deducidos de la propia naturaleza del Estado, en su calidad de sujeto de Derecho Internacional, o si se prefiere, en su calidad de persona sujeto de Derecho Internacional.

De este modo, resulta que el Estado, por el solo hecho de ser persona sujeto de derecho, tendría, independientemente de los derechos y obligaciones establecidos por el Derecho Internacional a través de la costumbre y los tratados, ciertos derechos fundamentales tales como el derecho a la igualdad jurídica, al respeto, a la soberanía, a la existencia, a la jurisdicción, a la no intervención entre otros.

Esta variante de la doctrina tradicional de deducir los pretendidos derechos fundamentales del Estado de su propia naturaleza en tanto que persona de Derecho Internacional, se funda en la suposición de que el Estado es persona jurídica sujeto de Derecho Internacional con anterioridad a su entrada en la comunidad internacional, cuyos miembros, son regulados en sus relaciones recíprocas por el Derecho Internacional.

Esta entrada a la comunidad internacional se realizaría voluntariamente, en razón de que los Estados, según esta teoría serían soberanos, es decir, tendrían este «derecho» antes de ingresar a la comunidad internacional. La entrada voluntaria a la comunidad internacional estaría condicionada a conservar sus derechos fundamentales. De este modo, la comunidad internacional termina fundándose en un contrato por el cual, los Estados partes consienten en someterse si todos se someten, conservando todos sus pretendidos derechos fundamentales.

Como puede apreciarse, este postulado no es otra cosa que la transposición de la teoría del contrato social a las relaciones internacionales. Tal teoría no es más que una ficción que, al decir de Kelsen, no explica el origen del Estado, sino que justifica su existencia, es decir, justifica el hecho de que un individuo esté sometido desde su nacimiento al orden jurídico sin haber sido siquiera consultado, y sin posibilidad de liberarse de tal subordinación jurídica.

Esta justificación de la existencia del Estado se hace presuponiendo que la libertad y la igualdad son valores absolutos intrínsecos al ser humano por el solo hecho de serlo, serían derechos que le asisten con anterioridad a la fundación del

Estado, fundación que, dadas las circunstancias solo podría realizarse por un contrato social en razón de estos derechos de libertad e igualdad de los que el hombre es titular.

De todo lo expuesto, resultaría que estos derechos intrínsecos son independientes de todo orden jurídico.

En lo tocante a la refutación de la doctrina del derecho natural en la que se funda esta variante de los derechos fundamentales del Estado deducidos de la naturaleza del mismo, esta ya se ha producido cuando hemos expuesto lo referente al orden natural.

En lo que respecta a la variante en sí, la teoría general positiva del Derecho Internacional Público la refuta diciendo que el Estado es persona de Derecho Internacional porque este le confiere derechos y le impone obligaciones cuyo contenido es determinado por el propio Derecho Internacional positivo a través de la costumbre y los tratados.

Así, resulta lógicamente imposible deducir de la personería jurídica de un Estado ciertos derechos específicos del mismo, pues el contenido de estos siempre tiene que determinarse por el Derecho positivo.

CAPÍTULO IV

EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO NACIONAL EN SU RELACIÓN SISTÉMICA

Nos queda por analizar para finalizar la exposición de la Teoría General Positiva del Derecho Internacional Público, un último tema, a saber, la relación entre dos sistemas de normas jurídicas, relación que tiene por eje la validez de dichos sistemas de normas, la cual, según la construcción teórica que se adopte, puede ser excluyente, es decir, un sistema excluye al otro, o bien integral, es decir, ambos sistemas están finalmente integrados en un solo gran sistema normativo y, en consecuencia, ambos tienen validez simultánea. En este último caso, la forma bajo la cual se realice la integración sistémica variará según la construcción teórica que se adopte, a saber, primacía del Derecho nacional o primacía del Derecho Internacional.

LA CONSTRUCCIÓN DUALISTA (Kelsen, 1955, 1969)

La construcción dualista (pluralista) de la relación sistémica entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional postula la existencia de una independencia entre ambos sistemas normativos, en razón de profundas diferencias resultado de contradicciones insalvables entre el Derecho nacional y el internacional. Tales contradicciones se derivarían de la diferencia entre las fuentes de ambos derechos, así como a los distintos dominios de validez de los mismos.

De este modo, solo un sistema normativo podría ser válido y, en consecuencia, excluir al otro de todo ámbito de validez.

Para esta construcción, un análisis empírico determina el hecho incontrovertible de que el único sistema realmente válido de normas jurídicas es el Derecho nacional o Estado.

De este postulado puede deducirse tres consecuencias importantes:

- 1) Negación de la naturaleza jurídica del Derecho Internacional en razón de que ambos sistemas no pueden ser válidos simultáneamente.

Solo un sistema normativo puede tener validez y este es el Derecho nacional, punto de partida de la construcción teórica, es decir, punto de partida del análisis jurídico.

De esta forma, el Derecho Internacional se convierte en una moral internacional o un derecho natural carente de carácter positivo.

A lo largo de la exposición de la Teoría General Positiva del Derecho Internacional Público hemos visto las razones jurídicas por las que el Derecho Internacional Público, es decir, su sistema normativo puede ser descrito por la regla del Derecho y, en consecuencia, posee la característica jurídica que debe tener toda norma de Derecho.

Así, pues, el Derecho Internacional Público no puede ser ni una moral internacional ni un «derecho natural».

En cuanto al pretendido análisis empírico de la construcción dualista, este nos informa más bien lo contrario, a saber, que los Estados adecuan su comportamiento a lo prescrito por las normas jurídicas del Derecho Internacional Público en su relación con otros Estados, pues estas son obligatorias en razón de que una conducta contraria a la prescrita por la norma es condición de una sanción, a saber, la guerra o las represalias.

- 2) Negación del carácter jurídico de los Estados extranjeros por la misma razón por la que se negó el carácter jurídico al Derecho Internacional, a saber, imposibilidad de la validez simultánea de una pluralidad de sistemas jurídicos.

El único sistema normativo válido puede ser aquel que es tomado como punto de partida del análisis jurídico, de tal forma que puede haber tantos sistemas válidos como tantos puntos de partida del análisis jurídico puedan tomarse y, de ahí, el nombre de construcción jurídica pluralista.

El pluralismo no hace aquí mención a la validez simultánea de una pluralidad de sistemas jurídicos, sino más bien, a la pluralidad de puntos de partida que pueden tomarse para construir un único sistema válido.

Así, la construcción pluralista convierte a los otros sistemas jurídicos que no fueron tomados como punto de partida del análisis jurídico en sistemas no jurídicos.

- 3) De la negación de la naturaleza jurídica del Derecho Internacional y de los Estados extranjeros resulta la falta de necesidad de delimitar los dominios de validez territorial, temporal, personal y material de los Estados, en razón

de que no existen otros sistemas jurídicos más que aquel que es el punto de partida de la construcción del análisis jurídico.

De lo expuesto hasta aquí, podemos decir que la construcción pluralista no tiene un carácter científico, pues no puede explicar el hecho de la existencia real de una pluralidad de sistemas jurídicos distintos entre sí, pero válidos al mismo tiempo por la función coordinadora del Derecho Internacional, al que tampoco reconoce como sistema jurídico. De este modo, no cumple con el objeto de la ciencia jurídica que es la unidad de todo el conocimiento jurídico.

LA CONSTRUCCIÓN MONISTA

La construcción monista de la relación sistémica entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional parte de la necesidad de unidad de los distintos sistemas de normas obligatorios, con el fin de construir una ciencia del Derecho cuyo objeto es la unidad del conocimiento jurídico, lo que implica la necesidad de construir un sistema unitario.

La forma de construir este sistema teórico unitario de las normas jurídicas puede adoptar dos variantes teóricas.

La primera, construye la unidad sistémica de las normas jurídicas postulando la primacía del Derecho nacional.

La segunda, lo hace postulando la primacía del Derecho Internacional.

Construcción monista de la primacía del Derecho nacional (Kelsen, 1955, 1969)

La construcción monista de la primacía del Derecho nacional tiene como punto de partida al Derecho nacional base de la construcción del sistema unitario.

Se toma como base de la construcción del sistema jurídico a un Derecho nacional, en razón de que solo este tiene el carácter de soberano, es decir, que no está en relación de subordinación con ningún otro sistema normativo jurídico.

De este modo, cualquier Estado tomado por base de la construcción del sistema unitario deviene en centro del sistema jurídico universal. Hasta aquí, nada diferencia esta construcción monista de la construcción pluralista, pues ambas toman por base a un Derecho nacional para sus respectivas construcciones sistémicas.

La diferencia cualitativa entre ambos radica en el hecho de que la construcción monista de la primacía del Derecho nacional sí admite la existencia del Derecho

Internacional y de la pluralidad de derechos nacionales distintos al Derecho nacional tomado por base de la construcción.

Como según esta teoría, solo el Derecho nacional tiene carácter soberano, la causa de que explique la existencia de otros sistemas jurídicos distintos al Derecho base de la construcción monista, es que este Derecho nacional procede a autolimitarse efectuando un reconocimiento del Derecho Internacional y de la pluralidad de derechos nacionales.³

De este modo, tal como lo expresa Whitton (1969), el Derecho Internacional está fundado sobre la voluntad de cada Estado tomado por separado, y, como consecuencia de esta concepción atómica de la Sociedad Internacional, el Estado gozando de soberanía absoluta, está en su derecho de fijar su propia competencia, determinando cuándo y cómo se asociará (p. 198).

La soberanía es la razón de que un Derecho nacional sea tomado como base de la construcción monista del sistema jurídico. A su vez, en razón de dicha soberanía del Derecho nacional base, es que la existencia del Derecho Internacional y de otros derechos nacionales solo puede admitirse mediante su propia autolimitación, que se manifiesta a través del reconocimiento del Derecho Internacional como de los diversos derechos nacionales. Es también en razón de tal soberanía del Derecho nacional tomado por base del análisis jurídico que dichos reconocimientos implican necesariamente una delegación de la función de poder crear normas válidas, tanto al Derecho Internacional como a la pluralidad de derechos nacionales, pues solo esta función de creación de normas válidas es lo que da, tanto al Derecho Internacional como a los derechos nacionales, el carácter de sistemas jurídicos.

De este modo, la delegación de la función de poder crear normas válidas tiene por fin construir un sistema jurídico universal que reúna al Derecho nacional base de la construcción y a las normas reconocidas como Derecho Internacional y derechos nacionales.

La Teoría del reconocimiento de los Estados del Derecho Internacional tiene como principal exponente a Wenzel (1920, como se citó en Whitton, 1969), quien dice: «dado que la ley se define por la voluntad del Estado, puede decirse asimismo que el Derecho Internacional se funda sobre la voluntad del Estado y que es válido gracias al Estado [...] El Derecho internacional es válido gracias al Estado, para el Estado y contra el Estado. Es válido con la misma autoridad que cualquier otro derecho emanado del Estado. El Derecho Internacional es el Derecho del Estado».

En cuanto al reconocimiento que efectúa el Derecho nacional base de la construcción de los diversos sistemas normativos, este se realiza de dos formas.

3 La teoría de la autolimitación tiene como principal auspiciador y divulgador a Jellinek, quien expuso sus principios en la obra *Die rechtliche Natur der Staatenverträge* (Jellinek, 1880).

La primera, recibiendo a los diversos sistemas normativos como parte integrante de su propio sistema por medio de una norma jurídica particular, a saber, la Constitución del Estado tomado por base de la construcción. De este modo, todos los diversos sistemas se integran en uno solo, cumpliéndose así el objeto de la ciencia jurídica.

Una segunda forma de reconocimiento es el que se realiza autorizando a un órgano determinado para efectuar el reconocimiento de los sistemas foráneos.

Que la soberanía sea un dogma postulado por la teoría monista de la primacía del Derecho nacional, implica la imposibilidad lógica de la existencia simultánea de varias soberanías y, en consecuencia, la existencia de una sola, aquella que pertenece al Derecho nacional tomado por base de la construcción del análisis jurídico.

Esta teoría, desde un punto de vista jurídico, resulta válida, pues cumple con el propósito de explicar jurídicamente la existencia simultánea de una pluralidad de sistemas jurídicos válidos, integrándolos en un solo gran sistema. Sin embargo, le resulta imposible explicar el hecho de que esta pluralidad de ordenamientos jurídicos reclame para sí la calidad de soberanos.

Tanto la teoría pluralista de construcción del sistema jurídico, como la teoría monista de la primacía del Derecho nacional, en su calidad de teorías que pretenden aprehender el conocimiento jurídico forman parte de una teoría general del conocimiento. Esta corresponde a la teoría subjetiva del conocimiento, que pone al individuo, al yo, como centro del universo, el cual solo cumpliría la función de ser el objeto de la voluntad y de la representación del yo (Kelsen, 1955, p. 190).

Es, pues, a partir del yo, que el mundo es comprendido y aprehendido en su unidad, de tal modo que la voluntad del yo se dilata *ad infinitum*.

El mundo objetivo como tal no existe para el yo, ya que este no acepta ningún fenómeno externo a sí mismo, ningún otro yo independiente de su voluntad ilimitada. El dogma de la soberanía está entonces a la base de la teoría subjetiva del conocimiento, pues si la unidad del universo reposa en el yo, este es necesariamente único.

Una tal teoría que pone al yo como punto de partida y como punto final para comprender al mundo, ya sea sensible, en cuyo caso se aparecerá como representación del yo, ya sea que se trate del mundo de valores —como el Derecho—, que entonces se manifestará como una simple voluntad del yo; una tal teoría subjetiva no hace sino negar la idea del Derecho, pues este solo puede existir en razón de su validez objetiva, es decir, de que esta validez no depende del reconocimiento del individuo al que va dirigido, no está en función de la voluntad de tal o cual persona,

sino que su validez es independiente al sujeto, vale por sí misma (Kelsen, 1969, p. 323).

De este modo, al negar la idea del Derecho en general, niega también la idea de un Derecho Internacional y de toda ciencia del Derecho, afirmando la idea del «derecho del más fuerte».

Construcción monista de la primacía del Derecho Internacional

El presupuesto de la doctrina de la primacía del Derecho nacional, a saber, que un orden jurídico extranjero existe sí y solo si este es reconocido por el Derecho nacional base, se funda en el Derecho Internacional positivo, que establece las condiciones que un Estado u orden jurídico nacional tiene que cumplir para poder ser reconocido como Estado por la comunidad internacional.

El Derecho Internacional autoriza a los Estados —personificación de un orden jurídico que constituye una comunidad jurídica— que ya han cumplido a su vez las condiciones establecidas por el Derecho Internacional para ser considerados como tal, a constatar que tales condiciones se cumplen para con tal o cual comunidad.

De esta forma es que se puede afirmar que una tal o cual comunidad ha adquirido la calidad de Estado en función de este reconocimiento por la comunidad de Estados.

Pero la teoría de la primacía del Derecho nacional no solo postula que los Estados existen solo por el hecho de que el Derecho nacional base del análisis jurídico los ha reconocido, sino también que el Derecho Internacional existe, es decir, es válido, en función de este mismo reconocimiento. Pero tal afirmación es un contrasentido, pues implicaría que el Estado presupone la existencia, la validez del Derecho Internacional, en razón de que este es quien estableció las condiciones para su reconocimiento como Estado, y que, acto seguido, una vez cumplidas dichas condiciones establecidas por el Derecho Internacional positivo, este tendría que ser reconocido a su vez por el Estado para existir como orden jurídico válido al cual se sometería voluntariamente dicho Estado. De este modo, se estaría presuponiendo la validez que se tendría por fin establecer.

La consecuencia lógica del razonamiento expuesto, implica que la validez del Derecho Internacional positivo es independiente de cualquier reconocimiento por parte de los órdenes jurídicos nacionales, es decir, que el Derecho Internacional tiene validez objetiva, y en tal razón, tampoco les está subordinado, siendo más bien los Estados los que se subordinan a sus normas, en razón de que dichos Estados fundan su validez como órdenes jurídicos en el Derecho Internacional (Kelsen, 1955, p. 192).

Así, podemos construir un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del Derecho Internacional, que determina los dominios de validez de los órdenes jurídicos nacionales, delimitándolos y estableciendo entre estos una coordinación jurídica dentro de un solo gran sistema jurídico, única forma de explicar la validez simultánea de sistemas jurídicos diferentes.

De este modo, la Teoría General Positiva del Derecho Internacional Público, al eliminar el dogma de la soberanía de los Estados, y al establecer su propia soberanía, funda la unidad teórica de todo lo jurídico, cumpliendo así con el objeto de la ciencia, a saber, aprehender el conocimiento expresado en su unidad. Esta es la teoría a la cual nos adherimos.

La Teoría General Positiva del Derecho Internacional Público, al postular la primacía del Derecho Internacional sobre los derechos nacionales, forma parte de la teoría general del conocimiento objetivo, que postula que los individuos, los sujetos, el yo, son pura apariencia, y en tal sentido, el conocimiento del mundo no puede partir del yo, sino del mundo mismo, del objeto que no necesita fundar su existencia en un reconocimiento del yo, pues existe independientemente de él.

Así, el mundo sensible como el de los valores, regidos por una razón universal y un espíritu universal, no hacen más que manifestarse en el yo de manera momentánea, pues el yo es también efímero, y en tal sentido, la razón y el espíritu individual no son más que la subjetivización de la razón y del espíritu universal (Kelsen, 1969, pp. 322-323). Tal es la razón de que la Teoría General Positiva del Derecho Internacional Público, al pertenecer a la teoría general del conocimiento objetivo, le niegue a los Estados, entendidos como sujetos, como personas, la capacidad de fundar la validez del Derecho Internacional por un reconocimiento voluntario.

La validez del Derecho, sea este internacional o nacional, no depende del reconocimiento de los Estados o de los individuos, pues estos, por su propia naturaleza no son sino entidades efímeras, incapaces de conocer algo que vaya más allá de su propia duración. Así, sucede que el Derecho subsiste a la vida y muerte de los individuos y Estados y, en tal razón, su validez no la fundan estos, sino el propio Derecho.

PARTE II

EL *IUS BELLI AC PACIS* EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993. CONCORDANCIA CON EL TRATADO DE RENUNCIA A LA GUERRA DE 1928 Y LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

CAPÍTULO I

UBICACIÓN DOCTRINARIA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

En el presente capítulo se analizará la cuestión de cuál es el tratamiento jurídico que la Constitución de 1993 otorga al Derecho Internacional Público, con el objeto de establecer si las normas de dicho Derecho constituyen obligaciones jurídicas válidas para el Estado peruano dentro del ordenamiento jurídico nacional, así como la jerarquía que según la Constitución tienen tales normas en nuestro sistema jurídico.

De este modo, una vez dilucidado estos puntos en el presente capítulo, será posible, en el capítulo II, analizar la obligatoriedad jurídica que la Constitución de 1993 otorga al Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 y a la Carta de la ONU de 1945, que, según nuestro parecer, limitan la facultad presidencial de declarar la guerra y firmar la paz con autorización del Congreso prescrita en el artículo 118 inciso 16 de la Constitución de 1993.

DUALISMO Y MONISMO COMO SISTEMAS DE REFERENCIA POSIBLES EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

En las siguientes líneas, trataremos de probar que la Constitución de 1993 permite la posibilidad, ante la ausencia de criterios de solución en caso de conflicto entre tratado (normas de Derecho Internacional convencional) y normas de Derecho interno (Constitución y ley), de ser ubicado indistintamente en un sistema de referencia dualista o uno monista, dependiendo del criterio que en tal sentido adopte la interpretación judicial peruana.⁴

⁴ De hecho, la interpretación judicial se ha decantado, siguiendo a nuestro Tribunal Constitucional, por la prevalencia de ciertos tratados (en materia de Derechos Humanos) sobre la ley, otorgándoles además rango constitucional. Ello se sigue de las sentencias de los expedientes n.º 047-2004-AI/TC fundamento 61; n.º 0025-2005-PI/TC fundamentos 25, 25, 28 y siguientes; n.º 1277-99-AC/TC fundamento 7; y, n.º 047-2004-AI/TC fundamentos 18-22.

Principios dualistas en la Constitución de 1993

La tesis dualista cuyo desarrollo se subdivide en tres fases, a saber, teoría consensual, teoría de la autolimitación y teoría de la voluntad común o *Vereinbarung* tiene en su conjunto una premisa mayor que sostiene lógicamente la construcción doctrinaria en cada una de sus fases: los Estados son soberanos. De este modo, la soberanía estatal constituye para la tesis dualista su fundamento lógico primero.

La Constitución de 1993 hace suyo el fundamento lógico primero de la tesis dualista cuando en su artículo 43 prescribe la soberanía del Estado peruano: «La República del Perú es democrática, social, independiente y *soberana*».

Si la República del Perú es soberana, es decir, si el orden jurídico nacional peruano es soberano, necesariamente no puede estar subordinado a ningún orden jurídico externo al suyo propio, tenga este carácter nacional o internacional. De este modo, sería imposible admitir lógicamente la posibilidad de que un orden jurídico externo al orden jurídico nacional, le imponga a este una obligación jurídica sin su previo consentimiento. Esta es la teoría consensual, según la cual, nos dice Oppenheim (1908), no se puede imponer una regla de Derecho Internacional a los Estados sin su consentimiento, como sí se puede imponer a los súbditos de los Estados, aun sin su consentimiento especial, una regla de Derecho interno (p. 333).

La forma por la cual los Estados consienten voluntariamente en obligarse jurídicamente por normas jurídicas ajenas a sus ordenamientos jurídicos nacionales ha sido desarrollada por la teoría de la autolimitación que tiene por base a la teoría consensual. Según la teoría de la autolimitación, el Estado no está ligado jurídicamente más que por su propia voluntad, lo que significa simplemente que no está obligado a respetar el Derecho Internacional que por intermedio de sus propias leyes (Whitton, 1969, p. 200). De este modo, se requiere de un «reconocimiento» de las normas de Derecho Internacional que se realiza mediante su incorporación al orden jurídico nacional.

La teoría de la autolimitación y sus consecuencias, a saber, reconocimiento mediante incorporación de las normas de Derecho Internacional al orden jurídico nacional es la que se ha adoptado en la Constitución de 1993, tal como lo prescribe su artículo 55: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional».

Siendo que la República del Perú es un orden jurídico soberano (artículo 43), se sigue que solo puede quedar subordinado a un orden jurídico externo al suyo, reconociendo la validez de un tal orden jurídico externo mediante su incorporación al suyo propio (artículo 55). De esta forma, se produce la ficción de afirmar que la República del Perú, personificación del orden jurídico nacional peruano, está sometido a su propio orden jurídico, del cual forma parte, el Derecho Internacional

convencional cuya fuente son los tratados celebrados por el Estado peruano y en vigor.

Respecto al contenido del artículo 55, cabe hacer la siguiente observación, a saber, que el mencionado artículo hace referencia expresa y directa solo a tratados, es decir, a lo que en doctrina se conoce como Derecho Internacional particular: normas de Derecho Internacional válidas creadas por los tratados, pero también por una costumbre particular, establecida solamente por algunos Estados (Kelsen, 1955, p. 109).

Así, pues, no resulta sorprendente que la Constitución de 1993 solo reconozca expresa y directamente a los tratados como normas de Derecho Internacional, incorporándolos al orden jurídico nacional, pues si este es soberano solo podrá obligarse jurídicamente por un acto voluntario y libre, como es el caso de las normas jurídicas que emanan de un acuerdo de voluntades, es decir, de una convención entre dos o más partes. Mediante esta convención, el Estado soberano se autolimita, reconociendo su validez. Los principios del dualismo consensualista y autolimitantes están plasmados en el artículo 55 de la Constitución de 1993.

Aún más, los principios dualistas de la Constitución de 1993 cobran mayor dimensión al no establecer estos criterios de solución en caso de conflicto entre un tratado y una ley interna peruana, dejando abierta la posibilidad de la inaplicabilidad y derogatoria de las normas emanadas de un tratado por contravenir estas el Derecho nacional.

Conflicto entre tratado y ley interna en la Constitución de 1993

Tal como lo señala el profesor Fabián Novak (1994) en su ilustrativo artículo «Los tratados y la Constitución de 1993»:

«La nueva fórmula contenida en el artículo 55 cae paralelamente en una omisión grave, al no establecer un criterio de solución en caso de conflicto entre un tratado y una ley interna peruana, como sí lo previó la Constitución derogada». (Novak, 1994, p. 76)

Sostiene Novak que en el caso de la Constitución de 1979 el artículo 101 prescribía el criterio a seguir en caso de conflicto entre una norma emanada de un tratado y la ley interna peruana, a saber, prevalencia del tratado sobre la ley nacional.

Este es uno de los postulados del monismo que desde un punto de vista práctico significa que «la norma internacional no necesitará de ninguna especie de acto de recepción para ser aplicada en los ordenamientos internos y prevalecerá sobre estos en caso de conflicto» (Pastor, 1991, p. 50).

Al no indicar el artículo 55, ni ninguno otro de la Constitución de 1993, el criterio por el cual el juez peruano debe decidir en caso de conflicto entre una norma de Derecho Internacional particular y una ley interna, cuál de ambos prevalecerá, es decir, cuál de ambos será aplicada, quedan abiertas dos posibilidades, a saber:

- a) El juez peruano, ante un vacío de la ley constitucional que omite los criterios de solución en la hipótesis de conflicto entre tratado y norma de Derecho interno, interpreta el texto constitucional aplicando los principios generales del Derecho y el derecho consuetudinario consagrados en el artículo 139, inciso 8, de la Constitución vigente, haciendo prevalecer las normas del tratado sobre la norma de Derecho interno en razón de que esta última no rige el derecho de los tratados.
- b) El juez peruano, interpretando la Constitución, dará el mismo trato jerárquico tanto a las normas emanadas de un tratado como a las normas del Derecho interno con rango de ley en virtud de que ambas forman parte del Derecho nacional, y en tal razón, en caso de conflicto aplicará los principios de la constitucionalidad de las normas según el cual en caso de conflicto entre una norma legal y la Constitución se prefiere a esta última y el principio *lex posterior derogat priori*.

Como puede apreciarse, en ambos casos, al no existir un criterio de solución expreso al supuesto de un conflicto normativo entre tratado y ley interna, dicho criterio queda establecido por la interpretación del juez peruano y habrá entonces tantos criterios como jueces para establecerlo.

El criterio de la supremacía del Derecho Internacional en la interpretación judicial. El criterio de la primacía del Derecho Internacional, es decir, aquel que establece que la norma aplicable en caso de conflicto entre tratado y norma de Derecho interno es siempre el tratado (Fernández-Maldonado, 1990, p. 50), se funda en el concepto mismo de tratado.

Así, cuando el artículo 55 prescribe que «los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional», el juez debe establecer qué es lo que se entiende por tratado. En primer término, hay que precisar que tal definición no se encuentra en la Constitución de tal modo que esta debe ser buscada fuera de aquella.

La definición de tratado solo puede encontrarse entonces en la doctrina de los publicistas y en las normas positivas del Derecho Internacional, ya sea que tengan por fuente a la costumbre o la legislación internacional.

a) La definición de tratado en la doctrina de los publicistas

En lo que respecta a la doctrina nacional, tenemos que para Fernández-Maldonado (1990), «[...] existe relativo consenso en entender por tratado al acuerdo de voluntades realizado entre sujetos de Derecho Internacional, *dirigido a producir efectos jurídicos y regulado por el Derecho Internacional*» (p. 339).

Para Novak (1994), se entiende «[...] por tratado el acuerdo de voluntades realizado entre sujetos de Derecho Internacional *dirigido a producir efectos jurídicos y regulado por dicho ordenamiento*» (p. 72).

De la Lama (1987) lo define como «acuerdo de voluntades entre sujetos de Derecho Internacional *destinado a producir efectos jurídicos y regido por el Derecho Internacional*» (p. 467). En lo que se refiere a los publicistas internacionales el concepto de tratado es muy similar.

Draft en su propuesta al artículo primero del proyecto CDI, lo considera como «un instrumento formal según el cual dos o más Estados *establecen o procuran establecer una relación de Derecho Internacional entre ellos*» (De la Guardia y Delpech, 1970, p. 147).

Anzilotti los define como «actos jurídicos internacionales bilaterales a los que Derecho Internacional atribuye efectos determinado» (De la Guardia y Delpech, 1970, p. 148).

McNair los considera como «un acuerdo escrito por el cual dos o más Estados u organizaciones internacionales *crean o manifiestan la intención de crear una relación entre sí que se desenvuelve en la esfera del Derecho Internacional*» (De la Guardia y Delpech, 1970, p. 148).

Para Schwarzenberg, los «Tratados son acuerdos entre sujetos de Derecho Internacional, *creadores de obligaciones vinculantes en Derecho Internacional*» (De la Guardia y Delpech, 1970, p. 148).

Finalmente, para concluir con los publicistas, Kelsen (1955) los describe como un acuerdo en el que interviene normalmente dos o más Estados en el marco del Derecho Internacional (p. 132).

b) Definición de tratado según las normas positivas, consuetudinarias y la legislación internacional

En lo que respecta a la costumbre internacional en materia de tratados, esta ha sido codificada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los

Tratados de 1969 (De la Guardia y Delpech, 1970, pp. 121-142), codificación que tiene por base jurídica al artículo 13 de la Carta de la ONU que dice:

«1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación».

Asimismo, el artículo 15 del estatuto de la Constitución de Derecho Internacional creada para cumplir con los fines del artículo de la Carta dice:

«En los artículos siguientes la expresión «desarrollo progresivo del Derecho Internacional» se emplea, convencionalmente para designar la elaboración de *proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el Derecho Internacional*, o respecto de los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, *normas suficientemente desarrolladas*. Asimismo, la expresión «codificación del Derecho Internacional» se emplea convencionalmente, para designar la *formulación más precisa y la sistematización de las normas de Derecho Internacional* en materias en las que *ya existe amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas*».

De este modo, queda sentado que ya existía amplia práctica de los Estados (costumbre internacional) así como precedentes y doctrina cuando la Convención de Viena define al Tratado en su artículo 2.

La creación de efectos jurídicos como objeto de los tratados. El objeto de un tratado es producir efectos jurídicos entre las partes que lo han celebrado, es decir, entre sujetos de Derecho Internacional. Debemos entender por efectos jurídicos a los derechos y obligaciones que las partes quieren darse.

Según Kelsen (1955), el efecto jurídico que el Derecho asocia a un tal acto (tratado) es que las partes contratantes están obligadas o autorizadas a adoptar la conducta que estas han declarado querer adoptar (p. 132).

Tal conducta puede consistir en derechos u obligaciones. Así, siguiendo al mismo Kelsen (1955), el tratado impone a las partes las obligaciones que estas han entendido imponerse y les confiere los derechos que estas han entendido conferirse (p. 132).

Ahora bien, si la obligación jurídica que las partes contratantes han querido no es respetada, estas se exponen a una sanción internacional.

Esto es así, pues el tratado es a la vez un acto de aplicación del Derecho y un acto de creación del Derecho. Aplica la norma de Derecho Internacional general

pacta sunt servanda y crea obligaciones y derechos que no existían antes de la conclusión del tratado (Kelsen, 1955, p. 134).

Los efectos jurídicos creados por un tratado son regidos por el Derecho Internacional. Si un tratado aplica el *pacta sunt servanda* y mediante este hace obligatorios los derechos y obligaciones que las partes han querido conferirse en el marco del tratado, podemos decir que los efectos jurídicos producidos por un tratado son regidos por el Derecho Internacional y, consecuentemente, están sometidos a una competencia jurisdiccional internacional.

Comentando este aspecto, De la Lama señala que:

«Los tratados son concertados por los Estados en uso de su *jure imperio*, lo que lo distingue de los contratos, sujetos a un determinado Derecho Interno y a una competencia jurisdiccional interna, y concertados por los Estados en uso de su *jure gestionis*». (De la Lama, 1987, p. 470)

En efecto, si el objeto de un tratado es crear o producir efectos jurídicos entre personas de Derecho Internacional, tales efectos, a saber, los derechos y obligaciones que las partes quieran otorgarse en el marco del tratado no pueden ser cuestionadas por los derechos internos de cada una de las partes, es decir, no pueden estar regidos por estos en la medida en que tal hipótesis implicaría que tales acuerdos de voluntad entre sujetos de Derecho Internacional no estarían destinados a producir obligaciones vinculantes entre las partes del mismo. La única forma en que un tratado puede producir efectos jurídicos entre las partes del mismo es que estos estén regidos por el Derecho Internacional, el cual otorga al tratado y a sus efectos una fuerza vinculante por medio del principio *pacta sunt servanda*, recogida por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 en su artículo 26: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplidos por ellas de buena fe».

Sobre este particular, comenta De la Guardia y Delpech (1970) que «Mantenida hasta ahora en plano teórico y doctrinario sería la primera vez que aparece escrita en un texto de Derecho positivo internacional» (p. 276).

El Perú ha ratificado la Convención de Viena de 1969 por Decreto Supremo n.º 029-2000-RE y, consecuentemente, sus normas deben cumplirse. No es menos cierto, además, que desde mucho antes de su ratificación «la práctica internacional peruana, en los hechos, está orientada por las normas de la Convención de Viena» (Fernández-Maldonado, 1990, p. 340) en razón de que esta no constituye más que la codificación, es decir, la formulación más precisa y la sistematización de las normas de Derecho Internacional en materia de tratados en las que *ya existe amplia práctica de los Estados*, así como precedentes y doctrina.

En síntesis, podemos concluir con De la Lama (1987) que «el sometimiento al Derecho Internacional constituye un rasgo diferenciador y característico de los tratados» (p. 470).

La hipótesis de colisión entre tratado y norma de Derecho interno a la luz de la interpretación judicial de la primacía del Derecho Internacional

Si como ya se ha establecido, un tratado es un acuerdo de voluntades cuyo objeto es producir efectos jurídicos vinculatorios entre las partes y regido por el Derecho Internacional, el juez peruano, que estudia el caso de una colisión entre tratado y ley interna, está «autorizado» para interpretar que cuando el artículo 55 de la Constitución vigente prescribe que «los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional», tal artículo, al incorporar tales tratados al ordenamiento jurídico nacional, incorpora asimismo en dicho ordenamiento al Derecho Internacional de los tratados que, según el propio concepto de tratado rige, tanto a estos como a sus efectos jurídicos. En otros términos, esto quiere decir que la Constitución incorpora a su ordenamiento jurídico interno a las normas jurídicas consuetudinarias que rigen el derecho de los tratados y a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

Una vez que al juez peruano le es lícito concluir que según lo dispuesto en el artículo 55 de la Constitución de 1993, el Derecho Internacional de los tratados forma parte del Derecho interno, el criterio de solución adoptado por el Derecho Internacional en caso de conflicto entre tratado y ley nacional queda constitucionalmente establecido.

¿Cuál es dicho criterio? Es el que establece que en caso de conflicto entre las normas emanadas de un tratado y las normas de un Derecho interno, priman, es decir, se aplican las normas del tratado. Tal criterio como ya se ha estudiado se funda en la norma de Derecho Internacional *pacta sunt servanda*.

Es por esta razón que «la norma internacional siempre prima en caso de conflicto sobre el Derecho interno de un Estado, independientemente de la voluntad de este y de lo que establezca una disposición constitucional» (Novak, 1994, p. 80).

Del mismo parecer es Fernández-Maldonado (1990) quien dice que:

«La regla general es la de otorgar una situación de privilegio a los tratados internacionales dentro del sistema de fuentes de Derecho interno. El sustento de derecho de estas normas constitucionales es el reconocimiento de la naturaleza propia del Derecho Internacional convencional, el cual posee un carácter *ius supra partes*». (p. 352)

Adolfo Miaja (1974) es aún más contundente afirmando que «no se concibe un Derecho Internacional merecedor de este nombre, si no se afirma superior al Derecho dictado por los Estados, destinatarios de las normas de aquel» (p. 1001).

Siguiendo la lógica de lo dicho, poco importa qué rango jerárquico otorgue la Constitución a los tratados (rango constitucional o legal), pues independientemente del rango jerárquico que poseen, en caso de conflicto entre un tratado y las normas del Derecho interno, se aplicarán siempre las emanadas de un tratado con el fin de que los efectos jurídicos queridos por las partes que suponen una obligación del Estado con el exterior, se mantengan. Nótese que este criterio es el que sustenta la vigencia de las normas de un tratado aprobado con anterioridad a la entrada en vigencia de una norma interna contradictoria con tal tratado, la que no podrá tener efectos jurídicos que puedan impedir la aplicación del instrumento internacional.

Asimismo, siguiendo esta misma lógica, resulta irrelevante en caso de conflicto entre tratado y norma interna, la materia regulada. Según la interpretación propuesta de la Constitución vigente, no es la materia regulada el criterio por el cual se soluciona el conflicto entre norma de Derecho Internacional y norma de Derecho interno. La solución estriba en la norma que contiene el mandato. Así, si las normas que emanan de un tratado que regula una materia dada colisiona con una norma de Derecho interno que regula la misma materia contradictoriamente, entonces aplicará la norma de Derecho Internacional en virtud de que procede de un tratado. De este modo, como expresa con acierto Fernández-Maldonado (1990), «[...] todas las disposiciones de una ley interna, sin distinción de la materia que regulen, quedan inaplicadas si entran en colisión con alguna disposición de un tratado, donde también resulta indistinta la materia en sí» (p. 355).

La Convención de Viena expresa asimismo en su artículo 27 lo que la costumbre internacional y la doctrina de los publicistas habían sancionado casi unánimemente «que una parte no podrá invocar las disposiciones de un Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado», lo que no significa otra cosa que en el supuesto de colisión entre un tratado y una norma de Derecho interno, prima el tratado.

Finalmente, la jurisprudencia internacional no hace más que confirmar el criterio de la primacía del Derecho Internacional sobre el nacional en caso de conflicto entre tratado y ley nacional tal como lo señala Novak:

- «[...]
- Sentencia Arbitral en el Asunto Montijo (26 de julio de 1875);
- Sentencia Arbitral en el Asunto G. Pinson (19 de octubre de 1928);

- Sentencia de la C. P. J. I. en el Asunto de las Zonas Francas de la Alta Saboya y del País del Gex, entre Francia y Suiza, donde señaló: «Francia no puede prevalerse de su legislación por limitar el alcance de sus obligaciones Internacionales»;
- Sentencia de C. P. J. I. en el Asunto de los Súbditos Polacos en el Dantzig, donde se dijo: «Un Estado no puede invocar respecto a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho Internacional o los Tratados en vigor»;
- Sentencia de la C.P.J.I. en el Asunto de los Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca, donde se expresó: «[...] para el Derecho Internacional y para la Corte que es el órgano de este, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad del Estado, al igual que las decisiones judiciales o las medidas administrativas»;
- Sentencia de la C.P.J.I. en el Asunto de la Factoría de Chorzow, que señaló: «Es el Derecho Internacional y ni el Derecho Interno de los Estados el que da las pautas a través de las cuales se determina la licitud de las conductas de estos»;
- Sentencia de la C.P.J.I. en el Asunto Groenlandia, donde incluso el tribunal llegó a declarar inválido un acto de Estado contrario al Derecho Internacional; y
- Sentencia de la Comisión de Conciliación Italo-estadounidense (24 de setiembre de 1956) en el Asunto Treves vs. República Italiana; entre otros». (Novak, 1994, pp. 77-78)

Asimismo, jurisprudencia, opiniones consultivas y órdenes de la Corte Internacional de Justicia destacan la supremacía del Derecho Internacional General sobre el Derecho interno:

- Case Concerning Right of passage over Indian Territory (Preliminary objections) judgment of November 1957 (United Nations, 1992, p. 41).
- Case Concerning Right of passage over Indian Territory (Merits) judgment of 12 April 1960 (United Nations, 1992, p. 52).
- Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland) (Interim Protection) Order of 17 August 1972 (United Nations, 1992, p. 81).
- Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland) (Merits) judgment of 25 July 1974 (United Nations, 1992, p. 92).

- Fisheries Jurisdiction Case (Federal Republic of Germany v. Iceland) (Merits) judgment of 25 July 1974 (United Nations, 1992, p. 94).
- Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area. Judgment of 12 October 1984 (United Nations, 1992, p. 130).
- Applicability of de obligation to arbitrate under section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947. Advisory Opinion of 26 April 1988 (United Nations, 1992, p. 188).

El supuesto de conflicto entre tratados en la Constitución de 1993. La Constitución de 1993 no establece ningún criterio de solución en caso de conflicto entre tratados como sí lo hacía la derogada Constitución de 1979 en función de la materia regulada por los tratados: *ratione materiae*. En efecto, la Constitución de 1979 establecía dos criterios de solución en caso de conflictos entre tratados:

- a) Primacía de las normas de un tratado que regulen materias relativas a derechos humanos sobre otras normas emanadas de un tratado que no regulen dichas materias, en razón de que la materia regulada (derechos humanos) tiene rango constitucional: principio de jerarquía constitucional (artículo 105).
- b) Primacía de las normas de un tratado que regulen materias relativas a integración latinoamericana sobre otras que no regulen dicha materia (artículo 106).

Ninguno de estos criterios ha sido recogido por la actual Constitución y, en tal sentido, resulta aplicable el principio de que un tratado posterior, celebrado entre las mismas partes y sobre la misma materia, deroga el anterior (*lex posterior derogat priori*).

La Convención de Viena sanciona este principio en su artículo 59, precisando que, o bien las partes tienen por intención que el tratado posterior rija la materia, intención que debe fluir del mismo tratado posterior, o bien, que las estipulaciones del tratado posterior sean hasta tal punto incompatibles con la materia regulada por el tratado anterior, que la aplicación simultánea de ambos resulte imposible.

Al parecer, la primera posibilidad prescrita en el artículo 59 de la Convención es la más practicada internacionalmente tal como lo señala De la Lama cuando dice que «si ambos tratados son celebrados entre las mismas partes, lo más probable es que el tratado posterior estipule expresamente que modifica o abroga al anterior» (De la Lama, 1987, p. 486).

Aunque la Constitución de 1993 no establece expresamente ningún criterio de solución en el supuesto de conflicto entre tratados, se da el caso que un tratado

establezca dichos criterios. Tal es el caso de la Carta de la ONU de 1945 del cual el Perú es parte contratante (ver capítulo II, parte II) y que en su artículo 103 establece que:

Artículo 103: «En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente carta».

De este modo, por medio de un tratado que forma parte del Derecho nacional, se establece la relación jerárquica en caso de conflicto entre dicho tratado (Carta de la ONU de 1945) y todos los demás tratados que forman parte del Derecho nacional peruano.

Si bien es cierto que este mecanismo proporciona un criterio de solución en caso de conflictos entre tratados, no es menos cierto que dicho criterio está restringido a un conflicto entre la Carta de la ONU y los restantes tratados incorporados al Derecho nacional. En tal sentido, dicho criterio es particular, cuya explicación está en función de un caso concreto.

En síntesis, excluyendo el caso de la Carta de la ONU, no existe criterio alguno en la Constitución de 1993 que permita resolver un conflicto entre tratados; aplicándose entonces el principio de tratado posterior deroga al anterior.

Inaplicabilidad o derogatoria en caso de conflicto entre tratado y norma interna según la interpretación judicial de la primacía del Derecho Internacional

Como hemos ido viendo, en el caso de la interpretación judicial de la primacía del Derecho Internacional, en el supuesto de conflicto entre las normas emanadas de un tratado y una norma de Derecho interno, prevalecen las estipuladas por el tratado.

¿Qué quiere decir que prevalecen las normas del tratado?

Esto significa que dichas normas prevalecen en su aplicación sobre aquellas emanadas de una norma de Derecho interno, es decir, *a contrario sensu*, que mientras el tratado esté vigente para el Perú, las normas del Derecho interno que colisionan con el tratado resultan inaplicables. No se habla de derogatoria de las normas internas por un tratado en caso de colisión, sino de inaplicabilidad de estas.

La razón de esta inaplicabilidad reside en que las normas emanadas de un tratado obligan tan solo a las partes del mismo, mas no a los sujetos de Derecho Internacional cuya relación con el Estado peruano no está regida por dicho tratado

y a las que sí resultan aplicables los preceptos de la norma interna peruana llegado el caso. Esta razón es compartida por De la Lama cuando señala que:

«[...] cabe precisar que el conflicto se encuentra limitado por el ámbito de aplicación y de validez del tratado. El tratado rige solo las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales que son partes en el mismo. Por lo tanto, no existirá conflicto y, en consecuencia, prevalece la ley, respecto a Estados y Organizaciones Internacionales que no son parte del tratado». (De la Lama, 1987, p. 491)

Queda entonces clara la razón por la cual en caso de conflicto entre un tratado y una norma de Derecho interno esta queda inaplicada o suspendida y no derogada mientras el tratado esté en vigor para el Perú.

En el caso de conflicto de tratados, rige el principio según el cual un tratado posterior puede inaplicar un tratado anterior en todo o en parte si aquello se desprende del tratado posterior en forma inequívoca o si consta que tal ha sido la intención de las partes. Por lo general, para evitar cualquier duda al respecto, la intención de las partes referente a la inaplicabilidad de las normas de un tratado anterior consta expresamente en el tratado posterior. La Convención de Viena de 1969 establece en su artículo 59, párrafo 2, los criterios expuestos.

Hasta aquí todo lo referente al criterio de la interpretación judicial de la primacía del Derecho Internacional.

A continuación, expondremos el segundo criterio posible de interpretación judicial en caso de conflicto entre tratado y norma interna, a saber, primacía del Derecho nacional.

El criterio de la primacía del Derecho nacional en la interpretación judicial y sus consecuencias. Como ya hemos visto, la Constitución de 1993 no señala expresamente ningún criterio de solución al supuesto de un conflicto entre las normas de un tratado y las normas de Derecho interno. Es en tal sentido que dicho criterio debe ser establecido por el juez. Ya hemos desarrollado el supuesto en el que el juez, en caso de conflicto entre tratado y ley, aplicando lo dispuesto en el artículo 139 inciso 8 de la Constitución, establece el criterio de la primacía del Derecho Internacional.

Existe, sin embargo, otra posible interpretación judicial sobre el problema de conflicto entre tratado y ley interna, a saber, primacía del Derecho nacional. Tal interpretación se sustenta en un análisis literal del texto constitucional del cual se puede extraer el criterio de la primacía del Derecho nacional.

Tratados y orden jurídico nacional. El criterio de la interpretación judicial de la primacía del Derecho nacional parte del análisis textual del artículo 55 de la

Constitución de 1993. En tal artículo, se estipula expresamente que «los *tratados* celebrados por el Estado y en vigor *forman parte del Derecho nacional*».

Ante este enunciado claro y expreso, el juez interpreta que ya que dichos *tratados* forman parte del Derecho interno; entonces se rigen por este. En tal sentido, teniendo en cuenta que la Constitución no ha establecido ningún criterio especial de solución en caso de conflicto entre tratado y ley, entonces el conflicto se soluciona aplicando los principios que para estos casos establece el orden jurídico nacional, a saber, el principio de la constitucionalidad de las leyes y el de *lex posterior derogat priori*, sancionados en los artículos constitucionales 138 y 103, respectivamente.

Una vez ubicados los criterios de solución al problema planteado, es menester, para aplicar dichos criterios establecer el rango jerárquico normativo que los *tratados* tienen en el orden jurídico nacional.

De nuevo, siguiendo una interpretación literal, la Constitución en su artículo 200, inciso 4, establece que los *tratados* tienen rango de ley. Dice el artículo 200, inciso 4:

«Son garantías constitucionales: [...]

La acción de inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, *tratados*, [...]».

De este modo, una vez establecida la jerarquía normativa de los *tratados* en el orden jurídico interno, a saber, rango de ley, el juez puede proceder a la aplicación de los criterios de solución en caso de conflicto entre tratado y normas de Derecho interno sancionadas en los artículos 138 y 103 de la Constitución vigente.

El criterio de la constitucionalidad de las leyes. El artículo 108 de la Constitución en su párrafo final establece que «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

De este modo, el artículo 138 de la Constitución de 1993 establece el criterio de solución a seguir en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía.

Ya que según el artículo 200, inciso 4, los *tratados* celebrados por el Estado y en vigor tienen rango de ley, en caso de conflicto entre un tratado y una norma constitucional, el juez peruano prefiere esta última, es decir, aplicará las disposiciones constitucionales.

Del mismo modo, el tratado prima sobre toda otra norma de rango inferior a la ley, es decir, todas aquellas normas que no se encuentran expresamente señaladas en el artículo 200, inciso 4, de la carta constitucional.

Ahora bien, la existencia de un conflicto entre un tratado con rango de ley y la Constitución implica que el primero vulnera la norma constitucional, es decir, que sus normas son inconstitucionales.

En tal supuesto, la Constitución en el artículo 200 inciso 4, establece la acción por la cual la norma tenida por inconstitucional queda sin efecto: tal acción es la de inconstitucionalidad.

El artículo 203 de la Constitución establece taxativamente una lista cerrada de quiénes están facultados para interponer dicha acción.

El artículo 202 establece quién resuelve la acción de inconstitucionalidad, a saber, el Tribunal Constitucional el cual conoce dicha acción en instancia única.

Finalmente, el artículo 204 establece que si la sentencia del tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma, en nuestro caso particular, la inconstitucionalidad de un tratado, dicha sentencia se publica en el diario oficial quedando sin efecto el tratado al día siguiente de tal publicación.

Que el tratado quede sin efecto significa que los efectos jurídicos del mismo, los derechos y obligaciones establecidas por las partes en el marco del tratado quedan sin efecto, es decir, quedan derogadas según se desprende, de la interpretación del artículo 103 de la Constitución que dice: «la ley se deroga solo por otra ley, *también queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad*».

Finalmente, el artículo 204 en su último párrafo establece que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un tratado no tiene efectos retroactivos. De este modo, la Constitución hace suya la corriente doctrinaria más difundida en cuanto a modalidades de sentencias de inconstitucionalidad, a saber, sentencias constitutivas, es decir, «que la anulabilidad de la norma proclamada inconstitucional se produce a partir de la fecha en que se pronuncia, que es publicada la sentencia, es decir, siempre con efectos hacia adelante o *ex nunc*» (Danós y Sousa, 1987, p. 378).

La Constitución de 1993 establece, en este sentido, la posibilidad de un control constitucional *a posteriori* de la entrada en vigor de los tratados celebrados por el Estado y, en tal razón, la posibilidad de revisión constitucional de todos aquellos tratados celebrados y en vigor con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, cuya celebración se produjo bajo otras reglas constitucionales. Esto implicaría que tales tratados ya en vigor, opuestos a la actual Constitución, pueden quedar sin efectos por sentencia constitutiva del Tribunal Constitucional.

Sobre este particular, Jorge Danós y Martha Sousa no se oponen a la posición del control jurisdiccional constitucional *a posteriori* de la entrada en vigor de un tratado diciendo que «En nuestra opinión los tratados internacionales como normas jurídicas inmediatamente subordinadas a la Constitución también deben ser objeto de control jurisdiccional en procura de su adecuación a la Carta Fundamental» (Danós y Sousa, 1987, p. 345). Ambos autores, apoyándose en Kelsen (Danós y Sousa, 1987, pp. 345-346) parecen no estar de acuerdo con «la clásica objeción de quienes niegan el derecho de abrogar unilateralmente por uno de los Estados contratantes, un tratado internacional» (Danós y Sousa, 1987, pp. 345-346). Sobre esta opinión cabe hacer una digresión. No resulta extraño que Kelsen, partidario, teórico y divulgador de la doctrina de la primacía del Derecho Internacional opine que los tratados «pueden ser inmediatamente inconstitucionales, ya sea formalmente, en razón de su confección, ya sea materialmente, en razón de su contenido» (Danós y Sousa, 1987, pp. 345-346).

Kelsen (1955) considera a los tratados como un proceso o procedimiento específico el cual puede entender ya sea como un acto creador de derecho, es decir, el acto que establece el acuerdo de las partes contratantes; ya sea como el resultado de un tal acto, es decir la norma por él creado que establece los derechos y obligaciones de las partes contratantes (p. 136).

A esta segunda acepción de tratado es a la que se refiere Kelsen como *conclusión de un tratado*.

Que un tratado haya sido concluido válidamente significa que este ha sido concluido por el órgano de Derecho interno competente, órgano que es establecido por el propio Derecho interno, lo cual le es permitido por el Derecho Internacional general. Estamos hablando entonces del *treaty-making power*, poder o facultad de concluir tratados. Es el Derecho Internacional el que autoriza a la Constitución de cada Estado la facultad de determinar los órganos competentes para concluir tratados. Este es, pues, un mandato del Derecho Internacional y en tal sentido el problema de saber si un tratado ha sido concluido conforme a la Constitución debe ser resuelto interpretando la Constitución y pertenece a cada Gobierno el derecho de interpretar su Constitución en su relación con otros Estados (Kelsen, 1955, p. 138).

El Derecho Internacional permite excepcionalmente que un Gobierno pueda declarar que ha concluido un tratado violando su Constitución y que el tratado es, por consecuencia, nulo (Kelsen, 1955, p. 138).

Tal excepción ha sido consagrada por la Convención de Viena de 1969. Sobre este particular, comenta De la Guardia y Delpech que:

«El artículo 27 ordena claramente la primacía del Derecho Internacional (cumplimiento de un tratado, de conformidad con la norma del artículo 26,

pacta sunt servanda) por sobre el interno, con salvedad del artículo 46 que, a su vez, dispone el mismo principio con una excepción; cuando la violación de ese Derecho interno haya sido manifiesta y afecte una norma fundamental del mismo». (De la Guardia y Delpech, 1970, p. 288)

A lo dicho por De la Guardia y Delpech, solo cabe agregar que la violación manifiesta del Derecho interno al que alude el artículo 46 se refiere a las *disposiciones de Derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados (treating making power)*.

La nulidad que acarrea tal violación no se produce porque el Estado declara tal nulidad mediante una sentencia de su Derecho interno, sino porque el Derecho Internacional mediante sus órganos jurisdiccionales así lo declara a pedido de la parte interesada.

Solo una vez sucedido esto puede considerarse que las partes han quedado desvinculadas de sus obligaciones internacionales.

Hasta aquí el breve comentario que nos merece la posición de Jorge Danós y Martha Sousa sobre el derecho de abrogar unilateralmente (por uno de los Estados) un tratado, que hemos creído pertinente en la medida en que ambos citan para tal efecto a Kelsen.

El principio de lex posterior derogat priori. Un segundo criterio de solución de conflictos entre tratado y norma de Derecho interno según la interpretación judicial de la primacía del Derecho nacional, es el de *lex posterior derogat priori* consagrado en el tercer párrafo del artículo 103 de la Carta Constitucional: «La ley se deroga solo por otra ley».

Queda así establecido el criterio de solución en caso de conflicto de normas inferiores a la Constitución y que, o bien pueden tener igual jerarquía, o bien jerarquía distinta.

Esto significa que, en el primer caso, un tratado, que según el artículo 200 inciso 4 tiene rango de ley, solo puede ser derogado por otra norma posterior de la misma jerarquía, esto es, por una ley, decreto legislativo, decreto de urgencia, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general, ordenanzas municipales. Así, cualquiera de estas normas con rango de ley podría derogar un tratado.

Por otro lado, un segundo caso es aquel en que se presenta un conflicto entre normas de distinta jerarquía, a saber, entre una norma con rango de ley y otra con rango inferior a la ley. En dicho caso, la norma posterior de mayor jerarquía deroga la anterior de jerarquía inferior.

Así, un tratado posterior a una norma no contemplada en el artículo 200 inciso 4 tiene efectos derogatorios para esta. Nótese que, siguiendo este razonamiento,

no estamos ante un caso de inaplicabilidad de una norma inferior a la ley por un tratado: estamos ante una derogatoria expresamente prescrita por el artículo 103.

Síntesis. A lo largo de este capítulo, hemos visto que la Constitución de 1993, ante la grave omisión de no señalar expresamente los criterios de solución en caso de conflicto entre tratado y norma de Derecho interno, deja dichos criterios a la interpretación del juez, el cual puede adoptar la tesis de la interpretación judicial de la primacía del Derecho Internacional, cuyo sustento constitucional sería el reconocimiento de la naturaleza propia del Derecho Internacional convencional poseedor de un carácter *ius supra partes*. En tal caso, estaríamos según Fernández-Maldonado, ante la tesis de «[...] democratización de la política exterior que, en palabras de Remiro Brotons “implica hacer efectivo el principio de soberanía popular en el ámbito de la política exterior del Estado, hasta el límite en que su naturaleza lo permite”» (Fernández-Maldonado, 1990, p. 345).

Nos adscribimos a esta tesis y a sus consecuencias en la medida que hace posible la eficacia del Derecho Internacional, es decir, su existencia.

Sin embargo, la misma Constitución admite otra interpretación radicalmente opuesta.

Tal sería la interpretación judicial de la primacía del Derecho nacional en caso de conflicto entre tratado y norma de Derecho interno como criterio de solución.

Tal interpretación parte de la negación de una naturaleza propia del Derecho Internacional y cuya consecuencia es que tanto el instrumento creador del derecho, así como las normas por él producidos y sus efectos son regulados por el Derecho nacional, único y «verdadero Derecho». Esta no es otra que la tesis dualista, la cual niega la existencia de un Derecho Internacional. No es, pues, como lo señala el embajador Antonio Belaunde Moreyra, que la primacía del Derecho Internacional constituye «un obsequio innecesario del Derecho Interno en favor del Derecho Internacional» (Chirinos, 1994, p. 100), sino más bien que la primacía del Derecho Internacional constituye el fundamento de dicho Derecho.

Como bien señala Fernández-Maldonado (1990), la tesis dualista de la primacía del Derecho nacional [es una] ...

«Postura (que) ha prevalecido en el constitucionalismo decimonónico y fue posteriormente reelaborada, para sostener doctrinariamente regímenes autoritarios, como ha sido el caso de la tesis del «poder exterior» (*auswärtige gewalt*) de E. Wolgast en el Tercer Reich o como fluye de la ley constitutiva de las Cortes de 1942 y la Ley Orgánica de Estado de 1967, de la dictadura de Franco en España». (p. 344)

No solo somos detractores de esta postura, la cual ha sido refutada extensamente en la primera parte de esta tesis, sino que consideramos que su adopción —permitida por la Constitución vigente— implica gravísimas consecuencias jurídicas internacionales para el Estado peruano ante la posibilidad que el Perú pueda desvincularse de sus obligaciones internacionales invocando normas de Derecho interno. Tales consecuencias no son otras que la responsabilidad internacional del Estado peruano y las sanciones internacionales que según el caso pueden realizarse hasta con el uso de la fuerza armada (artículo 42 de la Carta de la ONU). Así, tales consecuencias no hacen sino reafirmar la primacía del Derecho Internacional y su objetiva existencia.

CAPÍTULO II

NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES REGULADORAS DEL *IUS BELLI AC PACIS* EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 DENTRO DEL MARCO DE LA DOCTRINA DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL

La atribución prescrita en el artículo 118 inciso 16 de la Constitución Política del Perú de 1993, por la cual el Presidente de la República, con autorización del Congreso, puede declarar la guerra y firmar la paz, está, a nuestro criterio, condicionada jurídicamente por dos instrumentos jurídicos internacionales (concluidos bajo la forma de tratados solemnes) de los cuales el Estado peruano es parte contratante. Estos tratados internacionales son el Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 y la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945 que, en calidad de fuente de derechos y obligaciones para los Estados partes e integrantes ambos en su calidad de tratados del Derecho nacional peruano con rango constitucional, limitan jurídicamente por su contenido la atribución presidencial del artículo 118 inciso 16 de la Constitución Política del Perú de 1993, es decir, que dicha atribución debe interpretarse a la luz de estos dos tratados. A continuación, pasaremos a analizar el primero de ellos: el Pacto de París de 1928.

EL TRATADO DE RENUNCIA A LA GUERRA DE 1928 O PACTO BRIAND-KELLOGG COMO FUENTE DE OBLIGACIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES

El Pacto de París o Pacto Briand-Kellogg fue firmado en París el 27 de agosto de 1928 por 15 Estados, entre ellos el Perú. El Pacto Briand-Kellogg estaba sometido a ratificación y abierto a la adhesión de cualquier otro Estado cuyos instrumentos de ratificación o adhesión debían ser depositados en Washington D. C. (artículo 3). El 24 de julio de 1929, el Pacto entró en vigor para los 15 Estados contratantes primigenios y para otros 31 Estados a los que se sumaron, hasta fines de 1938, otros 63 países (*American Journal of International Law*, 1939, p. 865).

El Pacto Briand-Kellogg no es una simple declaración general, sino que, por la forma de su conclusión, es un tratado solemne. En tal virtud, su contenido constituye una obligación jurídica para los Estados partes y su incumplimiento acarrea para el infractor una sanción jurídica internacional.

A continuación, pasaremos a analizar la obligación jurídica que tal tratado prescribe desde el punto de vista de la Teoría General Positiva del Derecho Internacional Público.

La obligación jurídica del Pacto de París

Como ya se ha visto en la Parte Primera, capítulo I, en los puntos referidos a la regla de Derecho y a la obligación jurídica, sabemos que, según lo expresa Kelsen, toda regla de Derecho establece una obligación jurídica que es el contenido de una norma jurídica. La obligación jurídica es la conducta contraria a aquella conducta que es condición específica de una sanción jurídica, a saber, el acto ilícito. Esto quiere decir que si no existe una sanción bajo la forma de un acto de coerción cuyo objeto es una conducta considerada indeseable por un sistema jurídico, no existirá obligación jurídica de comportarse de la manera contraria, es decir, de la manera considerada por el sistema jurídico como deseable.

La obligación jurídica tiene por objeto, según lo expresa Kelsen, la conducta que un sistema jurídico desea establecer. De este modo, si expresamos lo antedicho en forma de regla tendremos que esta se descompone en dos: una regla primaria que instituye la coerción y que pone como condición del ejercicio de dicha coerción la conducta contraria a aquella que prescribe la regla secundaria cuyo enunciado en un imperativo. Esta regla secundaria es irrelevante ya que no hace más que expresar con mayor claridad el enunciado que resulta de la regla primaria y que es la verdadera obligación jurídica (Kelsen, 1969, p. 244).

Siguiendo los postulados expuestos por Kelsen vamos a analizar a continuación si es que el Pacto Briand-Kellogg es una norma jurídica, es decir, si contiene o no una obligación jurídica.

El artículo primero del Pacto Briand-Kellogg nos dice a la letra lo siguiente:

«Las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente, en nombre de sus pueblos respectivos, que condenan el recurso de la guerra como medio para el arreglo de los diferendos internacionales y renuncian a esta en tanto que instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas».

De este artículo primero del Pacto Briand-Kellogg, cabe formularse dos preguntas que resultan pertinentes para dilucidar la existencia de una obligación jurídica.

La primera de ella es ¿cuál es la conducta deseada por la norma enunciada en este artículo primero? Es decir, ¿cuál es el imperativo que la norma prescribe?

Si, como sostiene Hans Wehberg (1952) en su interpretación de este primer artículo, los Estados sin restricción alguna «condenan el recurso a la guerra para el

arreglo de los diferendos internacionales» y luego renuncian a este recurso como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas, la conducta deseada por la norma es que los conflictos que se susciten entre Estados deben ser arreglados por medios pacíficos. Esta es la conducta deseada por la norma, es decir, el imperativo que la norma prescribe y, en tanto que tal, dentro del esquema kelseniano de regla de Derecho, vendría a ocupar el rol de regla secundaria.

¿Cuál es la regla primaria donde se encuentra la verdadera obligación jurídica, es decir, dónde se ubica el acto que la norma considera indeseable y para el cual prescribe una sanción jurídica?

La respuesta se encuentra en el mismo artículo primero materia de análisis. Cuando las Altas Partes Contratantes condenan el recurso de la guerra como medio para el arreglo de los diferendos internacionales y, acto seguido, renuncian a este en tanto que instrumento de política nacional, están estableciendo que la guerra es el acto ilícito que la norma enuncia. Sin embargo, para que estemos en el supuesto de un ilícito jurídico, siempre siguiendo el esquema kelseniano, es necesario que esté aparejado de un acto de coerción bajo la forma de sanción en caso de que una conducta se enmarque en el supuesto del acto ilícito enunciado por la norma. Solo si existe esta sanción bajo la forma de un acto de coerción que pone como condición para el ejercicio de dicha coerción la conducta contraria a aquella que prescribe el imperativo de la regla secundaria (la guerra), estaremos hablando de acto ilícito jurídico y, en consecuencia, de la obligación jurídica de abstenerse de actuar de tal forma.

¿Cuál es la sanción jurídica en el Pacto Briand-Kellogg?

Siguiendo al estudioso del Pacto Briand-Kellogg, Hans Wehberg (1952), este es de la opinión que no existe en dicho pacto una sanción jurídica afirmando que se ha reprochado con justicia al Pacto Briand-Kellogg de no prever sanciones contra los violadores del Pacto. Desde este punto de vista, hay que decirlo, el Pacto Briand-Kellogg es una *lex imperfecta*. Pero la obligación que este prevé no es menos real por esto. En efecto, el Pacto no es una creación artificial, es producto del deseo de los hombres de poner fin a las guerras (p. 48).

No compartimos la opinión de Wehberg ni desde el punto de vista jurídico, ni desde el punto de vista de la interpretación.

No la compartimos desde el punto de vista jurídico, pues consideramos que no existe obligación jurídica de comportarse de la forma deseada por la norma, si no existe sanción jurídica que recaiga sobre la conducta contraria a dicha conducta deseada por la norma, es decir, si no existe sanción jurídica contra el acto ilícito.

De este modo, es inexacto por parte de Wehberg afirmar que existe una obligación jurídica aun sin existir una sanción jurídica contra el acto ilícito (guerra como instrumento de política nacional de los Estados). Una tal obligación no será más que una obligación extrajurídica.

De otro lado, desde el punto de vista de interpretación del Pacto, si bien es cierto que este no prevé expresamente una sanción jurídica, no es menos cierto que esta está presumida tanto en el artículo primero como en el preámbulo del pacto.

Así, tenemos que cuando, en el artículo primero, las Altas Partes Contratantes renuncian a la guerra como instrumento de política nacional en el marco de sus relaciones mutuas, estas mismas partes no están renunciando a la guerra como instrumento de sanción jurídica internacional. Esto se desprende claramente de la contraposición entre los conceptos de guerra como instrumento de política nacional y guerra como instrumento de sanción jurídica.

¿Qué es una guerra como instrumento de política nacional de un Estado?

Es una guerra que constituye un acto unilateral de justicia particular condenada por el Pacto Briand-Kellogg y de la cual las partes contratantes del mismo han hecho renuncia. Puesto en otros términos, esto quiere decir que la guerra a la que se refiere el artículo primero es aquella concebida con fines políticos, es decir, como un medio político para desarrollar intereses nacionales. Sobre este particular es ilustrativo señalar lo que el representante del Perú, Mariano H. Cornejo, entendía por guerra como instrumento de política nacional en el contexto de una discusión en la décima sesión de la asamblea de la Sociedad de Naciones, en la que Gran Bretaña propuso adaptar el pacto Briand-Kellogg al de la Sociedad de Naciones.

Dijo Cornejo (1929):

«[...] si ambos pactos no deberían contener disposiciones que prevean el caso en el cual un Estado poderosos tuviese a su merced a un Estado más débil y pretendiese imponer la paz. ¿Vamos a dejar al Estado culpable del crimen de guerra sacar beneficios para su política nacional de la paz que le impondrá al vencido? [...] *Las anexiones territoriales o los tributos de guerra [...] procurados por la guerra están prohibidos por el Pacto de París, como lo están también en el espíritu del pacto de la SDN*». (p. 28).

Del mismo modo, el internacionalista Quincy Wright (1930) sostenía que las adquisiciones territoriales, es decir, la conquista o *debellatio* (guerra como instrumento de política nacional) hechas en violación del Pacto Briand-Kellogg eran nulas (p. 50).

Aún más, aludiendo directamente al Pacto Briand-Kellogg que prohíbe el recurso a la fuerza dice Wehberg (1952) que un cambio radical se produjo con la prohibición del recurso a la fuerza: *sin embargo, es de presumir que se trata de un recurso no autorizado de la fuerza* (p. 46).

De esto puede inferirse claramente que la guerra como instrumento de política nacional prohibida por el Pacto Briand-Kellogg es un recurso no autorizado de la fuerza. Esto implica que existiría un recurso autorizado de la fuerza que no podría ser otro (en el contexto del Pacto Briand-Kellogg) que la guerra como sanción jurídica internacional. Si bien es cierto que esta no está expresamente prevista en el Pacto, está por demás presumida según se desprende del tenor del artículo primero.

¿A cuál guerra es a la que no renuncian las Altas Partes Contratantes?

No renuncian a la guerra concebida como instrumento de sanción jurídica internacional, entendiendo por tal la guerra emprendida por la comunidad internacional contra el violador de las obligaciones jurídicas establecidas en el Pacto. El propio Wehberg (1952), que desconoce en el Pacto Briand-Kellogg la existencia de una sanción jurídica expresa contra la parte que viole dicho pacto, admite nuestra interpretación al decir que: el hecho de que la guerra de sanciones y el recurso a la fuerza por la comunidad de Estados estén admitidos, no constituye una violación del principio, según el cual la guerra no es más un medio reconocido de realización de pretensiones políticas o jurídicas nacionales. (p. 45)

La guerra, emprendida como instrumento de sanción jurídica internacional se expresa necesariamente bajo la forma de un acto de coerción contra el violador del derecho, es decir, contra aquella conducta que la norma ha establecido como acto ilícito y que, en el caso del Pacto Briand-Kellogg, corresponde a la guerra como instrumento de política nacional.

Solo de este modo existirá la obligación jurídica contraída por las partes contratantes del Pacto, a saber, que todos los conflictos deben arreglarse por medios pacíficos. Solo así la guerra deja de ser un instrumento político para ser entendida desde un punto de vista exclusivamente jurídico como elementos de la regla del Derecho, a saber, como un acto ilícito y/o como una sanción jurídica internacional que la norma prevé contra dicho acto ilícito. Así, la norma califica a la guerra en dos categorías: la emprendida como instrumento de política nacional y que constituye un acto ilícito; y la emprendida por la comunidad internacional a título de sanción contra dicho acto ilícito. Consecuentemente, la guerra pasa de ser objeto de estudio de la ciencia política a ser objeto exclusivo de estudio de la ciencia jurídica.

En tal sentido, seguimos la interpretación del Pacto Briand-Kellogg que hace Hans Kelsen (1945).

Habíamos afirmado que el Pacto Briand-Kellogg sí establecía una sanción jurídica tanto en su artículo primero como en el preámbulo del mismo. En efecto, el preámbulo del Pacto no hace sino confirmar la tesis de que este prevé una sanción jurídica contra los Estados que violen las disposiciones contenidas en él.

Así, el preámbulo del Pacto Briand-Kellogg prevé formalmente que «Toda potencia signataria que busque pese a todo desarrollar sus intereses nacionales recurriendo a la guerra deberá ser privado del beneficio del presente tratado».

¿Cuál es el beneficio que prevé el Tratado Briand-Kellogg?

El beneficio previsto en el tratado se deduce del primer artículo del mismo. Si el imperativo enunciado por la norma es que los conflictos deben ser arreglados por medios pacíficos y que, para lograr dicho fin, los Estados condenan el recurso de la guerra como medio para el arreglo de los diferendos internacionales y renuncian a esta en tanto que instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas, tenemos que, consecuentemente, los Estados parte del tratado dejarán de sufrir los efectos de la guerra en sus relaciones mutuas. Esto constituye en nuestra opinión el beneficio al cual se refiere el preámbulo del Pacto. Así, la privación de este beneficio establecido por el Pacto implica que las partes que busquen pese a todo desarrollar sus intereses nacionales recurriendo a la guerra (acto ilícito), sufrirán los efectos de la guerra, entendida como instrumento de sanción internacional, es decir, sufrirán las consecuencias de la sanción jurídica prevista por la norma.

De la misma opinión es Emile Giraud, quien, al analizar las normas del Pacto Briand-Kellogg, afirma que dicho pacto, en su preámbulo, consagra implícitamente la interpretación por nosotros expuesta. Dice Giraud (1969) que el Estado víctima de una agresión, es decir, el Estado que ha sido víctima de un recurso ilegítimo de la guerra, tiene en principio, el derecho de hacer la guerra a su agresor. No está autorizado solamente a parar el golpe que se le ha dado (legítima defensa) a rechazar al invasor fuera de su territorio. *Está autorizado a conducir la guerra hasta su conclusión victoriosa que lo beneficiará con las reparaciones a las cuales eventualmente pretenda tener derecho y lo garantizará contra la amenaza próxima o lejana de una nueva agresión* (sanción) (pp. 1-18).

De este modo, el Estado que ha hecho uso de un recurso ilegítimo a la guerra en violación del artículo primero del pacto queda privado de los beneficios que el Tratado de Renuncia a la guerra de 1928 prevé, a saber, que los Estados partes no sufrirán las consecuencias de la guerra en sus relaciones mutuas. Esta afirmación merece una aclaración adicional.

Suele asimilarse el término «consecuencias de la guerra» a los conceptos de anexión territorial (*deballatio*) o la de modificación territorial fruto de un tratado de paz impuesto por el vencedor. Esto significaría que un Estado violador del Pacto Briand-Kellogg, al ser privado de los beneficios previstos por este, podría sufrir en el transcurso de una sanción jurídica internacional una anexión o modificación de su territorio. Tal interpretación resulta jurídicamente inviable en virtud de la doctrina del «No reconocimiento» o doctrina Stimson (1936) según la cual, las anexiones y cesiones territoriales consecuencia de acuerdos o tratados impuestos por la fuerza por un Estado vencedor al Estado vencido, no son reconocidas por la comunidad internacional como jurídicamente válidos.

La Doctrina Stimson fue formulada en una declaración del Secretario de Estado Norteamericano Henry L. Stimson a raíz del conflicto de Manchuria. Como es de público conocimiento, el imperio del Japón invadió y ocupó la provincia de China de Manchuria (18 de septiembre de 1931). Como consecuencia de estos hechos, el Secretario de Estado Stimson envió una nota fechada el 7 de enero de 1932 a los gobiernos de China y Japón cuyo tenor es el siguiente: «El Gobierno americano no admitirá la legalidad de ninguna situación de facto y no tiene la intención de reconocer ningún tratado o acuerdo (concluidos entre estos gobiernos o sus agentes), comprendidos cualquier tratado o acuerdo que concierna la soberanía, la independencia y la integridad territorial o administrativa de la República China. Aún más, no tenemos la intención de reconocer ninguna situación, tratado o acuerdo que se derive de medios contrarios a las estipulaciones y obligaciones del Pacto de París del 27 de agosto de 1928, del cual China y Japón son partes tanto como los Estados Unidos» (Wehberg, 1952, p. 95).

La naturaleza jurídica de la Doctrina Stimson se funda en la prohibición del recurso a la fuerza tanto por los tratados (Pacto Briand-Kellogg) como por el Derecho Internacional general. En tal sentido, si las guerras modernas son consideradas ilícitas mal podrían estas extinguir un derecho, más aún si este implica competencia territorial.

Tal principio se hace extensivo incluso a los Estados que ejercen el derecho de legítima defensa y a los que actúan como órganos autorizados por la comunidad internacional para sancionar a un Estado violador del Pacto.

De acuerdo con Quincy Wright (1940), en el caso de la legítima defensa, si un Estado agresor es finalmente vencido por su adversario, este, aunque actuando en legítima defensa, no está autorizado más que a rechazar el ataque. De la misma opinión es Wehberg (1952), quien afirma que: la legítima defensa no debe sobrepasar este punto y transformarse en recurso a la fuerza. El Estado atacado solo está autorizado a defenderse y a reclamar una reparación (p. 101).

El mismo razonamiento es válido para el caso de las sanciones jurídicas internacionales contra un Estado violador del Pacto: la sanción internacional tiene tres objetivos jurídicamente permitidos en el contexto del Pacto de París:

- 1) Restablecer el *statu quo* anterior a la agresión.
- 2) Impedir que una nueva agresión vuelva a cometerse.
- 3) Exigir una reparación al violador.

Cualquier otro objetivo fuera de los tres mencionados, resultan ilegales, pues constituyen un abuso del derecho en la medida que van contra el espíritu del Pacto Briand-Kellogg.

La Doctrina Stimson forma hoy parte del Derecho Internacional General y constituye una obligación jurídica para los miembros de la comunidad internacional, en razón de la ilicitud del recurso a la guerra prescrita por el Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 y la Carta de las Naciones Unidas en 1945.

En síntesis, podemos concluir que la privación de beneficios a la que alude el preámbulo del Pacto Briand-Kellogg no implica la extinción de derechos de competencia territorial. Tal privación de beneficios alude simplemente a que el Estado violador del Pacto sufrirá los efectos de la guerra (sanción), léase pérdida de vidas humanas, destrucción de propiedad y reparaciones de guerra.

La legítima defensa internacional como excepción al principio de renuncia a la guerra en el Pacto de París de 1928

El Pacto de París de 1928 no menciona en su articulado el derecho de legítima defensa internacional, es decir, el derecho que permite a un Estado utilizar el recurso de la fuerza armada como mecanismo de defensa contra una agresión armada por parte de otro Estado.

En este sentido, Hans Wehberg (1952) dice que «Si (este) no ha sido proscrito o limitado, debe sin más ser presumido. Este se deriva sin ninguna duda del Pacto Kellogg» (p. 46). De este modo, según el Pacto Briand-Kellogg, la guerra hecha en legítima defensa no está prohibida. En favor de esta tesis, Wehberg cita una nota del Departamento de Estado Americano del 23 de junio de 1928 en donde se declara a raíz de la conclusión del Pacto Briand-Kellogg lo siguiente: no hay nada que se encuentre en el proyecto americano del tratado contra la guerra que restrinja o dificulte en cualquier aspecto el derecho de legítima defensa. Este derecho es inherente a la soberanía de todos los Estados, y está contenida implícitamente en todos los tratados. Cada nación es libre, en todo momento y sin perjuicio a las disposiciones contenidos en los tratados, de defender su territorio contra un ataque

o una invasión, y ella sola (la nación) tiene la calidad para decidir si las circunstancias exigen el recurso de la guerra de legítima defensa (Calogeropoulos, 1931, p. 37).

Emile Giraud opina en el mismo sentido. Cita sobre este particular las cartas de los ministros de asuntos exteriores de Francia, Sr. Briand; de Alemania, Sr. Stresemann y de Gran Bretaña, Sr. Chamberlain.

El Sr. Briand, en su carta del 14 de julio de 1928, responde: estas interpretaciones pueden resumirse como se sigue: nada en el nuevo tratado restringe ni compromete de ninguna forma el derecho de defensa personal. Cada nación, a este respecto, queda en libertad de defender su territorio contra un ataque o una invasión (Giraud, 1969, p. 703).

En la carta del Sr. Stresemann del 27 de abril de 1928 dice que el Gobierno alemán parte del punto de vista que un pacto que sigue el modelo propuesto por el Gobierno de los Estados Unidos no pondría en duda el derecho soberano de cada Estado de defenderse a sí mismo (Giraud, 1969, p. 703).

En cuanto a la carta de Sir Austin Chamberlain del 18 de julio de 1928, cita Giraud: «Estoy enteramente de acuerdo con las directrices expresadas por el Sr. Kellogg en su discurso del 28 de abril bajo los términos de que el tratado propuesto no restringe ni impide en nada el derecho de legítima defensa» (Giraud, 1969, p. 703).

No hay, en nuestra opinión, ningún argumento de derecho que pueda oponerse a las interpretaciones formuladas por Hans Wehberg y Emile Giraud en relación al derecho de legítima defensa internacional como excepción del principio de renunciación a la guerra en el Pacto Briand-Kellogg.

A nuestro criterio, el derecho de legítima defensa procede en dos casos: el primero se refiere al hecho de que un Estado sea atacado en su territorio por otro Estado mediante una fuerza armada, y en tal razón el Estado atacado ejerce el derecho de legítima defensa. Esto es lo que se conoce como legítima defensa individual.

El que tal ataque o agresión se realice mediante una fuerza armada se deduce del hecho de que lo que el Pacto prohíbe es el recurso de la guerra como medio para el arreglo de los diferendos internacionales y solo existe estado de guerra entre dos potencias si es que media entre ambas un acto de fuerza armada. El espíritu del Pacto es el prohibir el recurso a la fuerza armada en las relaciones internacionales y este no es más que un acto específico. Esta es la teoría objetiva de la guerra desarrollada por Hans Kelsen y George Scelle que se opone a la teoría clásica de

la guerra que propugna que: hay guerra cuando una voluntad de guerra se manifiesta de un bando o del otro bajo cualquier forma (Wehberg, 1952, p. 57).

Si aceptásemos el criterio de la teoría clásica de la guerra, no habría necesidad de que para ejercer el derecho de legítima defensa se produzca un ataque armado por parte de una potencia contra otra. Bastaría una simple amenaza que manifieste la voluntad de entrar en guerra.

A una tal defensa contra una simple amenaza de guerra se le conoce como defensa preventiva. Sobre este particular, el internacionalista Maurice Bourquin (1969) nos ilustra: «existe una teoría muy difundida, según la cual un Estado podría defenderse legítimamente, no solamente contra una agresión. Me parece que esta teoría debe ser descartada. Si se le admite, no se sabría donde termina la legítima defensa y donde comienza la agresión. Admitir la noción de defensa preventiva es asumir el principio del juego de las interpretaciones subjetivas» (pp. 479-480).

De todo lo dicho, queda claro que una voluntad o deseo de entrar en guerra no constituye un acto de guerra y lo que el Pacto Briand-Kellogg prohíbe es la guerra como acto, de tal modo que la legítima defensa solo podrá efectuarse en el supuesto de un acto de guerra objetivo.

En tal sentido, siguiendo la teoría objetiva de la guerra de Hans Kelsen, no pueden admitirse las declaraciones del Departamento de Estado Americano en el sentido de que a las naciones les toca decidir si las circunstancias exigen el recurso a la guerra de legítima defensa, pues esto sería admitir la posibilidad del recurso a la guerra fuera del caso de ataque o invasión del territorio nacional en razón de hechos que se han producido fuera de las fronteras del Estado (Giraud, 1969, p. 717).

El Departamento de Estado adopta en ese sentido la teoría subjetiva o clásica de la guerra y, en consecuencia, la teoría de la defensa preventiva, pese a que en su propia nota del 23 de junio de 1928 habla del derecho que le asiste a cada Estado de «defender su territorio contra un ataque o invasión [...]», que son actos de guerra objetivos.

Un segundo caso en el que procede el derecho de legítima defensa es cuando un Estado es atacado en su territorio por otro Estado mediante una fuerza armada y, en tal razón, el Estado atacado ejerce su derecho de legítima defensa individual y, con él, otros Estados que no han sido atacados en su territorio mediante una fuerza armada consideran que el ataque armado contra dicho Estado es un ataque contra ellos y, en consecuencia, ejercen a sí mismo su derecho a defenderse. A esto se le conoce como legítima defensa colectiva.

Este tipo de legítima defensa constituye una excepción relativa al acto objetivo de fuerza armada, condición específica para el ejercicio de dicho derecho, puesto

que en el caso de la legítima defensa colectiva, solo un Estado es víctima del acto objetivo de fuerza armada y, en este caso, sí se cumple la condición para el ejercicio del derecho a la defensa, pero en el caso de los otros Estados que se consideran agredidos, la condición objetiva del acto de fuerza armada no se cumple para el ejercicio de la legítima defensa, y en tal sentido se recurre para su ejercicio a la teoría subjetiva de la guerra.

De este modo, la legítima defensa colectiva se sustenta tanto en la teoría objetiva de la guerra como en la subjetiva o clásica, postulando que habrá legítima defensa no solamente si yo mismo soy atacado, sino también si otro miembro de la comunidad de Estados es víctima de una agresión armada.

El caso de la legítima defensa colectiva fue objeto de discusión en el Pacto Briand-Kellogg, tal como se desprende de la nota del 19 de mayo de 1928, en la que el Gobierno británico declara que: existen ciertas regiones del mundo en las cuales el bienestar y la integridad presentan un interés especial y vital para nuestra paz y nuestra seguridad. Su protección contra todo ataque constituiría para el imperio británico una medida de legítima defensa (Calogeropoulos, 1931, p. 33).

Esta nota del Gobierno británico es la precursora del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas que distingue específicamente entre legítima defensa individual y colectiva.

Todas las interpretaciones teóricas, consecuencia del silencio del Tratado Briand-Kellogg en materia de legítima defensa internacional, quedan zanjadas cuando tal tratado es puesto en armonía con la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que deja clara y expresamente establecidos los casos en que procede la legítima defensa internacional, como se estudiará más adelante.

Un último punto a tratar en el tema de la legítima defensa contemplada dentro de los límites del Pacto de París es saber qué tipo de legítima defensa pueden invocar las partes.

Somos de la opinión que el Pacto de París solo contempla la legítima defensa individual entre sus miembros. Tal opinión se deduce del hecho de que la reacción contra un Estado miembro que viole la obligación del mismo por parte de los restantes integrantes del Pacto Briand-Kellogg no puede ser a título de legítima defensa colectiva, puesto que su intervención armada se produce a título exclusivo de sanción jurídica prevista en el propio Pacto de París. De este modo, solo se defiende quien es objetivamente atacado, ejerciendo su derecho de legítima defensa individual.

En el caso en que un Estado parte viole la obligación contenida en el Pacto atacando a un Estado no parte del mismo, la reacción de los restantes integrantes

del Pacto solo puede producirse a título de sanción jurídica contra el violador de la obligación jurídica.

Por último, la legítima defensa colectiva solo puede ser invocada por los miembros del Pacto Briand-Kellogg en el caso de que uno de sus integrantes sea atacado objetivamente mediante un acto de fuerza armada por un Estado no parte del Pacto, ya que en tal caso, no cabe sanción jurídica contra quien no está obligado jurídicamente, y asimismo cuando un Estado no parte, ataque objetivamente mediante un acto de fuerza armada a otro Estado no parte, y tal ataque sea considerado por alguno de los Estados firmantes del tratado Briand-Kellogg como un acto de guerra en su contra.

El Pacto Briand-Kellogg en el ordenamiento jurídico nacional peruano

El Pacto Briand-Kellogg es un Tratado internacional del cual el Perú es Alta Parte Contratante. El Pacto se encuentra en vigor para el Estado peruano desde que este se adhirió a él, y lo estará a perpetuidad, pues el Pacto no contiene ninguna cláusula que permita su denuncia, de tal modo que no es posible sustraerse a sus obligaciones *ile tempore*.

En tal virtud, el Pacto de París cae dentro del supuesto del artículo 55 de la Constitución Política del Perú de 1993 que dice a la letra: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional».

Como ya hemos visto en el capítulo primero de la Segunda Parte, poco importa desde el punto de vista de la doctrina de la primacía del Derecho Internacional la jerarquía de un tratado o la materia que este regule en un determinado ordenamiento jurídico interno, pues la validez del tratado y sus efectos no están regulados por las normas del Derecho interno sino que están regidos por las normas del Derecho Internacional; en especial, por el *pacta sunt servanda* que otorga al tratado fuerza jurídica vinculatoria entre las partes, independientemente de si este está o no en armonía con los respectivos derechos internos.

Sabemos que el artículo 200 inciso 4 de la Constitución vigente otorga a los tratados rango de ley. Esto resulta, desde el punto de vista de la doctrina de la primacía del Derecho Internacional, un hecho carente de importancia, en la medida que constituye una disposición de Derecho interno.

En tal sentido, el Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928, con rango de ley en el orden jurídico nacional peruano, puede o no afectar una disposición constitucional, hecho que en sí resulta irrelevante para la vigencia del tratado, en la medida que la fuerza vinculatoria del mismo está sustentada jurídicamente por el *pacta sunt servanda*.

En el caso del Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928, creemos que las estipulaciones en él contenidas afectan una disposición constitucional, a saber, la prescrita en el artículo 118 inciso 16 de la Constitución vigente. En tal sentido, si resulta relevante para la Constitución vigente en lo que se refiere a la aplicabilidad de la norma mencionada en la medida en que o bien esta dejará de aplicarse en favor del tratado, o bien dicha norma será susceptible de ser interpretada a la luz del tratado. Pero veamos que prescribe el artículo 118 inciso 16: «Corresponde al Presidente de la República: [...] 16. Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso».

Si el Estado peruano es parte contratante del Pacto de París de 1928 y, en tal virtud, condena el recurso de la guerra como medio para el arreglo de los diferendos internacionales y renuncia a esta en tanto que instrumento de política nacional en sus relaciones con otros Estados, cabe preguntarse ¿cuál es el sentido del artículo 118, inciso 16, de la Constitución Política del Perú de 1993?

Opinamos en el sentido de que las disposiciones contenidas en el artículo 118 inciso 16 de la Constitución Política del Perú de 1993 están condicionadas en su totalidad a las estipulaciones del Pacto Briand-Kellogg, es decir, que existe una necesidad jurídica de interpretar el artículo 118, inciso 16 de la Constitución Política del Perú de 1993, en concordancia con el Pacto de París de 1928.

Según el Pacto de París de 1928, solo dos tipos de guerra resultan válidos: la guerra como instrumento de sanción jurídica internacional llevada a cabo por una parte contratante contra aquella otra parte contratante que viole la obligación jurídica contenida en el Pacto; y la guerra emprendida como instrumento de legítima defensa internacional.

En tal sentido, el artículo 118 inciso 16 en concordancia con el Pacto Briand-Kellogg solo podría referirse a los siguientes supuestos:

- 1) El Presidente de la República declara la guerra, con autorización del Congreso, como medida de sanción jurídica contra un Estado parte del Pacto de París de 1928 que haya violado las obligaciones contenidas en él.
- 2) El Presidente de la República declara la guerra con autorización del Congreso como medida de legítima defensa internacional contra un Estado que agrede a la República del Perú mediante un acto de fuerza armada. Sin embargo, este supuesto ya está contemplado en el inciso 15 del artículo 118 que a la letra dice: «Corresponde al Presidente de la República: [...] 15. Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado».

De este modo, el artículo 118 inciso 16 solo contempla el primer supuesto, a saber, la guerra como medida de sanción jurídica internacional.

En lo que respecta a firmar la paz, en el caso del primer supuesto, el Presidente de la República no puede hacerlo ya que no puede terminar una guerra emprendida a título de sanción jurídica por medio de un tratado de paz.

Esto resulta del hecho de que: «[...] ni una sanción, ni una medida policiaca, ni una acción que se tenga por ilícita puede razonablemente terminarse por un tratado entre la autoridad que aplica el Derecho y el Estado que ha cometido el acto ilícito, ya que ambas partes no se encuentran en la misma situación jurídica, no son partes iguales en derechos autorizados por el orden jurídico a arreglar sus relaciones recíprocas como mejor les parezca».

De esto resulta que, si el Estado peruano ha actuado como órgano autorizado por el Pacto Briand-Kellogg para sancionar jurídicamente a un miembro del mismo, que haya violado las estipulaciones contenidas en él, la sanción aplicada, es decir, la guerra como instrumento de sanción internacional solo puede terminarse cuando esta haya alcanzado su fin. Esta circunstancia puede ser constatada en una declaración unilateral por parte del órgano que ha procedido a la ejecución del derecho, es decir, en nuestro caso, una declaración unilateral del Estado peruano que ponga fin a la guerra.

En el caso de la legítima defensa, pensamos que el Presidente de la República tampoco puede ponerle fin por medio de un tratado de paz, desde el momento en que la guerra que dio origen a la medida de legítima defensa, es considerada como un acto ilícito por el Pacto Briand-Kellogg. En este contexto, un tratado de paz que ponga fin a una guerra sería admitir que esta no es ilícita pues cualquier Estado puede darle inicio y puede ponerle fin a su albedrío.

Ahora bien, como el Pacto no prevé ningún mecanismo para constatar si un Estado ha violado las estipulaciones contenidas en el mismo, deja a todos los Estados parte la facultad de constatar a su albedrío la violación del Pacto y de adoptar consecuentemente la sanción prevista por él, a saber, la guerra como instrumento de política internacional.

En tal sentido, corresponde al Estado peruano como parte contratante del Pacto, determinar la violación de las estipulaciones contenidas en el mismo y la sanción correspondiente contra el Estado parte violador del derecho.

El Pacto de París y la limitación del ius belli ac pacis

Lo visto hasta aquí nos lleva a la opinión de que no es exacto afirmar como lo sostiene Hans Wehberg (1952) que: «para hacer justicia al Pacto Kellogg, hay que

decir que esta es la consumación de la ruptura definitiva con la teoría clásica del *justi hostes*. Durante siglos, los Estados habían, en razón de su soberanía poseído el *ius belli ac pacis* [...] Por fin (con el Pacto Kellogg) los Estados renunciaban definitivamente al *ius belli ac pacis*» (p. 44).

Lo cierto es que el Pacto de París de 1928 no es el fin del *ius belli ac pacis* que poseen los Estados sino tan solo una limitación a este derecho. El derecho a la guerra y a la paz está limitado jurídicamente a sancionar al Estado violador del derecho que establece el Pacto de París de 1928 y a la legítima defensa que tienen los Estados contra un ataque armado. En ambos casos, las circunstancias en los que el derecho a la sanción jurídica y a la legítima defensa se hacen efectivas, son decididas soberanamente por los Estados partes del Pacto, a falta de un mecanismo en este que centralice y monopolice el uso de la fuerza armada en favor de la comunidad internacional y que decida, independientemente de los Estados, en qué caso debe hacer uso de dichos derechos. En la medida en que la facultad de determinar cuándo se produce un acto ilícito para aplicar la sanción correspondiente sea un derecho de los Estados, el *ius belli ac pacis* es un derecho que aún poseen los Estados.

En síntesis, el Pacto Briand-Kellogg, siguiendo la interpretación de Kelsen (1945), no sería otra cosa que la legalización de la doctrina *bellum justum*, es decir, esta doctrina llevada a la juridicidad del Derecho Internacional convencional mediante su aceptación por un tratado solemne (Kunz, 1951, p. 258 y ss.)

La renuncia definitiva al *ius belli ac pacis* por parte de los Estados se plasma en otro gran tratado internacional, a saber, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945 que a continuación estudiaremos.

LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1945 Y LA PROHIBICIÓN GENERAL DE RECURRIR A LA AMENAZA O AL USO DE LA FUERZA COMO OBLIGACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

La prohibición general

En su artículo 2 numeral 4 la Carta de la Organización de las Naciones Unidas establece una prohibición general de recurrir a la amenaza o al empleo efectivo de la fuerza. Así, el artículo 2 numeral 4 dice que:

Artículo 2: «Para la realización de los propósitos consignados en el artículo I, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios:

[...]

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o a la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas».

Varios son los puntos a analizar jurídicamente en el enunciado del artículo 2 numeral 4.

En primer término tenemos que a diferencia del Pacto Briand-Kellogg en el que en su artículo primero las partes «condenan el recurso a la guerra como medio para el arreglo de los diferendos internacionales y renuncian a esta en tanto que instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas», el artículo 2 numeral 4 no habla ya de interdicción o prohibición de la guerra, sino más genéricamente de interdicción o prohibición del empleo de la fuerza. De este modo, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas adopta explícitamente la tesis de la teoría objetiva de la guerra de Hans Kelsen que nos dice que: «así, la guerra no es un estatuto específico. Es una acción específica. Desde el punto de vista del Derecho Internacional el hecho más importante es el recurso a la guerra, a saber, el recurso a una acción y no a un estatuto» (Kelsen, 1955, p. 36).

La Carta, al adoptar explícitamente la teoría objetiva de la guerra, evita cualquier tipo de interpretación teórica respecto a esta, interpretación que sí podría producirse en el Pacto Briand-Kellogg ya que al mencionar la palabra «guerra» daba pie a interpretar si esta hacía referencia a la teoría subjetiva u objetiva de la guerra.

Un segundo punto a tratar es qué debemos entender por el término amenaza o empleo de la fuerza. Según Hans Wehberg (1952) debemos entender la amenaza o el empleo de la fuerza armada (p. 68). Son de la misma opinión Goodrich-Hambro (1949), quienes opinan que en todo caso el artículo 2 numeral 4 hace referencia a un recurso a la fuerza física (*physical force*) (p. 104).

Sin embargo, no compartimos las opiniones de Wehberg y de Goodrich-Hambro.

Somos de la opinión que el artículo 2 numeral 4 prohíbe todo uso de la fuerza sin excepción, sea esta armada (*physical force*) o no.

Las razones que sostienen nuestra opinión se basan en la interpretación de los artículos 41 y 42 del capítulo VII.

El artículo 41 establece las medidas que no implican el uso de la fuerza armada, y el artículo 42 establece aquellas medidas que implican el uso de la fuerza armada.

Artículo 41: «El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones [...] que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las consecuencias ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de las relaciones diplomáticas».

Artículo 42: «Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas navales o terrestres de miembros de la Organización de las Naciones Unidas».

En el artículo 2 numeral 7 estas dos clases de empleos de la fuerza están comprendidas bajo la fórmula de «Medidas coercitivas del capítulo VII», de donde, ambos usos de la fuerza son consideradas por la Carta como medidas coercitivas.

De este modo, tenemos que el artículo 2 numeral 4 prohibiendo «el empleo de la fuerza» prohíbe no solamente el empleo de la fuerza armada (*physical force*), sino también el de la fuerza no armada. Prohíbe toda medida de coerción, inclusive la amenaza de la fuerza. Así, no hacemos más que compartir la opinión que Kelsen tiene sobre el tema (1955, p. 49).

El acto de fuerza al que se refiere el artículo 2 numeral 4 debe ser entendido unilateralmente, es decir, que todo aquel que lo realice, independientemente del fin que le proporciona dicho acto, está incurso en la prohibición general. De este modo, un Estado que reaccione con actos de fuerza contra un acto de la misma naturaleza irá contra la prohibición establecida por el artículo materia de análisis, pues este artículo concibe los actos de fuerza en sí mismos, tomados unilateralmente.

De esto resulta que el objeto de la prohibición general es el acto de fuerza unilateral.

Así lo hace notar M. Farid Zeineddine (Siria), relator del Comité I/1 en su informe del 9 de junio de 1945 a la Comisión I de la Conferencia de San Francisco, en la cual se redactó la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. «El comité desea hacer observar [...] que el empleo unilateral de la fuerza o cualesquiera otras medidas coercitivas del mismo orden no está ni autorizada ni admitida» (UNCIO, s. f., p. 418)

Del mismo modo, Kelsen (1955), interpretando en artículo 2 numeral 4 dice que: «Esta disposición equivale a prohibir todo empleo de la fuerza en las relaciones entre Estados miembros, así como en las relaciones entre estos y los no miembros. El objeto de esta prohibición es una acción unilateral emprendida por un Estado contra otro sin que haya lugar a hacer una distinción según la actitud del Estado contra el cual esta acción unilateral va dirigida, es decir, según que este Estado haya o no recurrido a medidas de fuerza» (p. 47).

De este modo, la Carta, al prohibir todo acto de fuerza armada unilateral independientemente de las motivaciones del mismo, termina definitivamente con la doctrina de la justa causa o *bellum justum* que aún subsistía en el Pacto Briand-Kellogg.

Tal opinión está explícitamente enunciada en el informe del Sub Comité del Comité I/1 que declara que: queda claro además que no podrá haber guerras legítimas (UNCIO, s. f., p. 729).

Sin embargo, hay que precisar que el artículo 2 numeral 4 establece una prohibición relativa de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza. Las declaraciones del representante norteamericano en la Conferencia de San Francisco a propósito de la redacción del artículo ya citado, a saber, «[...] que las intenciones de los autores del texto original eran la de declarar en los términos más generales, una prohibición absoluta y sin restricciones; la frase «o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de la Organización de las Naciones Unidas» pretendía asegurar que no hubiese lagunas» (UNCIO, s. f., p. 339-340).

No son exactas, pues como se verá, existen 3 excepciones que relativizan el principio de la prohibición, a saber, amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión.

Asimismo, esta prohibición relativa de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza es también general, pues alcanza a todos los Estados de la comunidad internacional, tal como lo sostiene Hans Wehberg (1952) cuando opina que: «este alcance universal del principio se deriva del hecho de que la prohibición no vale solamente entre los miembros de la Organización de las Naciones Unidas, sino también para los no miembros. El artículo 2, numeral 4, no contiene la menor restricción a este respecto. Declara en efecto que el empleo de la fuerza está prohibido «contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado» (p. 67).

Finalmente, queda claro que el bien jurídicamente protegido por la prohibición general del artículo 2 numeral 4 es la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado sin excepción, pertenezcan o no a la Organización. De este modo, el artículo 2 numeral 4 establece expresamente el bien jurídico protegido por la norma, cosa que no hacía el artículo primero del Pacto Briand-Kellogg.

Las excepciones a la prohibición general

La propia Carta de la Organización de las Naciones Unidas prevé tres excepciones al principio de la prohibición general enunciada en el artículo 2, numeral 4. Estas excepciones son las que nos hacen afirmar que la prohibición general no es absoluta sino relativa.

El empleo de medidas coercitivas sobre la base de una decisión del consejo de seguridad. La primera excepción al principio de la prohibición general de recurrir a la fuerza bajo la forma de amenaza o empleo de actos de fuerza se plasma en los artículos 42 y 44 de la Carta, integrantes ambos del capítulo VII cuyo título es: «Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión».

El artículo 42 dice la letra o lo siguiente:

Artículo 42: «Si el Consejo de Seguridad estimase que las medidas de que trata el artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacional. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de los Miembros de la Organización de las Naciones Unidas».

El artículo 44 menciona expresamente el hecho de que el Consejo de Seguridad puede hacer el uso de la fuerza cuando dice que: «Cuando el Consejo de Seguridad haya decidido hacer el uso de la fuerza [...]».

Tanto del tenor del artículo 42 y 44 se desprende que el Consejo de Seguridad podrá hacer uso de fuerzas armadas cuando estime que existen casos de amenazas contra la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión.⁵

5 La definición de agresión quedó definida por la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General. Esta estatuye que:
«Definición de la agresión:
Artículo 1
La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición.
Nota explicativa: En esta Definición el término «Estado»:
Se utiliza sin perjuicio de las cuestiones de reconocimiento o de que un Estado sea o no Miembro de las Naciones Unidas;
Incluye el concepto de un «grupo de Estados», cuando proceda.
Artículo 2

El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad.

Artículo 3

Con sujeción a las disposiciones del artículo 2 y de conformidad con ellas, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

El Moqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

g) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

Artículo 4

La enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta.

Artículo 5

Ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión.

La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional.

Ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal.

Artículo 6

Nada de lo dispuesto en la presente Definición se interpretará en el sentido de que amplía o restringe en toma alguna el alcance de la Carta, incluidas sus disposiciones relativas a los casos en que es lícito el uso de la fuerza.

Artículo 7

Nada de lo establecido en esta Definición, y en particular en el artículo 3, podrá perjudicar en forma alguna el derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia, tal como surge de la Carta, de pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en particular los pueblos que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera; ni el derecho de esos pueblos a luchar con tal fin y pedir y recibir apoyo, de acuerdo con los principios de la Carta y en conformidad con la Declaración antes mencionada.

Artículo 8

Por lo que respecta a su interpretación y aplicación, las disposiciones que anteceden están relacionadas entre sí y cada una de ellas debe interpretarse en el contexto de las restantes».

Así, queda claramente establecido que tan solo en esos tres supuestos el Consejo de Seguridad podrá hacer uso de la fuerza armada quebrando así el principio de la prohibición general establecido en el artículo 2 numeral 4.

Quien determina cuando estos tres supuestos se han producido es el propio Consejo de Seguridad, según lo establece el artículo 39 que a la letra dice:

Artículo 39: «El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

De este modo, el Consejo de Seguridad no solo ejecuta exclusivamente las medidas coercitivas que establece el artículo 42 sino que también es el único que determina si se han producido los supuestos que son condición para la adopción de tales medidas coercitivas, tal como queda expresamente establecido en el artículo 39. Así, el *ius belli ac pacis* que había sido restringida por el Pacto Briand-Kellogg —ya que los Estados eran los que decidían finalmente quién había violado las obligaciones contenidas en él y, en consecuencia, aplicaban la sanción correspondiente, a saber, la guerra— queda, en virtud del artículo 39 de la Carta, abolido para los Estados tomados separadamente. El *ius belli ac pacis* se convierte así en un derecho exclusivo y excluyente de la Comunidad Internacional representada por su Consejo de Seguridad («Teniendo presente que nada de lo dispuesto en la presente Definición —de agresión— podrá interpretarse en ningún sentido que afecte el alcance de las disposiciones de la Carta relativas, a las funciones y poderes de los órganos de las Naciones Unidas». Resolución 3314 [XXIX]).

Podemos hablar entonces de un monopolio central de la fuerza en beneficio de la Comunidad Internacional. El Consejo de Seguridad se reserva para sí el derecho de decidir quién comete el acto ilícito enunciado en el artículo 39, así como el derecho de recurrir a la fuerza con medidas coercitivas, entre las que está la guerra, estableciendo así un derecho exclusivo y excluyente en su favor y estableciendo la obligación de respetarlo por medio de la prohibición general del artículo 2 numeral 4.

El derecho de legítima defensa individual y colectivo. La segunda excepción a la prohibición general del artículo 2 numeral 4 se funda en el artículo 51 de la Carta y nos informa que no será considerado un acto unilateral de fuerza, el acto de fuerza que se ejerza a título de legítima defensa individual o colectiva, de donde el acto de fuerza ejercido bajo este título no califica como objeto de la prohibición general, es decir, no es un acto unilateral de fuerza.

Artículo 51: «Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de la Organización, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.

Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del Derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

Del análisis del artículo 51 de la Carta, podemos afirmar que el derecho a la legítima defensa está condicionada a dos factores.

El primer factor que opera como condición para el ejercicio del derecho de legítima defensa se refiere al modo en que esta condición opera, a saber, solo se usará la fuerza alegando el derecho de legítima defensa en caso de que esta sea una reacción contra una agresión armada. Esto significa que contra todo acto que no sea armado, queda prohibido alegar el derecho de legítima defensa internacional, incurriendo de esta forma en la prohibición general del artículo 2 numeral 4.

Al respecto Kelsen (1955) opina que: «ninguna violación del Derecho Internacional, que no tenga el carácter de una agresión armada, autoriza al Estado que es víctima a recurrir a la fuerza, no importa cual se la importancia del daño sufrido» (p. 48).

Una segunda condición para el ejercicio de la legítima defensa internacional se refiere al tiempo de la misma, a saber, solo tendrá carácter de legítima defensa internacional, un acto de fuerza que sea la reacción contra una agresión armada (*ex post facto*) hasta el momento en que el Consejo de Seguridad tome las medidas que considere necesarias para el mantenimiento de la paz mundial. Una vez llegado ese momento, ya no podrá alegarse legítima defensa internacional, y el uso de la fuerza será tomado como un acto unilateral objeto de la prohibición general, salvo que tome el carácter de sanción internacional en el sentido del artículo 39.

Debe quedar claro que el derecho de legítima defensa solo puede ejercerse si media un ataque armado al cual calificamos como agresión. En ningún caso podrá considerarse que un Estado ejerce su derecho de legítima defensa si el ataque armado no tiene carácter de agresión y esto solo puede suceder si dicho ataque es emprendido bajo el título de las medidas coercitivas enunciadas en el capítulo VII, artículo 42 de la Carta. La reacción contra dichas medidas coercitivas no constituye un acto de legítima defensa, sino más bien un acto de rebeldía.

Es por estas razones que Wehberg (1952) nos dice que: «toda medida tomada en ejercicio del derecho de legítima defensa debe ser puesta sin dilación en conocimiento del Consejo de Seguridad, quien deberá pronunciarse, no solo sobre la legítima defensa, sino también sobre las medidas materiales que deben ser tomadas. El derecho de legítima defensa está así sometido al control del Consejo de Seguridad» (p. 83).

De este modo, el derecho de legítima defensa que era tan solo supuesto en el Pacto Briand-Kellogg dejando a los Estados la potestad decisoria de las circunstancias en las cuales este derecho operaba, es, en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas exhaustivamente regulado y controlado por el Consejo de Seguridad que finalmente lo califica como tal.

La tercera y última excepción al principio de prohibición general del artículo 2 numeral 4 se encuentra plasmada en los artículos 107 y 53, numeral 1 de la carta (Kelsen, 1950, p. 805 y ss.). Como se verá, esta excepción se refiere a los Estados que durante la Segunda Guerra Mundial fueron enemigos de los signatarios de la Carta. Toda vez que todos ellos forman hoy parte de la organización, tal excepción resulta inaplicable por su anacronismo como veremos a continuación.

El artículo 107, que se ubica en el capítulo XVII sobre Acuerdos Transitorios sobre Seguridad, dice a la letra lo siguiente:

Artículo 107: «Ninguna de las disposiciones de esta Carta invalidará o impedirá cualquier acción ejercida o autorizada como resultado de la segunda guerra mundial con respecto a un Estado enemigo de cualquiera de los signatarios de esta Carta durante la citada guerra, por los gobiernos responsables de dicha acción».

Según lo enunciado por el artículo 107, toda acción está permitida contra un Estado enemigo, si dicha acción es consecuencia directa de la Segunda Guerra Mundial. En tal caso, no interesa que exista de por medio un tratado de paz o un simple armisticio entre el Estado enemigo (armisticio) o exenemigo (acuerdo de paz) y el Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas. Según Wehberg (1952), dicha acción no necesita haber sido prevista en una convención de armisticio o en un tratado de paz (p. 83).

El hecho de que una acción de un miembro de la Organización contra un Estado enemigo o exenemigo constituya una secuela o resultado de la Segunda Guerra Mundial, es un hecho que todo miembro de la Organización, en tal supuesto, puede decidir por sí y ante sí. De este modo, tales acciones previstas por el artículo 107 escapan al control del Consejo de Seguridad, pues el artículo 107 no contiene ninguna disposición análoga a la del artículo 51 que obliga a los gobiernos a someter las acciones derivadas del derecho de legítima defensa al Consejo de Seguridad.

De otro lado, una acción contra un Estado enemigo o exenemigo está autorizada también por el artículo 53, numeral 1, de la Carta que a la letra dice:

«1: El Consejo de Seguridad utilizará dichos acuerdos u organismos regionales, si a ellos hubiere lugar, para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad. Sin embargo, no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad, salvo que contra Estados enemigos, según se les define en el párrafo 2 de este artículo, se tomen las medidas dispuestas en virtud del artículo 107 o en acuerdos regionales dirigidos contra la renovación de una política de agresión de parte de dichos Estados, hasta tanto que a solicitud de los gobiernos interesados quede a cargo de la Organización la responsabilidad de prevenir nuevas agresiones de parte de aquellos Estados».

En el mismo artículo 53 numeral 2 se define el término «Estado enemigo»:

«2. El término “Estados enemigos” empleado en el párrafo 1 de este artículo se aplica a todo Estado que durante la Segunda Guerra Mundial haya sido enemigo de cualquiera de los signatarios de esta Carta».

En tal sentido, el artículo 53 numeral 1 prescribe que la acción contra un Estado enemigo esté prevista cuando esta se da en virtud de un acuerdo regional y solo si dicho Estado enemigo ha renovado una política de agresión, política que es calificada como tal por los Estados miembros del Acuerdo regional.

Sin embargo, la validez de tales actos está limitado en el tiempo «hasta tanto que a solicitud de los gobiernos interesados quede a cargo de la Organización la responsabilidad de prevenir nuevas agresiones de parte de aquellos Estados».

De este modo podemos concluir, siguiendo a Wehberg (1952), que los Estados antes enemigos se encuentren de este modo situados bajo un régimen de excepción, y esto por un lapso en principio limitado. No hay, sin embargo, ninguna duda posible que la entrada de un Estado exenemigo a la Organización de las Naciones Unidas liberaría a este último de las disposiciones especial de los artículos 107 y 53 numeral 1 (p. 84).

Análisis de la prohibición general del artículo 2 numeral 4 desde el punto de vista del positivismo jurídico

Sabemos que en la ciencia jurídica toda sanción jurídica es la consecuencia de un acto ilícito que es su condición. En otras palabras, solo habrá acto ilícito si es que una determinada sanción es prevista por la norma jurídica como su consecuencia. De este modo, la conducta contraria a la condición de la sanción, es decir, al acto ilícito, será el contenido de una obligación jurídica.

En las líneas subsiguientes pasaremos a analizar si la prohibición general de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza plasmada en el artículo 2 numeral 4 es el contenido de una obligación jurídica.

Somos de la opinión que le artículo 2 numeral 4, desde el punto de vista del positivismo jurídico, no establece una obligación jurídica.

Dos razones nos llevan a afirmar lo dicho. En primer término, pensamos que la norma del artículo 2 numeral 4 establecería, en todo caso, lo que llamaremos provisoriamente «actos prohibidos». En segundo lugar, consideramos que la «obligación de abstenerse» a la que se refiere el artículo 2 numeral 4 no es una obligación jurídica desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho, pues ni el artículo 2 numeral 4 ni ningún otro artículo de la Carta prevé una sanción jurídica en caso de que esta abstención no sea respetada.

Cuando el artículo 2 numeral 4 establece que «los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza [...]», está prohibiendo expresamente una conducta que considera indeseable, es decir, está considerando tales actos como prohibidos.

Pero ¿tienen estos actos prohibidos un carácter jurídico desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho? ¿Está aparejada dicha prohibición con una sanción bajo la forma de actos coercitivos contra todo aquel que no cumpla con respetarla?

Creemos que no. Las medidas coercitivas que la Carta prevé en el capítulo VII, en sus artículos 41 y 42, no son consecuencia de los actos prohibidos en el artículo 2 numeral 4 de la Carta.

Tales medidas coercitivas previstas en los artículos 41 y 42 son consecuencia directa de otros actos, también prohibidos, y que, en virtud de que la norma ha previsto en caso de que tal prohibición no sea respetada, las medidas coercitivas de los artículos ya citados, constituyen, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, verdaderos actos ilícitos. Estos son: amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión prescritos en el artículo 39 de la Carta. De acuerdo con Kelsen (1955), el artículo 2 numeral 4 de la Carta de las Naciones Unidas prohíbe expresamente a los Estados Miembros «de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza». Sin embargo, las medidas coercitivas que el Consejo de Seguridad está autorizado a tomar según los artículos 39 y siguientes no son consecuencia de la condición que un Estado miembro haya recurrido a la amenaza o al empleo de la fuerza [...]. Los hechos calificados como actos ilícitos por el artículo 2 numeral 4 no coinciden en absoluto con las condiciones enumeradas en el artículo 39 para las medidas coercitivas previstas (p. 52).

Solo en la medida en que los actos prohibidos por el artículo 2 numeral 4, a saber, amenaza o uso de la fuerza, sean calificados por el Consejo de Seguridad como amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión, podrán ser considerados como actos ilícitos en todo el sentido del Derecho, pues serán la condición jurídica de una sanción jurídica.

De lo dicho puede colegirse que, según lo expresa Kelsen (1955), sería posible que el Consejo de Seguridad vea en la conducta de un Estado una «amenaza contra la paz», sin que dicho Estado hubiese recurrido ni a la amenaza ni al empleo de la fuerza contra otro Estado. En tal caso, las medidas coercitivas decididas por el Consejo de Seguridad no estarían dirigidas contra la conducta del Estado en cuestión por la violación de lo estipulado en el artículo 2, numeral 4 (p. 52).

De lo visto hasta aquí, una pregunta se hace pertinente. Si las únicas medidas coercitivas con carácter de sanción previstas por la Carta se encuentran enunciadas en los artículos 41 y 42, y son la consecuencia de la comisión de los actos previos en el artículo 39, sean estas amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión y que, como ya se ha estudiado, constituyen actos ilícitos, cabe preguntarse: ¿cuál es la conducta contraria a estos actos ilícitos que constituiría el contenido de una obligación jurídica?

El contenido de la obligación jurídica está expresamente establecido en el artículo 2 numeral 3 que a la letra dice: «Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la Seguridad internacionales ni la justicia».

De este modo, queda establecida expresamente la obligación jurídica enunciando la conducta que los Estados deben proseguir en sus relaciones internacionales.

En síntesis, podemos concluir que los aspectos concernientes a la guerra y a la paz están regulados en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas siguiendo la siguiente regla de Derecho:

- 1) El artículo 2 numeral 3 establece la obligación jurídica enunciando la conducta que los Estados deben seguir en sus relaciones internacionales.
- 2) El artículo 39 establece expresamente los actos ilícitos, enunciando qué actos quedan prohibidos de realizarse por los Estados.
- 3) Los artículos 41 y 44 establecen expresamente las sanciones jurídicas que se derivan en caso de que los Estados incurran en los actos prohibidos por el artículo 39 violando consecuentemente la obligación del artículo 2 numeral 3.

En lo concerniente a la prohibición general de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza prescrita en el artículo 2 numeral 4, esta debe ser entendida dentro del contexto de la obligación jurídica enunciada en el artículo 2, numeral 3. Si la prohibición general del artículo 2 numeral 4 no es respetada por los Estados miembros o no miembros de la Organización, entonces estos están incumpliendo la obligación que expresamente prescribe el artículo 2 numeral 4 sea llevado a cabo como parte de la sanción jurídica que establece el artículo 42. Creemos que es en razón de dicha salvedad que la Carta no considera directamente los actos prohibidos por el artículo 2 numeral 4 como ilícitos jurídicos, pues según el artículo 41 y 42 tales actos no son ilícitos dadas determinadas circunstancias que son calificadas por el artículo 39 de la Carta en razón de si los Estados han incumplido o no con la obligación prescrita en el artículo 2 numeral 4.

La Carta de la Organización de las Naciones Unidas en el ordenamiento jurídico nacional peruano

La Carta de la Organización de las Naciones Unidas, de la cual el Estado peruano es miembro, forma parte del ordenamiento jurídico nacional según lo establece el artículo 55 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Al igual que el Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928, la Carta de las Naciones Unidas tiene rango de ley según lo dispone el artículo 200 inciso 4 de la Constitución. Como ya se ha visto, tal hecho resulta irrelevante para los efectos vinculatorios del tratado, pues estos se regulan por la norma de Derecho Internacional *pacta sunt servanda*. En tal sentido, aunque el problema es irrelevante la solución es de Derecho Internacional.

El rango de ley del tratado sí cobra relevancia para los efectos de la aplicabilidad de la Constitución en la eventualidad que las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas afecten alguna disposición constitucional.

Pensamos que la Carta de las Naciones Unidas, con rango de ley en el orden interno, afecta la disposición Constitucional prescrita en el artículo 118 inciso 16 por intermedio de los artículos 2 numeral 3 y 4; 39; 41 y 42 de la Carta.

Existen dos posibilidades:

- 1) La disposición prescrita en el artículo 118 inciso 16 de la Constitución de 1993 queda sin efecto o es inaplicable en razón de que ha sido afectada total o parcialmente por las normas pertinentes en el tratado de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.
- 2) La segunda posibilidad sugiere que el artículo 118 inciso 16 de la Constitución de 1993 no ha quedado sin efecto ni ha devenido en inaplicable por

las normas del tratado de la Organización de las Naciones Unidas de 1945 en la medida que estas normas sí contemplan las disposiciones prescritas en el artículo constitucional materia de estudio, limitando jurídicamente su ejercicio. Expresado en otros términos, el artículo 118 inciso 16 debe ser interpretado jurídicamente a la luz de las disposiciones normativas de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945.

Nos inclinamos por la segunda opinión que a continuación sustentaremos.

El artículo 118, inciso 16 de la Constitución Política del Perú a la luz de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945

Si el propósito del Estado peruano al convertirse en miembro de la Organización de las Naciones Unidas es, según lo estipula el artículo I de la Carta:

«Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin, tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho Internacional, el ajuste o el arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz [...]».

Y por otro lado, el Estado peruano se obliga según el artículo 2 numeral 3 como miembro de la organización a «arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no ponga en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia»; y, con este fin, se abstiene como miembro de la Organización, en sus relaciones internacionales de «recurrir a la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado [...]», según lo expresa el artículo 2, numeral 4; cabe preguntarse ¿cuál es el sentido de la disposición constitucional según la cual corresponde al Presidente de la República: «Declarar la guerra y firmar la paz con autorización del Congreso», tal como está prescrito en el artículo 118, inciso 16 de la Constitución de 1993?

El sentido de tal disposición constitucional no puede ser otro que el de «Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz [...]». De modo que tales medidas estarían contempladas según lo prescribe la Carta de la Organización de las Naciones Unidas en su artículo 42, que dispone las medidas de fuerza armada destinadas a «mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

Como la guerra no es otra cosa que una acción específica que puede comprender demostraciones, bloqueos y *otras operaciones* ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres, tal acción específica cae en el supuesto del artículo 42, último

párrafo que a la letra dice: «Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas».

De esta forma, la guerra a la que se refiere el artículo 118 inciso 16 de la Constitución Política del Perú debe ser entendida como una medida coercitiva que comprende el uso de la fuerza armada en el marco del artículo 42 de la Carta de las Naciones Unidas.

A quien corresponde la decisión de adoptar estas medidas es al Consejo de Seguridad, según lo dispuesto en el artículo 39 de la Carta, en caso de producirse amenazas contra la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión. Esto quiere decir que solo una vez tomada la decisión de emplear tales medidas coercitivas por parte del Consejo de Seguridad, el Presidente de la República con aprobación del Congreso puede declarar la guerra entendida como medida coercitiva que comprende el uso de la fuerza armada, en el marco del artículo 42 de la mencionada Carta.

Es en este sentido que el Presidente de la República y el Congreso son los órganos autorizados por el orden jurídico nacional peruano, según el artículo 118 inciso 16 de la Constitución Política del Perú de 1993, para hacer cumplir la recomendación o decisión del Consejo de Seguridad referida a las sanciones prescritas en el artículo 42 de la Carta.

La obligatoriedad de las recomendaciones o decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad referidas a la sanción jurídica prescrita en el artículo 42 de la Carta para con el Estado peruano se deriva de lo estipulado en el artículo 48 numerales 1 y 2 que a la letra dicen:

1. La acción requerida para llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales será ejercida por todos los miembros de las Naciones Unidas o por algunos de ellos, según lo determine el Consejo de Seguridad.
2. Dichas decisiones serán llevadas a cabo por los Miembros de las Naciones Unidas directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que formen parte.

En síntesis, los artículos 39, 42 y 48 numeral 1 y 2 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas con rango constitucional en el orden jurídico nacional peruano, limitan la atribución presidencial prescrita en el artículo 118, inciso 16, convirtiendo al Presidente de la República y al Congreso en ejecutantes de las decisiones del Consejo de Seguridad referidas a la guerra.

Como tal guerra tiene un carácter de sanción jurídica en el sentido del artículo 42 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, el Presidente de la República no puede concluir la por un tratado de paz en la medida en que él no es el órgano competente para decidir si la resistencia ilícita del Estado violador del Derecho ha efectivamente concluido. Esta prerrogativa le corresponde al Consejo de Seguridad que solo puede ejercitarla por un acto unilateral que conste que el acto ilícito del Estado violador del Derecho ha concluido.

La posibilidad de que la guerra sea declarada como medida de legítima defensa internacional está descartada, pues esta medida está contemplada en el artículo 118 inciso 15 de la Constitución. Este artículo está regulado jurídicamente por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, parte integrante del orden jurídico nacional peruano con rango constitucional.

Así, el artículo 118 inciso 15 debe cumplir con los siguientes requisitos:

- 1) El Presidente de la República, solo podrá invocar medidas que comprometan el uso de fuerza armada necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado como acto de legítima defensa internacional, en el caso de un ataque armado por parte de otro Estado, según lo establece el artículo 51 de la Carta.

Artículo 51: «Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas [...]».

- 2) El Presidente de la República está obligado jurídicamente según el artículo 51 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas a comunicar dichas medidas inmediatamente al Consejo de Seguridad.

Artículo 51: «Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicados inmediatamente al Consejo de Seguridad [...]».

- 3) Por último, las medidas tomadas en ejercicio del derecho de legítima defensa internacional tienen un lapso perentorio, a saber, «hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales» según lo prescribe el artículo 51 de la Carta.

Para finalizar, pensamos que las medidas tomadas en ejercicio del derecho de legítima defensa internacional, que comprometan el uso de la fuerza armada, no pueden concluirse por medio de un tratado de paz, pues tal como lo expresa Kelsen (1955): la práctica de concluir con un tratado de paz para terminar una guerra supone que esta es una acción bilateral y que cada Estado tiene la facultad de hacer

la guerra a cualquier otro cuando las circunstancias le parezcan apropiadas. En semejante caso el recurso a la guerra no constituye por sí mismo un acto ilícito. Mas si la guerra está prohibida, si el Derecho Internacional general o particular impone a un Estado la obligación de no recurrir a la guerra, un tal Estado no puede obligarse contractualmente a no continuar una guerra, ya que esta obligación existía antes que este haya recurrido a la guerra, a saber, bajo la forma de una norma de Derecho Internacional general o particular prohibiendo la guerra (p. 52).

Recapitulando, si el Estado peruano es solamente el órgano ejecutor de las decisiones del Consejo de Seguridad en materia de las medidas coercitivas prescritas en los artículos 41 y 42 de la carta, podemos concluir que el Estado peruano carece de *ius belli ac pacis* en razón de que este es un derecho exclusivo de la comunidad internacional representada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Carácter anacrónico de la figura jurídica de la declaratoria de guerra de la Constitución Política de 1993

En este acápite analizaremos la cuestión de si es técnicamente necesario, desde un punto de vista jurídico, la inclusión de la figura jurídica de la declaratoria de guerra en la Constitución Política del Perú de 1993 a la luz del Pacto de París de 1928 y de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945.

Somos de la opinión que la inclusión de la figura jurídica de la declaratoria de guerra en la Constitución Política del Perú de 1993 no reviste ninguna relevancia jurídica y, en tal sentido, es innecesaria.

Sustentamos nuestra opinión en las siguientes razones:

A) Histórica

La figura jurídica de la declaratoria de guerra fue una condición jurídica en el Derecho Internacional Público anterior al Pacto Briand-Kellogg para considerar que una tal guerra estaba jurídicamente permitida y que, por consiguiente, los actos que de esta se seguían, tales como las modificaciones territoriales o las anexiones eran actos jurídicamente lícitos y reconocidos por toda la comunidad internacional. De este modo, se sigue que según el *ius publicum europeum* anterior al Pacto Briand-Kellogg, toda adquisición de territorio por *debellatio*, es decir, por anexión, se deriva de la admisibilidad de la guerra como medio legítimo para arreglar conflictos (Wehberg, 1952, pp. 86-109).

Para su licitud, una guerra debía llevarse a cabo siguiendo ciertas formas. Así, Wehberg (1952) señala que: en la literatura del derecho de gentes, la idea de que toda guerra conducida por un soberano es legítima aparece desde principios del siglo XVII, e incluso desde fines del siglo XVI. Es entonces que se desarrolla la

noción del *justus hostis* según la cual el criterio decisivo de una guerra jurídicamente permitida no es la justa causa, sino la competencia del príncipe para llevar a cabo la guerra respetando *ciertas formas* (p. 22).

A este tipo de guerra era a la que se llamaba *bellum solemne* en el *jus publicum europeum* y no era otra cosa que una guerra «según las formas».

Se pregunta Wehberg (1952) si la guerra debía ser notificada anticipadamente al enemigo bajo una forma cualquiera. Esta cuestión era controversial, más los autores respondían por lo general afirmativamente (p. 22).

De la misma opinión es el internacionalista Balthazar Ayala (citado en Wehberg, 1952), auditor general de los ejércitos de Felipe II de España en la guerra de independencia de las Provincias Unidas quien sostiene que «El término “*bellum justum*” significa *que la guerra ha sido declarada públicamente* y en las *formas requeridas* por aquellos que tienen el derecho a hacerlo» (p. 23).

En esta misma corriente de opinión, Hugo Grotius, considerado padre del Derecho Internacional Público, sostiene que en el derecho de gentes *basta que la guerra haya sido declarada en las formas*, es decir por un príncipe soberano (Wehberg, 1952, p. 24).

Como puede apreciarse, entre las formas que hacen ilícita una guerra está la declaratoria de guerra según el Derecho Internacional Público anterior al Pacto de Briand-Kellogg. Esta declaratoria de guerra deviene así en una condición jurídica que califica a la guerra de lícita o ilícita.

Así, si una guerra es lícita, los actos que de ella se sigan serán actos jurídicos lícitos, es decir, reconocidos por la comunidad internacional como válidos. En tal sentido, las modificaciones territoriales tales como las anexiones de territorio serán actos jurídicos lícitos.

Este es, pues, el sentido de la figura jurídica de la declaratoria de guerra, a saber, hacer lícita una guerra y, en consecuencia, que los actos que de esta se deriven lo sean también.

Ahora bien, si la guerra, entendida en este caso como el empleo no autorizado de la fuerza armada contra Estados o gobiernos, debe ser considerada como inadmisibles e ilícita según lo dispuesto por el Pacto de París de 1928 y la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945, entonces, carece de sentido en el Derecho Internacional Público contemporáneo la figura de la declaratoria de guerra cuyo único fin es hacer lícita una guerra para a su vez hacer lícitas las conquistas fruto de la misma, puesto que según se desprende de la interpretación del Pacto Briand-Kellogg y de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, cualquier

modificación territorial obtenida por el empleo no autorizado de la fuerza armada es ilícito, es decir, nulo de pleno derecho.

Así, desde un punto de vista histórico, la figura de la declaratoria de guerra en la Constitución Política del Perú de 1993 tiene un carácter anacrónico.

B) Técnica jurídica

Como ya se ha estudiado, la guerra a la que hace referencia el artículo 118 inciso 16 de la Constitución Política del Perú de 1993, es aquel acto de fuerza armada que es emprendida como sanción jurídica internacional, según lo estipula el artículo 42 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, o, el emprendido como medida de legítima defensa internacional contra un ataque armado de un Estado según lo dispone el artículo 51 de la Carta.

En ambos casos, ni el artículo 42 ni el artículo 51 de la Carta disponen que, como condición jurídica para la ejecución de una sanción jurídica que comporte el uso de la fuerza armada o para el ejercicio del derecho de legítima defensa internacional, los Estados deban hacer una declaratoria de guerra. Esto quiere decir que la declaratoria de guerra, como figura jurídica, es jurídicamente irrelevante para ejecutar la sanción jurídica dispuesta por el artículo 42 de la Carta o para ejercer el derecho de legítima defensa internacional sancionado por el artículo 51 de la misma. Todas y cada una de las condiciones jurídicas para ejecutar la sanción jurídica dispuesta por el artículo 42 de la Carta, así como aquellas para el ejercicio del derecho de legítima defensa del artículo 51 están taxativamente enunciadas en dichos artículos.

De este modo, no puede encontrarse ningún sentido de técnica jurídica para que la figura jurídica de la declaratoria de guerra se encuentre sancionada en la Constitución Política del Perú de 1993.

CONCORDANCIA ENTRE EL TRATADO DE RENUNCIA A LA GUERRA DE 1928 Y LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1945

El Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 prescribe en su artículo primero la renuncia a la guerra como instrumento de política nacional de los Estados parte en sus relaciones internacionales.

La Carta de las Naciones Unidas no solo prohíbe el recurso a la guerra (término no definido por el Pacto de París) sino que en su artículo numeral 4 prohíbe todo recurso a la amenaza o al uso de la fuerza o a cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. De este modo, la Carta es mucho más amplia que el Pacto pues estaría prohibiendo:

- 1) La guerra (intervención armada ilimitada de un Estado en la esfera de intereses de otro Estado normalmente protegido por el Derecho Internacional).
- 2) Uso de la fuerza no armada.
- 3) Amenaza de guerra.
- 4) Amenaza del uso de la fuerza no armada.
- 5) Cualquier otra forma incompatible con el propósito de las Naciones Unidas.

De otro lado, estas 5 prohibiciones están en función de la integridad o la independencia política de cualquier Estado. Esta función es mucho más precisa que aquella por la cual estaba prohibida en la guerra en el pacto de París, a saber, «guerra como instrumento de política nacional». Este término ambiguo queda así aclarado cuando el artículo 2 numeral 4 prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado.

En cuanto a quiénes son los destinatarios de las prohibiciones consignadas en la Carta, una vez más esta tiene un aspecto más amplio que el Pacto, pues la prohibición general del artículo 2 numeral 4 es universal y la del Pacto es particular.

En efecto, mientras la prohibición general de la Carta tiene como destinatarios a los Estados miembros y no miembros del tratado de la Organización de las Naciones Unidas (artículo 2 numeral 6), la prohibición prescrita en el Pacto de París está dirigida solo a los Estados partes del mismo.

En lo referente a las sanciones jurídicas, el Pacto de París de 1928 no las establece expresamente, aunque las supone cuando limita la prohibición de la guerra en función de que esta sea un instrumento de política nacional, *ergo*, si la guerra no es instrumento de política nacional, no está prohibida. Queda así abierta la posibilidad de una guerra entendida como instrumento de sanción jurídica contra el violador del Pacto de acuerdo al espíritu del mismo. En dicho supuesto, el Pacto no establece ningún criterio respecto a quién determina la comisión del acto ilícito y quién debe sancionar al Estado responsable de la violación de las obligaciones contraídas en el Pacto. De este modo, el Pacto deja al albedrío de los Estados partes la determinación de la infracción y la sanción correspondiente,

La Carta de las Naciones Unidas, por el contrario, suple todos estos vacíos dejados por el Pacto. En primer término, establece expresamente las sanciones jurídicas (medidas coercitivas) aplicables a aquellos Estados, miembros o no, que co-

metan los ilícitos jurídicos prescritos en el artículo 39. Tales sanciones se encuentran estipuladas en los artículos 41 y 42. Estas pueden comprender, según el caso, medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada (artículo 41) y, las que sí la impliquen (artículo 42).

Tanto la comisión de los ilícitos jurídicos como sus respectivas sanciones son determinadas por el consejo de seguridad (artículo 39). En este sentido existe un monopolio de la fuerza en favor de la Organización de las Naciones Unidas que no existía con el Pacto de París.

Los órganos encargados de aplicar las sanciones previstas en los artículos 41 y 42 son los Estados miembros (artículo 48.1) y, los organismos internacionales apropiados de que formen parte (artículo 48.2).

Finalmente, el Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 no establece expresamente el derecho a la legítima defensa, aunque unánimemente los estudiosos del Pacto la consideran supuesta. El silencio del Pacto sobre este particular abre la posibilidad de que la realización de la legítima defensa pueda ser *ex post facto* o preventiva. En este último caso estaríamos ante la imposibilidad de determinar dónde termina la legítima defensa y donde comienza la agresión. Queda también supuesto que son los Estados parte los que determinan por sí y ante sí las circunstancias bajo las cuales ejercerán su derecho de legítima defensa, así como aquellas que justifiquen ese término.

La Carta de las Naciones Unidas, una vez más, complementa los vacíos del Pacto de París. El artículo 51 establece expresamente el derecho a la legítima defensa por parte de los Estados miembros de la organización. Establece igualmente que este derecho puede ser ejercido individual como colectivamente. Luego establece la circunstancia que determina el ejercicio de dicho derecho, solo en caso de ataque armado contra un miembro de la organización: legítima defensa *ex post facto*. Asimismo, establece la obligación de comunicar de inmediato el ejercicio del derecho al Consejo de Seguridad. Finalmente, el artículo 51 establece el lapso de duración del ejercicio del derecho de legítima defensa: «hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales».

En síntesis, podemos concluir que la Carta de las Naciones Unidas complementa las estipulaciones del Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928, precisando, aclarando y ampliando las obligaciones referidas a la paz y seguridad internacional.

CONCLUSIONES/RESUMEN

Primera. Las normas de Derecho Internacional Público son descritas por las reglas de Derecho y tienen carácter jurídico.

Segunda. En el marco de la Teoría General Positiva del Derecho Internacional Público, la guerra es un fenómeno jurídico, elemento de la norma jurídica, que adopta la forma de acto ilícito o sanción jurídica.

Tercera. Guerra es todo acto de intervención armada ilimitada de un Estado en la esfera de intereses de otro Estado u Estados, generalmente protegida por el Derecho Internacional Público (acción específica).

Cuarta. La guerra es una acción específica unilateral en función de la cantidad de partes que intervienen de modo armado, y es una acción bilateral en función de la cantidad de partes involucradas en el conflicto.

Quinta. La distinción entre guerra (acción) y contra guerra (reacción) constituye el criterio para distinguir la licitud o ilicitud del uso de la fuerza armada.

Sexta. El Derecho Internacional Público tiene dominios de validez ilimitados y el Derecho nacional tiene dominios de validez limitados.

Séptima. La construcción dualista (pluralista) postula la primacía del Derecho nacional sobre el Derecho Internacional Público.

Octava. La tesis dualista niega la naturaleza jurídica del Derecho Internacional, el carácter jurídico de los Estados extranjeros y solo reconoce la existencia del orden jurídico nacional tomado por base de la construcción.

Novena. La tesis dualista no cumple con el objeto de la ciencia jurídica que es la unidad de todo el conocimiento jurídico.

Décima. La construcción monista postula la primacía y soberanía del Derecho Internacional sobre los Derechos nacionales construyendo un sistema jurídico universal que determina los dominios de validez de los Estados, delimitándolos y estableciendo entre estos una coordinación jurídica dentro de un solo gran sistema jurídico, explicando así la validez simultánea de sistemas jurídicos diversos.

Undécima. La tesis monista plasmada en la Teoría General Positiva del Derecho Internacional Público funda la unidad de todo lo jurídico.

Duodécima. La Constitución Política de 1993 no establece criterios de solución en caso de conflicto entre una norma de Derecho Internacional convencional y una ley interna.

Decimotercera. La Constitución Política de 1993 no establece criterios de solución en caso de conflicto entre una norma de Derecho Internacional convencional y una ley interna. Deja la interpretación al juez peruano.

Decimocuarta. La interpretación judicial puede ser de primacía del Derecho Internacional, cuyo sustento constitucional sería el reconocimiento de la naturaleza propia del Derecho Internacional convencional poseedor de un carácter *ius supra partes* (tesis monista).

Decimoquinta. La interpretación judicial puede ser de primacía del Derecho nacional fundándose en la negación de una naturaleza propia del Derecho Internacional y, cuya consecuencia es que tanto el instrumento creador del derecho, así como las normas por él producidos y sus efectos, son regulados por el Derecho nacional «único y verdadero Derecho» (tesis dualista).

Decimosexta. La adopción de la tesis dualista, permitida por la Constitución vigente, implica graves consecuencias para el Estado Peruano ante la posibilidad de que este pueda desvincularse de sus obligaciones internacionales invocando normas de Derecho interno. Tales consecuencias son la responsabilidad internacional del Estado peruano y las sanciones internacionales que, según el caso, pueden realizarse hasta con el uso de la fuerza armada.

Decimoséptima. En el marco de la interpretación judicial de la primacía del Derecho Internacional, el Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 y la Carta de las Naciones Unidas de 1945, celebrados por el Perú y en vigor en el ordenamiento jurídico nacional, regulan la facultad presidencial de declarar la guerra y firmar la paz con autorización del Congreso, prescrita en el artículo 118 inciso 16 de la Constitución de 1993.

Decimooctava. De la interpretación del Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 y la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la guerra a la que hace referencia el artículo 118 inciso 16 de la Constitución, debe entenderse como uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales.

Decimonovena. El Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 y la Carta de las Naciones Unidas, prohíben la guerra como uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales, a excepción del derecho de legítima defensa y la sanción jurídica internacional.

Vigésima. En concordancia con estos dos instrumentos jurídicos el Presidente de la República puede declarar la guerra solo como medida coercitiva (sanción jurídica internacional) decidida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en caso de que este determine la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión.

Vigesimalprimera. El Presidente de la República y el Congreso son los órganos jurídicos constitucionalmente encargados de aplicar las decisiones y recomendaciones del Consejo de Seguridad en materia de medidas coercitivas que impliquen el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales.

Vigesimalsegunda. El Presidente de la República y el Congreso no pueden firmar un tratado de paz secuela de las medidas coercitivas decididas por el Consejo de Seguridad, así como del ejercicio del derecho de legítima defensa.

Vigesimatercera. El *ius belli ac pacis* es un monopolio exclusivo y excluyente de la Organización de las Naciones Unidas representada por su Consejo de Seguridad.

Vigesimalcuarta. La figura jurídica de la declaratoria de guerra contenida en el artículo 118 inciso 16 de la Constitución vigente es histórica y jurídicamente anacrónica.

BIBLIOGRAFÍA

American Society of International Law. (1930). *Proceedings of the American Society of International Law at its twenty fourth annual meeting*. American Society of International Law.

American Society of International Law. (1949). *Proceedings of the American Society of International Law at its thirty fourth annual meeting, held at Washington, D.C., May. 13-15, 1949*. American Society of International Law.

Ayala, B. (1912). *De jure et Officiis bellicis et disciplina militari libri III*. [J. Brown (Ed.). *The classics of International Law 1911-1950*]. The Lord Baltimore Press.

American Journal of International Law. (1939). Vol. 33.

Barbosa, R. (1916). *Los conceptos modernos del Derecho Internacional*. Jas Truscott and Son Ltd.

Barcia, C. (1928). Francisco de Vitoria et l'école moderne du droit international. En *RCADI*, vol. II.

Barile, G. (1980). La structure de l'ordre juridique international Règles générales et règles conventionnelles. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 161.

Bourquin, M. (1969). Le Problème de la Sécurité Internationale. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 49.

Calogeropoulos, S. (1931). *Le Pacte Général de Renonciation a la Guerre*. Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Rivière, Éditeur.

Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones exteriores. 26 de junio de 1945.

Castañeda, J. (1967). Valor jurídico de las resoluciones de la ONU. Colegio de México.

Ciceron, M. (1946). *Los deberes y paradojas de los estoicos*. Editorial Iberia.

Chirins, E. (1994). La Constitución de 1993. Lectura y comentario. Nerman.

Constitución Política del Perú de 1979 [Const.]. 12 de julio de 1979 (Perú).

Constitución Política del Perú de 1993 [Const.]. 29 de diciembre de 1993 (Perú).

Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 23 de mayo de 1969.

Danós, J. y Sousa, M. (1987). Constitucionalidad de las normas. En *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Editorial Cuzco.

De Casares, R. (1948). La Carta de la ONU y la paz mundial. Ensayo de análisis y comentario. Atlas.

De la Guardia, E. y Delpech, M. (1970). *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*. La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora.

De la Lama, M. (1987). La Constitución Política de 1979 y los tratados. En *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Editorial Cuzco.

De Visscher, C. (1974). Méthode et système en droit international. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 138.

De Visscher, P. (1973). Cours général de droit international public. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 136.

Donnedieu de Vabres, H. (1973). Le proces de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 70.

Fernández-Maldonado, G. (1989-1900). Los tratados internacionales y el sistema de fuentes de derecho en el Perú. En *Derecho PUCP*, n.º 43-44.

Francois, J. (1938). Règles generales du droit de la paix. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 58.

Giraud, E. (1969). Théorie de la légitime défense. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 49.

Goodrich, L. y Hambro, E. (1949). *Charter of the United Nations. Commentary and Documents*. World Peace Foundation.

Jellinek, G. (1880). *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*. Alfred Hölder und Universitäts-Buchhändler.

Kaeckenbeeck, D. (1973). La charte de San Francisco dans ses rapports avec le droit. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 70.

Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*. Transaction Publishers.

Kelsen, H. (1950). *The Law of the United Nations. A Critical analysis of its Problems*. Stevens.

Kelsen, H. (1955). Théorie du droit international public. En *Académie de Droit International*.

Kelsen, H. (1962). Théorie generale du droit international public. Problèmes choisis. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 42.

Kelsen, H. (1969). Les rapports de systeme entre le droit interne et le droit international public. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 14.

Kelsen, H. (1986). *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Fondo de Cultura Económica.

Kunz, J. (1946). *La paz por medio del Derecho*. Losada.

Kunz, J. (1951). Bellum Justum and Bellum Legale. En *The American Journal of International Law*, n.º 3, vol. 45.

Kunz, J. (1953). *Del Derecho Internacional clásico al Derecho Internacional nuevo*. Imprenta Universitaria.

Lautrepacht, H. (1961). Règles generales du droit de la paix. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 62.

Lautrepacht, H. (1969). La théorie des différends non justiciables en droit international. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 34.

Livio, T. (1963). *La monarquía romana*. Aguilar.

Miaja de la Muela, A. (1974). La primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos del Derecho Internacional y el Derecho comunitario europeo. En *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 3, vol. 1.

Naciones Unidas. (1966). *Resoluciones y decisiones del Consejo de Seguridad, 1960. Actas oficiales*.

Naciones Unidas. (1977). *Resoluciones y decisiones del Consejo de Seguridad, 1977. Trigésimo primer año.*

Naciones Unidas. (1978). *Resoluciones y decisiones del Consejo de Seguridad, 1977. Trigésimo segundo año.*

Naciones Unidas. (1989). *Resoluciones y decisiones del Consejo de Seguridad, 1988. Cuadragésimo tercer año.*

Naciones Unidas. (1991). *Resoluciones y decisiones del Consejo de Seguridad, 1990. Cuadragésimo cuarto año.*

Nippold, O. (1923). *The developpment of international law after the World War.* The Clarendon Press.

Nippold, O. (1963). Le développement historique du droit international depuis le congrès de Vienne. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 2.

Novak, F. (1994). Los tratados y la Constitución peruana de 1993. En *Agenda Internacional*, 1(2).

Oppenheim, L. (1908). The Science of International Law: Its Task and Method. En *American Journal of International Law*, 2(1).

Pastor, J. (1991). Curso de Derecho Internacional Público. En *Derecho Internacional Público*, Tecnos.

Rutgers, V. (1969). La mise en harmonie du Pacte de la Société des Nations avec le Pacte de Paris. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 38.

Ruyssen, T. (1939). Les caractères sociologiques de la communauté humaine. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 67.

Société des Nations. Actes de la dixième sesión ordinaria de L'Assemblée. Procès-Verbaux de la première comission. Genève, 1929. En J.O., *Suppl. Spécial*, n.º 76.

Stimson, H. (1936). *The far Eastern crisis. Recollections and observations.* Harper and Brothers.

United Nations. (1992). *Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice. 1948-1991.*

Tratado de Renuncia a la Guerra (Pacto Briand-Kellogg). 27 de agosto de 1928.

UNCIO Documents, IV.

Van der Vlugt, W. L'œuvre de Grotius et son influence sur le développement du droit international. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 7.

Vecchio, G. (1959). *El Derecho Internacional y el problema de la paz*. Bosch.

Verdross, A. (1927). Le fondement du droit international. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 16.

Wehberg, H. (1952). L'interdiction du recours à la force. Le principe et les problèmes qui se posent. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 78.

Wenzel, M. (1920). *Juristische Grundprobleme*. F. Dümmlers.

Whitton, J. (1969). La Règle «Pacta Sunt Servanda». En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 49.

Wright, Q. (1938). The Denunciation of Treaty Violators. En *American Journal of International Law*, vol. 32.

GUERRA Y PAZ EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993
UN ENFOQUE POSITIVISTA
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
MARZO DEL 2023, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

