

[UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCIA]

[Alejandro Álvarez]

[Hito Histórico del Derecho Internacional]

Por: Ingrid Maldonado Vargas

Tutor: Carlos Petit

Mayo 2010

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	p.5
CAPÍTULO I	
Origen del Derecho Internacional	p.8
1 Origen e Historia del Derecho Internacional Público	p.9
1.1 El Mundo Antiguo	p.9
1.1.1 Asia oriental y meridional	p.9
1.1.2 Antiguo Oriente	p.10
1.1.3 Grecia	p.11
1.1.4 Roma	p.14
1.2 La Edad Media	p.14
1.3 El Derecho Internacional de los Descubrimientos al anticolonialismo:	p.14
1.3.1 El siglo de Oro” para España y Portugal	p.15
1.3.2 La Paz de Westfalia	p.17
1.3.3 Con La Revolución Francesa 1789	p.18
1.3.4 El Congreso de Viena	p.19
1.3.5 Congreso anfictiónico de Panamá	p.20
CAPÍTULO II	
2 Del Derecho Natural y de Gentes al Derecho Internacional	p.22
2.1 Los autores clásicos de nuestra disciplina	p.22
2.1.1 La escuela hispana del derecho de gentes:	p.23
2.1.2 De las corrientes Positivistas	p.26
2.2 El nuevo “Derecho Internacional”	p.28
2.2.1 Carl Schmitt	p.32
2.2.2 Hans Morguenthaup.	P.38
2.2.3 Immanuel Kant: La paz perpetua	p.39
2.2.4 Hans Kelsen: La Paz por medio del Derecho	p.41

CAPÍTULO III

3 El Padre del Derecho Internacional Americano	p.42
3.1 Algunos aspectos importantes sobre la vida de Don Alejandro Álvarez	p.43
3.2 José Guerrero: amigo y compañero internacionalista	p.45
3.3 Aspectos periféricos de la teoría de Don Alejandro Álvarez	p.48
3.4 Del solidarismo francés a la Jurisprudencia Sociológica	p.59
3.5 La Solidaridad Internacional de Álvarez	p.65
3.6 Otros aspectos de sus Teorías.	p.65
3.6.1 Un nuevo Derecho Internacional	p.66
3.7 Su papel como Magistrado de la Corte Internacional de Justicia	p.70
3.8 Su tesis del “nuevo Derecho Internacional en el Tribunal Internacional de Justicia.	p.73
3.8.1 La admisión de los Estados como miembros de la Organización de las Naciones Unidas (Opinión Consultiva)	p.73
3.8.2 Competencia de la Asamblea General relativas a la admisión de un Estado ante las Naciones Unidas (Opinión Consultiva)	p.75
3.8.3 La soberanía y la responsabilidad de los Estados: El inocente paso de buques de guerra por los estrechos internacionales, la violación de la soberanía y el desarrollo del derecho internacional por la Corte de Justicia: el caso del Canal de Corfú.	p.78
3.8.4 Las Normas regionales consuetudinarias del Derecho Internacional y el conflicto entre universalismo y particularismo: la definición del derecho consuetudinario por el Tribunal	p.82
3.9 Su legado	p.87
NOTAS FINALES	p.89
BIBLIOGRAFÍA	p.91
ANEXOS	p.94

INTRODUCCIÓN

A Don Alejandro Álvarez se le puede caracterizar por uno de los adjetivos más usados en sus escritos, independientemente de la lengua. Las palabras “new”, “nouveau” o “nuevo” encabezan gran cantidad de sus artículos, cartas y libros a lo largo de su muy prolífica carrera como jurista y académico.

Ese “nuevo” en Álvarez resulta ser consecuencia de su naturaleza chilena, lo que M. Koskenniemi califica como “no-europea”. Este señalamiento va más allá de una caracterización simplista. La formación de Alejandro Álvarez en Francia, creó una disyuntiva que fue tácita hasta para el mismo Álvarez. La aceptación en los círculos académicos y diplomáticos del Viejo continente contra sus profundas raíces latinoamericanas (criollo, propiamente dicho) que sumado a su honestidad y su romanticismo, denotaba la necesidad de ingresar a uno sin olvidar al otro.

Esta doble meta, implicaba una estrategia diferente, optar por sumarse a las corrientes contemporáneas conllevaba un gasto muy elevado (situación que comprobó en el ocaso del siglo XIX) con consecuencias inciertas para ser tomado en cuenta en la alta sociedad académica francesa. Por otro lado, el ser disidente e irrumpir podría suponer mayores satisfacciones. Cuando Álvarez fue enviado como parte de una comitiva diplomática para una conferencia panamericana, vislumbró las características regionales del derecho internacional “criollo”, los atisbos de diferencias con el derecho del “viejo” continente, el cual él sugirió rematarlo como Derecho Internacional Americano, con lo cual se comenzó a abrir la puerta a los círculos panamericanos donde se convirtió en habitual participante de reuniones y conferencias. Tal entusiasmo se ve reflejado en las docenas de obras publicadas.

Apoyado de las ideas aprendidas de Louis Renault, su tutor, vista a través del cristal de las características propias de los Estados americanos, que apenas maduraban sus instituciones, sirvió de tierra fértil para hacer crecer un proyecto de Derecho y con ello el nacimiento de un conflicto, de una segunda dicotomía, pero esta vez no en la psique de Álvarez, si no que en su entorno. Por un lado el Viejo Continente con su Teorías Clásicas del Derecho de Gente, por el otro, el nuevo mundo con sus instituciones en proceso de consolidación, donde el olor a nuevo para finales del siglo XIX volvía a ser

fuerte y se respiraba en varios frentes. El modernismo en la literatura, con Rubén Darío como máximo exponente, ahondaban en Álvarez los pensamientos regionalistas, fundamentados en el carácter social y lo “nuevo” (o “renovado” según adelantemos en este escrito), contrapuestos al “*establishment*” de la Europa de inicios del siglo XX, pero a su vez él estaba deseoso de integrarse a los círculos europeos.

Las características de un pensamiento nuevo y propio llevan a por el camino a los Idealistas, donde Álvarez avanza. Es ahí donde su contribución se describe como vanguardista, inspiradora y muy a menudo provocadora. La ruptura del paradigma legal apoyado por su tenacidad y el deseo de destacar, son el aliciente de su trabajo en la Corte Internacional de Justicia por un periodo de 9 años.

En ese periodo, la teoría de Álvarez de la “creación de la ley” por parte de los jueces de la Corte, se describe como “radical”. Sin embargo, era un concepto útil para la interpretación de los tratados y cuya ideal tomó realce años después. El carácter vanguardista de sus ideas es paralelo al de la provocación y ambas conviven frecuentemente en la práctica jurídica de Álvarez.

El legado de Álvarez está casi olvidado en la comunidad internacional, aun así, el idealista hace un llamado constante a la solidaridad internacional. Álvarez disfrutó de una personalidad polémica y a la vez destacada en el banquillo de la Corte Internacional de Justicia y en la comunidad intelectual de su tiempo, a pesar que sus opiniones se consideran a menudo repetitivas, ambiguas y no lo suficientemente explicativas por muchos de sus contemporáneos. No obstante, el carácter idealista para con la capacidad de legislar de la Corte pudieron tener carácter profético y muchas de sus ideas acerca de la interdependencia de los Estados y la consecuente necesidad de la solidaridad internacional y del derecho internacional de un carácter dinámico son hechos más profundamente arraigados en el mundo de hoy debido a su trabajo.

Al momento de su muerte en 1960 a la edad de 92 años, ya había publicado más de cien obras de carácter académico sobre el derecho privado, la teoría del derecho, la historia diplomática, derecho internacional y las relaciones internacionales. Él también fue cofundador o participe activo de los principales institutos académicos y políticos del

Derecho Internacional en la primera mitad del el siglo XX, incluida la Corte Internacional de Justicia (CIJ), donde fue un juez por 1946 a 1955.

De manera particular, Álvarez se apegó estrechamente a sus ideas a lo largo de sus escritos y a su vez las promovió activamente, a nivel de todas las esferas de influencia en la que había tenido presencia. De hecho, tanta pasión y persistencia le condujo a un reconocimiento internacional que ha generado profundas admiración, pero también el rechazo, el menosprecio y eventualmente el olvido en ambos lados del Océano Atlántico.

A modo de cierre para esta Introducción hay que anotar que Alejandro Álvarez formó parte de los últimos representantes del periodo heroico del Derecho Internacional que para la década de 60s habían abandonado la escena activa. Kafmann se retiraba del ejercicio hacia 1958, Lauterpatch murió en 1960 (ese mismo año murió Álvarez) y Scelle en 1961, Morgenthau había dejado de escribir para 1940. Estos hechos pusieron fin a la etapa más dinámica del derecho Internacional, para entrar otra en donde no se espera que el Institut de Droit International fuera “la conciencia jurídica del mundo civilizado”.

Este trabajo escrito se encuadra en la vida y obra de Alejandro Álvarez, participe del auge del Derecho Internacional del siglo XX y en la Historia del Derecho Internacional en general, este último tópico es el centro del primer capítulo.

CAPÍTULO I

Origen del Derecho Internacional

1- Origen e Historia del Derecho Internacional Público

El Derecho Internacional Público evoluciona en diferentes etapas, las cuales podemos ubicar en los últimos seiscientos años de la historia de la Humanidad. No obstante, nos dice Truyol y Serra que ya en Mesopotamia encontramos que existió un tratado internacional del cual no sé conoció su contenido, pero si se tiene referencia del contenido de un tratado que se llevo a cabo entre el Rey del Elba y el Soberano de Asiria, el cual establecía las relaciones de amistad, de comercio entre ambos y la fijación de sanciones comunes a algunos tipos de delitos.¹

No podemos hablar de la historia del Derecho Internacional Público enmarcado únicamente a la línea temporal, lo que es lo mismo a las épocas de la historia, si no que debemos hablar de culturas que se hacen presentes en cada una de esas épocas, ya que cada una de esas culturas se entretajan y dan matices diferentes a la historia del Derecho Internacional, por ejemplo, no es igual citar la evolución del Derecho Internacional en la antigua China que en la India pues su estructura política y social han sido corrientes diferentes la una de la otra desde sus orígenes, lo que ha perfilado una psicología de los pueblos única y que surge de las particularidades de cada cultura.

Algunos autores, como Vinogradoff, hablan de cinco etapas del derecho internacional que son; *la primera es la helénica o "interciudades", entre las que se destacan los nombres de Atenas y Esparta; la del ius gentium o sea la de la omnipresencia real, republicana e imperial de Roma; le continua la del ius comune que corresponde al ideal universalístico de la Edad Media; la cuarta es la de tiempos Modernos referida a la convivencia entre Estados Nacionales en donde los Estados buscan justificar sus acciones*

¹ TRUYOL Y SERRA, Antonio; *Historia del Derecho Internacional Publico*, Tecnos S.A. (ed.), Madrid 1998, pág. 19.

*en preceptos religiosos y por último la perteneciente a la época contemporánea.*² Lo que nos sirve para verificar que cada región, desde la antigüedad, ha vivido su propia historia y los desarrollos del derecho internacional, en gran parte, han sido dependientes de las particularidades sociales, políticos y religiosos de cada una de estas poblaciones. Nosotros intentaremos establecer más que una clasificación un orden de ideas.

1.1 El Mundo Antiguo

Podemos decir que en **ASIA ORIENTAL Y MERIDIONAL** ya se habían establecido en el segundo milenio antes de Cristo algunos Estados y se producía un constante tráfico jurídico internacional, relaciones diplomáticas y relaciones contractuales entre estos, China, Corea, Japón, Tíbet, el mundo político de la India, de Indochina y del archipiélago malayo. Una variada literatura producían entonces India y China, mucha de interés para nuestra materia, como los *Dharma-sastras* o tratados indios del derecho, los cuales se ocupaban de las cuestiones religiosas y morales, de los deberes que tenía cada casta, del arte de la política, de la jurisprudencia y de los obligaciones del soberano.³ De los *Dharma-sastra* también se extraían las leyes de la guerra lo que demuestra que desde la antigüedad el hinduismo reconoce conceptos aplicados hoy por el Derecho Internacional Humanitario.

Por ejemplo; *En la antigua India, se desarrolló un método en cuatro etapas sucesivas para la solución de controversias entre Estados: la primera etapa se llama negociación pacífica (sama); la segunda consiste en ofrecer obsequios (dana) para apaciguar al enemigo; la tercera es una amenaza velada (bheda); y la última permite el uso de la fuerza (danda). Así pues, no cabe duda de que, cuando puede evitarse, no es de desear el enfrentamiento de las armas en el campo de batalla. Antes de iniciar una guerra, debería intentarse la política de conciliación y obsequios.*⁴ Otro principio común del hinduismo es diferenciar entre guerras justas *Dharma Yuddha* y guerras injustas

² Citado por ROCA TOCCO, Carlos Alberto; "Origen y Evolución del Derecho Internacional Público", *IUSHISTORIA*, Revista Electrónica, núm. 3, Septiembre 2006, Buenos Aires, Argentina, pág. 2, disponible en: <<http://www.salvador.edu.ar/juri/reih/2006/m4.pdf>>.

³ STADMULLER, George; *Historia del Derecho Internacional Publico*, traducción del alemán por Francisco F. Jardon, Aguilar (ed.), Madrid 1961, pág. 11.

⁴ KUMAR SINHA, Manoj; "El Hinduismo y el Derechos Internacional Humanitaria", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 858, de 30 de Junio de 2005, disponible en: <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/6GUKCE>>.

Adharma Yuddha de acuerdo a las agresiones, a los modos permitidos o a las razones que causaron la guerra, cuestiones estas que se asemejan a lo que establece en la actualidad el contenido de la Carta de Naciones Unidas.

Así vemos que tanto en el desarrollo de las culturas antiguas de India y China, por influencia de sus religiones o creencias (el hinduismo, el budismo y el confucionismo), ya se condenaban la guerra y las ansias de conquista. Ya se reconocía la necesidad de crear normas que regularan los conflictos, incluso la necesidad de proteger a los no combatientes y se prohibía la utilización de armas pérfidas.

En cuanto a la filosofía política de la cultura china, se basaba en la idea de dominación universal, es decir, China actuaba como el “Imperio de Centro” y por ello los convenios de carácter internacional adoptaban la forma de concesiones graciosas. En la Historia de China siempre se ha antepuesto el derecho ante la fuerza bruta pero aun así esta marcada por graves conflictos⁵

Por otro lado, también resalta en la antigüedad el papel de las dos grandes culturas de que interactúan en **ANTIGUO ORIENTE**, Egipto y Mesopotamia de las cuales hemos heredado una gran cantidad de lenguas, literaturas y filosofía política. Egipto y Mesopotamia se encontraban rodeados de una gran cantidad de Estados que dependían de ellos y con las cuales mantenían un constante flujo comercial. Además, estas culturas se caracterizaron por lograr un gran avance en el campo jurídico y la muestra de ello es el Código del Rey Babilónico Hammurabi realizado hacia el año 1675 a.C. y descubierto en 1902, en escritos cuneiformes. Se conoce del Antiguo Oriente un Derecho Internacional ya desarrollado, en donde se hace uso de instituciones como el derecho de asilo, las embajadas, los tratados de amistad y de alianza e incluso la figura de la extradición.

Varios tratados internacionales de gran importancia histórica para el Derecho Internacional se conocen de la época, entre los cuales podemos nombrar el tratado de paz entre el faraón Ramses II y el rey de los hititas Khattuschil III (1272 a.C.), en el cual

⁵ STADMULLER, George; *op. cit.*, pág. 13.

ambos soberanos se prometen auxilio armado frente a los enemigos exteriores y frente a los súbditos rebeldes, comprometiéndose a entregar a los fugitivos y a los desertores.⁶

El tratado entre Eannatum soberano de Lagash y la ciudad de Umma redactado en sumerio hacia el año 3010 a.C., el cual recoge el reconocimiento de una nueva frontera por parte de la ciudad de Umma y además está garantizado por una tercera persona. Así que podemos decir que existe un gran número de tratados feudales e internacionales provenientes del Antiguo Oriente y de los cuales se conoce su contenido.

Pero nos afirma Truyol y Serra, que fue en Mesopotamia que se dio el primer tratado del cual se tiene conocimiento y que se llevó a cabo por el Rey del Elba y el Soberano de Asiria, el cual fue concluido hacia la mitad del III Milenio el cual establecía las relaciones de amistad y de comercio entre ambos Estados y la fijación de sanciones comunes a algunos tipos de delitos cometidos por los súbditos.⁷ En cambio, lo que no encontramos en ninguno de estos tratados es una reglamentación jurídica de la guerra y por lo que se conoce sus conflictos fueron totalmente desproporcionados e inescrupulosos sin ninguna consideración hacia los combatientes o hacia las personas ajenas al conflicto.

El mundo político de **GRECIA**, por su parte, debido a su constitución político – territorial que le caracteriza, tenía particulares instituciones de importancia como; los acuerdos llevados a cabo entre las ciudades, además de algunos legados literarios como los discursos de Isócrates los cuales nos describen algunas instituciones del Derecho Internacional de la época. Son también las numerosas inscripciones (*Inscripciones Graecae*) una fuente que ha conservado el texto de muchos convenios entre las comunidades griegas o bien de carácter internacional que incluían instituciones como el arbitraje, el comercio, la asistencia judicial, la nacionalización, las treguas, la conclusión de la paz, entre otras.

Por la división política del sistema helénico en Ciudades-Estado (polis) libres e independientes cada una, *el Derecho Internacional (...) conoce una multitud de concepciones e instituciones que se distinguen entre si por una terminología jurídica*

⁶ STADMULLER, George; *op cit.*, pág. 16.

⁷ TRUYOL Y SERRA, Antonio; *op cit.*, pág. 19.

*finamente desarrollada.*⁸ Se consideraba a la *polis* como el principal sujeto de Derecho Internacional con plena capacidad jurídica y de obrar (soberanía), la cual se veía limitada en muchos casos por la creación de grandes ligas. Se reconocía una ciudadanía plena a todo aquel que nacía en el territorio de una *polis* mientras que los extranjeros estaban subordinados solo a parte de la ley del Estado de residencia, aunque al extranjero también se le podía conceder el derecho de ciudadanía por naturalización e incluso se le concedía a las comunidades en bloque, así vemos como el derecho de extranjería estaba muy desarrollado en los Estados helénicos y estaba regulado por numerosos tratados.

Los límites de cada territorio estaban claramente delimitados y con ese fin se llevaban a cabo los tratados de delimitación. La Comunicación entre Estados se daba por medio de *legados* y existían diversas clases de funcionarios muy bien definidos como el “embajador” pero desconocían al igual que los romanos las embajadas permanentes.

El *arbitraje* fue también una institución muy bien desarrollada por los griegos, pues se conoce de importantes controversias que se solucionaron por medio del arbitraje, así como desarrollaron e intentaron reglamentar un Derecho Marítimo.⁹

Contraria a la civilización helénica fue la de **ROMA**, en donde el punto de partida para su desarrollo estuvo en una sola ciudad que fue creciendo en la medida que conquistaba y anexionaba nuevos territorios, se puede decir que *tras la destrucción de Cartago y de los grandes reinos helenísticos de Oriente (siglos III y II a.C.), todo el mundo mediterráneo reconoció la soberanía de Roma.*¹⁰ Los romanos crearon una estructura jurídica y política muy ligada a las cuestiones morales y religiosas, a su fe en los dioses como protectores del derecho los que hacían proclamarse los guardianes de este.

Como consecuencia de este nacionalismo los romanos crearon un sistema de intercambio jurídico – internacional que difería de todos los demás pueblos, encomendando su custodia al colegio sacerdotal de los *fetiales*, de allí que fuera llamado *ius fetiale*. Más adelante y como consecuencia de este origen religioso se comienza hablar de *ius belli ac pacis* es decir *derechos de la guerra y de la paz*; no

⁸ STADMULLER, George; *op cit.*, pág. 24.

⁹ STADMULLER, George; *op cit.*, pág. 27, 28.

¹⁰ STADMULLER, George; *op cit.*, pág. 34.

obstante la expresión *ius gentium* no significaba para ellos “derecho de gentes” (internacional) si no “derecho de extranjeros” y (derecho natural).

En un sentido generalizado, en la época más antigua existía una diferencia de estatuto jurídico civil entre los ciudadanos de Roma y los aliados latinos; pero esto fue superado con el desarrollo de la civilización ya que posteriormente ambos fueron considerados ciudadanos romanos. La única distinción considerada con el tiempo, en el sentido jurídico-internacional, fue la de romanos y no romanos como consecuencia de una delimitación del territorio que se había acordado con los Estados vecinos por medio de convenios estatales

La figura de la embajada se ejecutaba en Roma como sagrada y en la antigüedad estuvo a cargo de los colegios sacerdotales y más tarde se envió a ciudadanos notables como *legati*.

Los tratados internacionales en Roma tenían un carácter perpetuo y sirvieron siempre como una herramienta para la expansión de su soberanía, no obstante existían los tratados de capitulaciones, por los que un pueblo cedía su soberanía a Roma (*deditio*) o tratados de amistad (*amicitia*), de alianza (*foedus*). Solo existía un tratado que se realizaba con un carácter de temporalidad limitada (10 o 15 años) y que consistía en un tratado de paz (*indutiae*).

De tal modo que son muchas las instituciones o figuras jurídicas del Derecho Romano que han servido como fuente de nuestro Derecho actual en general y del Derecho Internacional actual y que por lo tanto cada una de ellas necesitaría un trabajo extensivo por sí sola. Eran conocidas en la Roma antigua instituciones como el arbitraje interestatal, las asociaciones entre Estados y se desarrollaron en menor medida el Derecho Internacional Privado y el Derecho Marítimo.

Con la penetración de la cultura helénica se produjeron algunos cambios importantes en los conceptos fundamentales del Derecho Internacional sobre todo porque llega a Roma la idea de derecho natural, como un derecho originario y que estaba fuera de la ley. El derecho natural era considerado conforme a la equidad (*aequitas*) natural y racional. Además, estaba expresado en el derecho común de los pueblos (*ius gentium*). Los

ideales de una *pax romana* que podía proporcionar seguridad jurídica y florecimiento de los pueblos, de la *aequitas*, de la *fides* y del *ius gentium* son considerados como el legado más valioso que transmitió el derecho romano al Occidente cristiano.¹¹

1.2 La Edad Media

En esta época se debe diferenciar entre el Occidente Cristiano y el Islam Medieval, culturas que permanecieron políticamente separadas entre sí y se desarrollaban con sistemas de Estados distintos. En el Occidente Cristiano, el Derecho Canónico llegó a ser un Derecho supranacional y se consideraba a la *Republica Christiana* como un cuerpo social que originaba un Derecho de gentes con una base religiosa. Cuestiones como el reino de paz de la Iglesia, la idea de hermandad (por ser todos hijos del mismo Padre) y la conciencia cristiana de superioridad, solo se podían entender desde este punto de vista cristiano.

La Iglesia tenía la tarea de atenuar la lucha por los poderes feudales, frecuentemente por medio del arbitraje. Para ello, el Papa tenía facultades de carácter internacional como el reconocimiento de nuevos príncipes y el registro de los tratados.

La expansión europea y la división del mundo mediterráneo en esta época provocan una revolución completa en el ámbito del derecho internacional, las relaciones entre el Cristianismo y el Islamismo provocaron un gran desarrollo de las relaciones mercantiles y como consecuencia un gran impulso del Derecho Mercantil. De este auge mercantil nace un Derecho marítimo de raíz sobretodo germánica.

Se conoce de esta época la llamada ***Hansa germánica***, *liga hanseática* o asociación de ciudades que se extendió a lo largo de las costas del mar del Norte y del Báltico, desde Wismar hasta Memel llegando a ser la primera potencia del Báltico reconociéndosele prácticamente su personalidad. La *Hansa* obtuvo su organización a través del Tratado de *Stralsund* y buscaba imponer determinados principios marítimos, velando por la seguridad de navegación y la represión de la piratería, funcionando primeramente Wisby y luego a finales del siglo XIII Lubeck como la sede de apelaciones en litigios hasta

¹¹ STADMULLER, George; *op cit.*, pág.33 a 41.

finis de la Edad Media¹². *En el desarrollo del Derecho Internacional la labor de la Hansa significó un gran progreso, pues desde fines del siglo XIII produjo una diplomacia acreditada (...) de cuya actuación nos permiten enterarnos los numerosos informes de embajadas conservados en las "Actas de la Hansa".*¹³

En esta misma época el Islam se presenta como un imperio universal teocrático teniendo a la cabeza el *Califa* quien guarda la ley de Dios y hace que se respete y se difunda. Después de Mahoma la figura del *Califa* pierde importancia convirtiéndose en un título religioso, pero el derecho musulmán sigue apegado a los mismos principios de la unidad musulmana que no impedía la existencia de relaciones internacionales constitutivas de un derecho panislámico.

La doctrina islámica del Derecho de gentes la constituyen tres instituciones fundamentales: la concesión de seguridad, la incorporación al Islam y el tratado, las cuales se mantienen por el precepto de la fidelidad a la palabra dada, válido tanto para los no creyentes como para los creyentes. La guerra santa no implicaba necesariamente la guerra efectiva, si no la guerra potencial contra los infieles; en todo caso, el no reconocimiento de éstos.

Las relaciones entre el Islam y la Cristiandad en la Edad Media fueron muy activas, en particular el comercio. De ahí nació lo que llama Truyol y Serra un *Derecho de gentes intercultural de la guerra y la paz*, hasta el punto de considerar que ambas culturas se influenciaron mutuamente en el desarrollo de la doctrina del Derecho de gentes.¹⁴

1.3 El Derecho Internacional de los Descubrimientos, al anticolonialismo:

El "siglo de oro" para España y Portugal.

Se caracteriza la Edad Moderna por ser un periodo en el que resaltan el progreso y la razón, el gran paso que da la sociedad de la época para distanciarse del aislamiento y oscurantismo en la que se encontraba a finales del periodo anterior, con la

¹² Esta Hansa (agrupación) nace de la unión de comerciantes alemanes en el extranjero y se extendió desde el siglo XIII hasta el siglo XVII llegando a formar parte de ella ochenta ciudades, tanto costeras como interiores. A la cabeza de cada agrupación de comerciantes en el extranjero (Hanse) se hallaba un *Ältermann* (cónsul).

¹³ STADMULLER, George, *op cit.*, pág.92.

¹⁴ TRUYOL Y SERRA, Antonio, *op cit.*, pág. 51.

particularidad de que su desenvolvimiento tiene características diferentes en cada extremo de Europa.

“EL SIGLO DE ORO” PARA ESPAÑA Y PORTUGAL: Podemos tomar como fuente del Derecho Internacional documentos como las cartas de Colón, las cartas de Cortez, la documentación proveniente del Concejo de indias, las bitácoras de Vasco de Gama e incluso la literatura de la época. Todos estos documentos nos describen un momento de predominio español que sigue del descubrimiento de América y de las rutas marítimas a las Indias.¹⁵

La Invención de la imprenta facilitaba la difusión de nuevas ideas en Europa, e inventos como la llegada de la pólvora permitían dominar el arte de la guerra y mantener el predominio del poder en esta nueva era de la historia universal. España tenía que comenzar a preocuparse por desarrollar el derecho marítimo y la manera de mantener las relaciones con los nuevos pueblos descubiertos, lo que para algunos es el nacimiento de un nuevo derecho internacional. Sin embargo, el desarrollo de España en ese momento no se identificaba con la revolución espiritual que se estaba dando en Italia y Francia si no al contrario seguía dándose sobre las bases espirituales de la edad media.¹⁶

Nacen Universidades como la Universidad de Salamanca, Alcalá de Henares (Complutum) y la de Coimbra en donde se profundiza el estudio de las teología moral con nuevas perspectivas. Ordenes Sacerdotales como los jesuitas, franciscanos y agustinos se preocupan por fomentar el desarrollo de la educación y los debates de nuevos temas intelectuales dentro de la doctrina clásica.¹⁷

De cierto modo, España y Portugal rivalizaban por el predominio de los nuevos territorios en el Atlántico norte y las nuevas conquistas coloniales de ultramar pero esto solo fue así hasta que los Reyes de España solicitan al papado intervenir y por medio de un edicto papal elimina a Portugal de su esfera de navegación y descubrimientos. Aun así, años después, el conflicto continuaba por algunos territorios de ultramar por lo que se vieron en la necesidad de proponer el *tratado de Tordesillos* que se caracteriza por

¹⁵ STADMULLER, George; *op cit.* 133.

¹⁶ *op cit.*, pág.132, 133.

¹⁷ *op cit.*, pág.133.

contener mayores ventajas a España y por ello fue modificado tres veces. *El Océano Atlántico quedaba dividido por una línea que corría a 370 millas al oeste de los Azores. (...) aseguraban a los navíos españoles el libre tránsito por la zona portuguesa.*¹⁸

No obstante, este tratado no fue suficiente para poner fin a los conflictos entre España y Portugal por lo que fue necesario firmar un tratado por el que España consiguió el dominio de la costa mediterránea de Marruecos y Portugal, el territorio situado al sur del reino de Fez hasta el cabo Bojador. Además, Portugal desiste de la conquista del Peñón de Vélez de la Gomera y Castilla reconoce a Portugal la soberanía sobre los territorios norteafricanos comprendido entre Vélez y cabo Bojador (*Tratado de Cintra, 1509*).

No obstante, el obstáculo de España no era solo Portugal si no también Inglaterra, por lo que Alonso de Ojeda que partió hacia América en 1501, tuvo como tarea marcar las tierras descubiertas con hitos o escudos de acuerdo al principio del primer ocupante. Aun así los ingleses no dejan de insistir y por medio de un consorcio anglo-portugués reciben una patente de descubrimiento inglesa y logran que con el tiempo se reconociera tan solo el principio de la *ocupación efectiva*.¹⁹

La historia años después y pensadores como de Vitoria (1483-1546) y Fray Bartolomé de las Casas (1474-1566) nos muestra la otra cara de este *Siglo de Oro*, ya que trajo consigo sangre por la resistencia indígena, tratos inhumanos y explotación por parte de la administración colonial.

Los nuevos descubrimientos y las nuevas relaciones internacionales traen consigo nuevas instituciones. En 1648 por primera vez se da en la práctica de lo Estados del deliberar en asambleas multilaterales para resolver los problemas comunes. **LA PAZ DE WESTFALIA** es un acuerdo de Paz que tuvo como fin terminar con la llamada guerra de los 30 años y con la llamada guerra de los 80 años entre España y los Países Bajos (Flandes). Este acuerdo de paz lo constituyeron dos Tratados de Osnabrück y Munster, ambos firmados el 15 de mayo y 24 de octubre de 1648 respectivamente

¹⁸ *op cit.*,pág.135.

¹⁹ *op cit.*, pág.136.

Instaura este acuerdo un nuevo orden en el Centro de Europa, con base en la soberanía de los Estados y modifica los cimientos del Derecho Internacional, triunfa la idea del Estado - Nación y se rechaza la injerencia de terceros en asuntos internos, la *voluntad* que engendra el poder de un Estado no debe prevalecer sobre los otros Estados (principio de la autodeterminación y de la igualdad jurídica de los Estados), se mantienen la independencia de los Estados alemanes, Suiza y los Países Bajos, se aplica el principio del equilibrio político como factor de poder.

Lentamente, el papado quedaba fuera definitivamente de la participación que venía ejerciendo en las decisiones de la política europea y se reconocen el Calvinismo y el Luteranismo, el Imperio pierde fuerza como una institución que va disipando la mayor parte de su influencia sobre la Alemania de los príncipes que ahora operaban con completa libertad. Con todo esto, se buscaba el equilibrio Europeo al margen de la religión y tuvo como consecuencia una reforma en el Derecho Internacional que tuvo fuerza hasta que entraron en juego nuevas ideologías a principios del siglo XIX, como el liberalismo y posteriormente el nacionalismo, con principios nuevos y con tendencia mayoritariamente revolucionarias, que harían incluso cambiar el mapa europeo.

Se conocen desde este momento el uso de las *legaciones diplomáticas permanentes* y con ello los privilegios e inmunidades²⁰. Se organizan además los Ministerios de Relaciones Exteriores y los *Cónsules* pasan a ser una figura de carácter comercial. Cada Estado es Soberano y los conflictos internacionales se resuelven mediante la guerra. De aquí nace el Nacionalismo como una idea no solo romántica y que da paso a futuras revoluciones.

Con **LA REVOLUCIÓN FRANCESA 1789** se instauran los derechos del hombre y del ciudadano, con la llamada *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 evoluciona el Derecho de Gentes y se institucionalizan los principios de Libertad, Igualdad y Fraternidad los cuales se pretende cobijar a toda la humanidad.

Para éste momento se habían producido grandes cambios en Europa, la Iglesia había perdido gran parte de su poder y la legitimidad del Derecho de Gentes era una práctica

²⁰ Esas prerrogativas o privilegios dieron nacimiento a la inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad de la persona del *Mesangers*.

común, algunas instituciones como las representaciones diplomáticas y la guerra eran parte importante del Derecho de Gentes. Se intenta poner fin a un Antiguo Régimen en donde una gran cantidad de personas estaban sujetas al totalitarismo, se buscaba formar una sociedad con igualdad de derechos y unos mismos fines para lograr la felicidad.

La felicidad de un pueblo solo se lograba con el bienestar de los Estados, los pueblos tenían que llegar a ser independientes y soberanos. Cada pueblo tenía que ser libre y ser capaz de darse un gobierno y sus propias leyes, ningún Estado tenía porque intervenir en asuntos internos de otro.

El pensamiento de algunos personajes presentes en Francia para este momento junto a las tesis de los pensadores clásicos españoles del Derecho de Gentes De Victoria, Suárez Y Grocio sostienen la existencia de algunas de las figuras actuales del Derecho Internacional, la coexistencia pacífica, al principio de la no intervención, el principio de la igualdad jurídica de los Estados, la libertad, la autodeterminación de los pueblos, personalidad jurídica de los Estados fundada en la soberanía.

El decreto del 22 de mayo de 1790 de la Asamblea Constituyente señala que:

“la nación francesa renuncia, y no emprenderá ninguna guerra con miras de hacer conquista y no empleará jamás su fuerza contra la libertad de ningún pueblo”

Ideas como *libertad, fraternidad e igualdad* habían sido expuestas por Voltaire, Rousseau y Montesquieu, el rechazo a una sociedad dividida y las nuevas teorías políticas sobre la separación de poderes del Estado fueron rompiendo el prestigio de las instituciones del Antiguo Régimen y ayudaron a su desmoronamiento. Todos estos principios de Libertad, igualdad y fraternidad originan las teorías de la soberanía popular, la separación de poderes, los derechos del hombre y las constituciones escritas.

EL CONGRESO DE VIENA Promulgado el 04 de Junio de 1815 intenta que Europa vuelva a la situación en la que estaba antes de la Revolución Francesa mediante la llamada Santa Alianza. Inspirada por la baronesa Bárbara Juliana Krunder, esposa del barón Von Krundener, en esta alianza participan Rusia, Austria, España, Francia, Portugal, Suecia,

Gran Bretaña y Prusia. Se intenta formar con esta una organización supranacional y que de ella se derivasen una serie de tratados que estuvieron en vigor hasta la Primera Guerra Mundial. Se logra la Declaración de las potencias sobre; la abolición de la trata de esclavos negros, la Declaración de la libre navegación de los ríos, la expedición de un reglamento sobre agentes diplomáticos, entre otros asuntos.

El Congreso de Viena logró mantener el “statu quo” en lo territorial y en el campo político interno de los Estados gracias a las fuerzas estatales y a la intervención militar, en Austria, Nápoles, Piamonte, Francia, España (1823) .Se invitaba a todos los Estados a participar en la Santa Alianza sobre todo en aquellos Estados que mantuvieran revoluciones generales. Se puede decir que el Congreso de Viena se da para contrarrestar el avance de los Derechos de los ciudadanos que se había logrado con la revolución francesa, coincide con la caída de Napoleón y busca devolver su trono a los monarcas depuestos.

No obstante, Europa se enfrentaba en este momento a grandes cambios en las colonias de África y América de lo que se derivaban declaraciones rebeldes como la de Simón Bolívar en el **CONGRESO ANFICTIÓNIC DE PANAMÁ:**

“La ambición de las Naciones Europeas lleva el yugo y la esclavitud a las demás partes del mundo y todas estas partes del mundo debieran tratar de establecer el equilibrio entre ellas y Europa para destruir la preponderancia de la última. Yo llamo a esto el equilibrio del Universo y debe entrar en los cálculos de la política.”²¹

El desarrollo de doctrinas propias de los americanos como la Doctrina Monroe cuando señala de manera simplista que “América para los americanos”, expresión de una declaración unilateral resaltando el derecho de proteger a los países del hemisferio.

A todo esto siguen desde finales del siglo XIX un conjunto de hechos importantes en la historia de la humanidad que generan Convenios Internacionales, Declaraciones e Instituciones que constituyen el nuevo Derecho Internacional, estos son por ejemplo; la Convención de Ginebra de 1864 (creado con el propósito de minimizar los efectos de la

²¹ Simón Bolívar, Congreso de Panamá de 1826.

guerra sobre soldados y civiles), una gran cantidad de Convenios en materia de Derechos Humanos y las distintas Declaraciones de los países que pretenden el acercamiento de una Comunidad Internacional, el fomento de los Derechos Humanos, la creación de organismos internacionales universales y regionales, la regulación jurídica de la economía internacional, el arreglo pacífico de las controversias, la abolición definitiva de la esclavitud y la trata de personas, entre otras muchas polémicas que forja una sociedad que se interrelaciona en su totalidad y que evoluciona cada día.

CAPÍTULO II

2- Del Derecho Natural y de Gentes al Derecho Internacional

Como hemos dicho en la introducción de este trabajo, lo que pretendemos con este es tratar de devanar las relación que existe entre los hechos históricos que resumimos en un primer capítulo y las Doctrinas que generaron un Derecho Internacional como materia de discusión y de estudio en las diferentes facultades europeas desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, en donde esta rama del Derecho ya existía pero no se identificaba como tal.

El Derecho Internacional que se ve penetrado por una serie de circunstancias que le alteraron por completo; los avances tecnológicos, la idea de bienestar y el nuevo panorama de las relaciones internacionales, hacen que se comience a hablar de la existencia de esta rama del Derecho y más importante aun para nosotros los Americanos, de un Derecho Internacional propio de América, de ese nuevo mundo conocido e independiente.

Ahora bien, para lograr nuestra pretensión debemos comenzar por hablar un poco de los llamados autores clásicos del Derecho Internacional a quienes se les puede considerar precursores de esta rama del Derecho.

2.1 Los autores clásicos de nuestra disciplina

A lo largo de estas etapas de la historia de las cuales hemos hablado, nos encontramos con el surgimiento de una gran cantidad de doctrinas romanistas, canonistas y teológicas que originan una época clásica en la evolución del Derecho Internacional y que podemos sobre todo ubicar entre los siglos XVI a XVII, tomando en cuenta que antes de estos siglos para muchos el Derecho Internacional no existía, si no el Derecho como tal, constituido en muchos aspectos por instituciones, que sin dejarnos duda, son actualmente instituciones propias de nuestra rama objeto de estudio.

Cesar Sepúlveda clasifica estas doctrinas para cuestiones prácticas en *Las Doctrinas Iusnaturalistas* y *Las Doctrinas Positivistas*. Dividiéndolas así porque en un principio los estudiosos del Derecho de Gentes lo consideraban como un derecho natural, como un derecho dictado por la razón y con un alcance universal. Sin embargo, luego se impulsa el estudio de esta rama como derecho positivo.²²

Podemos contar dentro de las llamadas Doctrinas Iusnaturalistas:

2.1.1 La escuela hispana del derecho de gentes: Doctrina del Derecho Internacional que nace gracias a **Hugo Grocio** (1583–1645) y de la mano de **Francisco de Vitoria** (1483–1546)²³. De Vitoria siempre dio preferencia a materias de índole moral y sostenía en sus postulados que no era lícito y natural desposeer a los Indios, exige que se les proteja de la crueldad de los conquistadores y condenaba la violencia con la que se había comenzado la colonización española. Para él, los españoles no tenían más derecho en las nuevas tierras que la libertad de comercio y la libertad para predicar el evangelio.²⁴ Por otro lado en su obra *De indis* y *De iuri belli* expuso ideas totalmente nuevas para el momento y aporta el concepto de la guerra en el orden jurídico universal, trata en sus obras de la guerra justa y la injusta, de la ofensiva y defensiva, lo ilícito de la guerra, los prisioneros y otros temas. Su obra la *Relectiones*, presenta cuatro puntos de discusión desde un punto de vista filosófico-teológico.

1º *Si es lícito a los Cristianos hacer la guerra;*

2º *En quien radica la facultad de declarar y hacer la guerra;*

3º *Causas para que la guerra sea justa;*

4º *Qué cosas son lícitas contra los enemigos en caso de guerra justa.*²⁵

De Vitoria consideraba que ni el paganismo ni la llamada condición de infieles que se atribuían a los pueblos indígenas aborígenes por los colonizadores eran una causa suficiente para considerar que las intervenciones armadas contra ellos eran guerras

²² SEPULVEDA; Cesar, *Curso de Derecho Internacional*, Porrúa S:A., (ed.), Mexico-1960, pág.13.

²³ Son considerados los predecesores de Hugo Grocio: Santo Tomas, Vitoria, Soto, Medina, Ayala, Covarrubias.

²⁴ STADMULLER, George; *op. cit.*, pág.138.

²⁵ ALVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando; *La historia del Derecho Internacional Publico*, Colección Estudios de Derecho Internacional Nº3, Fundación Cultural Javeriana (ed.), Bogotá 2000, pág. 76.

justas y de esa manera legitimarlas.²⁶ Es de Vitoria el primero en expresar una idea moderna de derecho humanitario.

Como predecesor de Hugo Grocio se considera a Francisco de Vitoria el fundador de esta corriente *iusnaturalista* del Derecho Internacional y para algunos el *fundador del derecho internacional moderno*²⁷. A **Francisco Suárez** (1548 – 1617) otro de los teólogos juristas, quien se encarga de sistematizarla y a Hugo Grocio es quien la da a conocer. Pero el gran merito de Francisco Suarez, para algunos, se encuentra en la descripción que hace de las características esenciales del derecho de gentes y su fundamento a la vez sociológico y metafísico del género humano. Para él *aun cuando cada ciudad independiente, cada república y cada reino constituye en sí una comunidad perfecta y formada por miembros, cada una de estas comunidades es también en cierto modo miembro del conjunto que forma el género humano.*²⁸

Sus principales obras *De legibus ac Deo legislatore*, *Disputationes methaphisicae* influyeron mucho en el pensamiento filosófico del occidente para las futuras generaciones pues se le ha considerado con una postura clara e innovadora por lo que en algún momento bajo el reinado de Jacobo I sus obras fueron consideradas peligrosas. Sus consideraciones sobre guerra justa e injusta eran muy similares a las de Vitoria pero propone teorías tan nuevas para el momento como la teoría de la soberanía popular.²⁹

Suarez intenta explicar la relación entre la ley eterna, la ley natural y el derecho de gentes: para él en primer lugar esta la ley eterna porque es el origen de todas las leyes, el Derecho Natural como sistema por el cual la ley eterna ha sido conocido por nosotros, la ley eterna es la ordenación natural que se atribuye a Dios y el Derecho Natural es un acto de reflexión y raciocinio. Pero ¿Dónde queda el *ius gentium* para Suarez? El *ius gentium* se produce por el consentimiento, el uso o la costumbre de los pueblos, constituye una forma intermedia entre el derecho penal y la ley humana, pero primordialmente se deriva del consentimiento a diferencia del derecho natural que existe *per se*.

²⁶ STADMULLER, George; *op. cit.*, pág.138.

²⁷ STADMULLER, George; *op. cit.*, pág.137.

²⁸ *De Legibus*, lib. II, cap. XIX, nº9; Vitoria y Suarez, pág. 169, (citado por ALVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando; *La historia del Derecho Internacional Publico*, Colección Estudios de Derecho Internacional Nº3, Fundación Cultural Javeriana (ed.), Bogotá 2000, pág. 79).

²⁹ STADMULLER, George; *op. cit.*, pág.143, 144.

Posteriormente, se le reconoce a Hugo Grocio el mérito de haber logrado el primer sistema extenso del Derecho Internacional vigente para la época, establece el primer elemento del *ius gentium* en la comunidad internacional, unida por la supremacía universal de justicia, una comunidad de género humano sostenida por un impulso: *el appetitus*, ósea el deseo de la sociedad de preservar su propia especie. Propone el principio de la libertad de navegación en alta mar, sentó los fundamentos del derecho internacional moderno, secularizó la teoría del *ius gentium* y fue un vulgarizador de las instituciones del derecho de gentes, su obra magna, *De Iure Belli ac Pacis*, es tradicionalmente vista como el libro que destaca de manera sistemática los principios del *Ius Gentium*.

Para algunos autores Grocio es *El padre de la ciencia del Derecho Internacional* aunque sus teorías en sí encuentran su fundamento en los manifiestos de numerosos predecesores, otros contradicen sus teoría como Gaspar Ziegler, filósofo renacentista, en Witemberg (1666), Enrique Heningues (1673) y Juan Barbeyrac así como otros fueron ilustradores de su obra, como: Pedro Lombardo o las Institutas de Justiniano. Grocio muere en Mekelburk en 1645 de donde lo trasladaron a Delf su lugar de nacimiento.³⁰

En los años posteriores, se siguen desarrollando estas Doctrinas Iusnaturalistas; así encontramos a **Alberico Gentili** quien separa la teología de la ética, entiende la inmunidad y la naturaleza de los embajadores y justifica la manera de nombrarlos o expulsarlos; **Samuel de Pufendorf** (1632), quien basándose en la obra de Grocio compuso *Elementa Jurisprudentia Universalis y Iure Natura et Gentium*, duda del carácter obligatorio del Derecho Internacional, aporta la noción de la igualdad natural de los Estados, el principio de la libertad de los mares, admite limitaciones en el comercio y privilegios de diplomáticos que surgen del derecho natural.³¹

Por otra parte **Christiano Wolfio** (1679-1754), En su obra *Derecho natural y de Gentes* parte del principio de que por asociación en un Estado sus ciudadanos están obligados a promover el bien común, la tranquilidad y la seguridad, el Estado tiene el deber de preservarse como asociación buscando su perfección y evitando lo que pudiera

³⁰MARIN Y MENDOZA, Joaquín; *Historia del Derecho Natural y de Gentes*, Instituto de Estudios Políticos (ed.), Madrid -1950, pág. 32.

³¹*Op. cit.*, pág. 41 a 52.

destruirlo, separó el derecho de gentes y el derecho de los individuos correspondiéndoles a los primeros los mismos derechos que a los segundos; **Christiano Thomasio** (1655-1728) fue suyo el distinguir lo justo de lo honesto y decoroso con una gran dificultad para distinguirlos, atribuye lo justo solo al Derecho Natural. De aquí proviene la distinción tan usada por los modernistas entre oficios de justicia y humanidad, su obra más conocida *Iuris Natura et Gentium ex sensu communiti deducta, in quibus ubique secernuntur principia honesti, justitiae et decori*.³²

Debemos resaltar la obra de **Montesquieu** o Carlos de Secondant, Barón de Montesquieu (1689-1755) quien con su gran obra *L'esprit des lois* que goza de gran popularidad no se detiene mucho sobre las relaciones de los Estados pero ventila observaciones sobre la guerra, sobre la esclavitud, sobre la conquista y sobre la forma de los Estados. Su obra es la inspiración de muchos autores modernos por ello es importante conocerla, conoce de tres formas de Estado: el republicano, el monárquico y el despótico en donde cada una de ellas conoce de sus propias leyes. Montesquieu propone la Tesis sobre la *Separación de los Poderes* que ha sido objeto de múltiples variaciones en su aplicación.

2.1.2 De las corrientes Positivistas:

Ahora bien, veremos la otra cara de la doctrina; para los positivistas las leyes no son en sí mismas, buenas o malas, justas e injustas si no validas o inválidas según que sean dictadas por una autoridad con competencia para hacerlo y de acuerdo a procedimientos previamente establecidos. El término *Positivismo* fue utilizado por primera vez por el filósofo y matemático francés del siglo XIX Auguste Comte, aunque para algunos son antecesores de esta corriente el filósofo británico David Hume, al filósofo francés Saint-Simon, y al filósofo alemán Immanuel Kant.

Positivismo Jurídico y el Iusnaturalismo han sido dos conceptos enfrentados desde entonces, *el Positivismo Jurídico propone un concepto descriptivo del Derecho (...) la validez del Derecho se determina por una serie de hechos empíricamente constatables entre los que pueden encontrarse, por supuesto, ciertas dimensiones referidas a valores siempre que ellas formen parte de la moral positiva. Mientras el iusnaturalismo propone*

³² *Op. cit.*, pág. 41 a 52.

*un concepto normativo de derecho, de manera que su validez no depende solo de la constatación empírica de determinados hechos si no también de la conformidad entre el mismo y una determinada moral correcta a la que se denomina Derecho natural.*³³ De una manera más simple, para los positivistas el legislador es quien crea el Derecho mientras que para los iusnaturalistas el legislador viene a reconocer leyes propias de la misma naturaleza humana.

El espíritu positivista apoya la existencia de un orden social, para ellos la condición de que haya autoridad social suficiente refuerza el carácter histórico del positivismo, lo que es, en definitiva, el aspecto más verdadero e interesante del positivismo y lo que da lugar a una extensa codificación, que se comenzó a gestar por las leyes de la guerra. Para el positivismo la única fuente del Derecho Internacional es el acuerdo de voluntades, lo que los Estados han acordado y pactado haciendo uso de su soberanía.

En la actualidad, si hacemos una interpretación positivista del Derecho Internacional, los Estados que no aceptan estar obligados por normas convencionales y no acaten las normas consuetudinarias, permanecen al margen: acatar una norma positiva depende de la voluntad del Estado, por ello, es derecho consensual y si el Estado no ha dado su consentimiento, el Estado no está obligado por esa norma y por lo tanto, no es responsable ante la comunidad internacional de la no observancia de la misma. *Según el profesor Brownlie, los Estados pueden optar por no tomar parte en el desarrollo de una norma consuetudinaria: "... un Estado puede optar por abandonar una costumbre en vías de formación. La prueba de la objeción ha de ser clara, de lo contrario, seguramente, se presumirá la aceptación, que habrá de ser rechazada. Sean cuales fueren las bases del principio, está muy aceptado por los tribunales internacionales y en la práctica de los Estados*³⁴

Pero para algunos Positivistas del Siglo XIX no era tan clara la existencia del Derecho Internacional si no que era solo una especie de moral positiva y no realmente derecho, tanto **Joseph Story** (1779 – 1845) como **John Austin** (1790 – 1859) sostenían que el

³³DORADO PORRAS, Javier; "Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico: dos visiones enfrentadas del concepto de Derecho", en AAVV, *El Positivismo Jurídico a Examen*, J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla Gonzales (eds.), Ediciones Universidad de Salamanca, pág. 863.

³⁴V. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4a ed., Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 10, Citado por: *International Review of the Red Cross*, "La Clausula Martens y el Derecho de los Conflictos Armados", No 140, pp. 131-141, disponible en: <http://www.icrc.org>.

individuo no era sujeto de Derecho Internacional Público por lo que comienzan a usar la expresión “Derecho Internacional Privado”. John Austin sostenía que el Derecho Internacional Público era solo una forma de moral positiva que pretendía regular asuntos de Estados soberanos que no podían ser regulados por ninguna autoridad externa.³⁵

Las definiciones positivistas del Derecho Internacional han tenido un gran influjo en el Derecho Internacional moderno pero una de las discusiones que esta ha promovido es sobre el reconocimiento de los derechos humanos, en donde se ha precisado que los positivistas no niegan los derechos humanos siempre y cuando sean producto de un legislador, o reconocidos por los Estados, pero no como derechos inherentes de la naturaleza humana. Con esto se deja claro que los positivistas niegan la existencia de un derecho natural.

2.2 El nuevo “Derecho Internacional”

Podemos hablar de un nuevo concepto de Derecho Internacional que se gesta a finales del Siglo XIX, el cual es el producto de la madurez de los Estados, de los cambios sociales, de los surgimientos de las ideas nacionalistas y liberales. Algunos autores aportan nuevas concepciones en la Doctrina del Derecho Internacional y para algunos autores de la actualidad como Koskenniemi esta etapa es considerada “el auge” de nuestra ciencia de estudio.³⁶ A mediados de la época victoriana era inevitable el impulso que estaba tomando la difusión de las ideas liberales en todas las ciencias sociales, pero sobre todo en el Derecho a pesar de grandes esfuerzos de los gobiernos porque esto no sucediera, pues se consideraba que demasiadas ideas de este tipo gestaban revoluciones.

No obstante, a partir de este momento se comienzan a levantar movimientos de intelectuales que creían indispensable actuar para la propagación de esas ideas

³⁵ DURAN BÄCHLER, Samuel; “El Individuo como sujeto del Derecho Internacional”, en AAVV *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1992, pág. 64.

³⁶ En este segundo Capítulo nos apoyaremos en los estudios hechos por el renombrado iusinternacionalista finlandés Martii Koskenniemi, quien aporta en su última obra una perspectiva historiográfica del Derecho Internacional Público, *the gentle civilizer of nations*, en donde trata de vislumbrar por qué los abogados internacionalistas adoptan determinadas posiciones y apoyan argumentos concretos en épocas y lugares diferentes.

liberales. Es así como nace en Bruselas en 1862 la *Association internationale pour le progres des sciences sociales* teniendo como sus fundadores a Gustavo Rolis-Jaequemyns (1835 – 1902), Tobias Asser (1839-1902) y John Westlake (1828 – 1913). Esta Association internationale además de defender las ideas liberales, la tolerancia religiosa, la libertad de opinión, el libre comercio y las relaciones entre los pueblos, perseguía el desarrollo de las ideas liberales desde una base sobretodo científica, *ya no asociadas con el temprano racionalismo ilustrado o el utilitarismo deductivo*.³⁷ Sin embargo algunos miembros de esta institución la usaban para fines políticos y por eso no prospera por mucho tiempo.

Aun así de aquí se generan nuevos proyectos beneficiosos para el Derecho Internacional que llevan a cabo Rolin y Asser,³⁸ quienes se unen unos años después con el fin de preparar un periódico científico – jurídico con bases internacionales con el cual buscaban propagar ideas liberales y comparar las reformas legislativas que se estaban llevando a cabo por toda Europa. Prepararon una primera publicación que trataba cuestiones de Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado. Se detenían en otros informes sobre el espíritu nacionalista que según ellos se estaba despertando y que se estaba viendo reprimido por el nuevo espíritu del Derecho Internacional, ese *l'esprit d internationalite* que enseñaba a las naciones y a los pueblos a seguir reglas comunes sin dejar de observar sus normas de derecho interno.³⁹

*Ahora era el turno del derecho. Legisladores y juristas necesitaban aprender sobre las leyes y proyectos legislativos de diferentes países para apreciar mejor los efectos de las reformas internas propuestas y reducir los conflictos que pudiesen causarse por leyes diferentes*⁴⁰. Todas estas ideas se vieron materializadas en esa primera publicación de la *Revue de droit international* en 1868, contando con la aprobación de varios intelectuales de la época como Pasquale Manzini. Rolin lanzaba esta primera edición de la *Revue* con algunas propuestas para la reforma legislativa liberal en Europa y tocaba algunas cuestiones propias del Derecho Internacional como los proyectos que se estaban discutiendo en ese momento para la humanización de la guerra. Según Rolin, lo más

³⁷ KOSKENNIEMI, Martti; *El Discreto Civilizador de Naciones: El Auge y la caída del Derecho Internacional 1870 – 1960*, Traducción: Natalia Zaragozo García, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires 2005, pág. 24.

³⁸ *Op. cit.*, pág. 25.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

importante para que un tratado entre Estados tuviera la fuerza suficiente era la opinión pública, incluso cuando un Estado incumplía algún pacto intentaba justificarse con la opinión pública.⁴¹

*Rolin mezclaba las dos grandes ideas del Siglo XIX, ciencia y conciencia. El hombre de ciencia legal se convirtió en representante, el órgano de la conciencia de la humanidad.*⁴² Pero después de este manifiesto que encabezaba la primera edición de la *Revue*, Rolin no planteaba muchas veces teorías legales y políticas, pero tampoco lo hacían muchos de los que estaban detrás de la *Revue*, pues ellos sobretodo eran abogados en ejercicio y no filósofos – jurídicos, lo que resulto en un nuevo genero de escritura legal al cual llamó *la chronique de droit international*. Durante muchos años la *Revue* informaba y proponía cuestiones de Derecho comparado y Derecho Internacional tanto publico como privado, se preocupo por el *Institut de droit international* y sobre el Comité para la reforma y codificación del derecho internacional especializándose gradualmente.⁴³ Sin perder de vista el carácter social con el cual se había creado y la difusión de las ideas liberales, *Era democrática, pero temerosa de las masas; reformista pero burguesa.*⁴⁴

Para el momento en que se edita por primera vez la *Revue*, el Derecho Internacional era un concepto sobretodo discutido por los filósofos del Derecho a lo igual que Grocio, sin contar con este como una disciplina independiente y en muchos casos sin tomar en cuenta de los cambios tan importantes que se habían generado desde la Revolución Francesa. Para ese momento *La obligación de mantener los tratados derivan del "honor" y de la dignidad del soberano, la salud y el interés real del Estado.*⁴⁵ Aun en la segunda mitad del siglo XIX el Derecho Internacional no se conocía separado del Derecho Natural por lo que algunos creían que se originaba del derecho divino.

Como hemos dicho, desde mucho antes ya se conocían figuras como el arbitraje y la diplomacia pero el Derecho Internacional como una disciplina independiente e incluso como una cátedra en las facultades de Derecho, no había sido reconocido. Solo se

⁴¹ *Op. cit.*, pág. 27.

⁴² *Op. cit.*, pág.27, 28.

⁴³ *Op. cit.*, pág.29.

⁴⁴ A partir de 1894 la *Revue* comenzó a ser dirigida por Alberic y Edouard, hermano e hijo de Rolin, respectivamente. *op cit*, pág.30.

⁴⁵ *Op. cit.*, pág.39.

reconocía a mediados de siglos como fuente positiva de Derecho el *Code Civil* y la cátedra más similar a nuestra ciencia se conocía como *Droit de la nature et des gens*, así los únicos profesores de Derecho Internacional que existían en 1867 permanecieron en París a la cabeza de Royer Collard (1830 – 1864) y Charles Giraud (1864-1874). Fue a partir de 1889 que se introdujo el derecho internacional en las universidades francesas como una materia obligatoria, cuando solo se estaba comenzando a considerar en otras universidades de Europa como en Holanda y la Universidad de Bruselas.⁴⁶

En esa misma época en Gran Bretaña aun no se consideraba la existencia del Derecho Internacional, pues predominaban las ideas positivistas de *John Austin*, que como hemos mencionado descalificaba por completo la existencia del derecho internacional por considerar que las normas jurídicas eran solo aquellas que provenían de un soberano y sobre ella no concebía la idea de que existiera ninguna otra norma que gozara de obediencia. Incluso el Parlamento en 1887 declara;

*“el derecho internacional no tiene ninguna existencia en el sentido en el que el término “derecho” es normalmente entendido. Depende generalmente de los prejuicios de los escritores de los libros de texto. No puede hacerse cumplir por ningún tribunal y por lo tanto llamarle “derecho” es hasta cierto punto engañoso”.*⁴⁷

Ahora bien, todo intento por hacer que el Derecho Internacional tomara un papel protagónico en Europa, se vio interrumpido cuando entre 1870–1871 se da el conflicto franco-prusiano en donde se aliaron Prusia con todos los aliados alemanes y como consecuencia se produjo la unión política de Alemania. A Francia se le impuso firmar una dura Paz y es despojada de las provincias de Alsacia y Lorena.

El conflicto fue una muestra de la mala aplicación del Convenio de Ginebra de 1864 que para algunos había significado el gran paso del Derecho Internacional. Por lo que **Gustave Moynier** (1826–1910), propone la realización de un concilio con juristas internacionales que se llevo a cabo en Gante en noviembre de 1872, el resultado fue la reunión de abogados de gran renombre, como Carlos Calvo (1824-1906), Johann Caspar Bluntschli (1808-1881), Francis Lieber(1800-1872), entre otros, en donde se llego a la

⁴⁶ *Op. cit.*, pág.41.

⁴⁷ T.E Walker, *The Science of International Law*, London, Clay 1893, pág. 1, (citado por KOSKENNIEMI, Martti; *El Discreto Civilizador de Naciones: El Auge y la caída del Derecho Internacional*, *op.cit.* pág. 44, 45).

conclusión de que había suficiente apoyo para establecer una institución con carácter permanente o una academia para la enseñanza y el estudio del Derecho Internacional. Según Rolin, había en Europa unos treinta hombres comprometidos con el estudio del Derecho Internacional y otros más alrededor del mundo por lo que convoca en 1873 a algunos de estos hombres y les propone fundar el instituto. De esa manera nace en Gante en Septiembre de 1873 el *Institute de droit international*, adoptando un estatuto propio que tenía como primer artículo el propósito con el cual estaba siendo fundado.⁴⁸

*“De favoriser le progres du droit international , en s’efforcant de devenir l’organo de la conscience juridique du monde civilicé”.*⁴⁹

Ese fin jurídico filosófico que se asignaba al instituto y que consistía en *ser la conciencia jurídica del mundo civilizado*, se le daba un doble significado de una total apreciación filosófica, como “conciencia moral” y como “conciencia racional”, en la primera se trataba de *mirar más allá de las vicisitudes de la diplomacia hacia los sentimientos morales de las sociedades europeas* y cuando se hablaba de “conciencia racional”, intenta separar *lo verdadero de lo falso, conocimiento de la superstición (...)* y *combina la interpretación (subjetiva) individual con lo que es (objetivamente) cierto para todos.*⁵⁰

Vinculado a esto se consideraba la soberanía como una *conscience* colectiva (europea) lo cual era contrario a las tesis de John Austin y se reconocía como válida la conciencia de los Estados que se reunían para firmar determinados tratados, aunque cada uno de ellos fuera independiente. Todo esto hacía ver al derecho internacional como *un hecho social y cultural*⁵¹ y al Instituto de Derecho Internacional con un fin específico que era motivar su estudio desde un punto de vista liberal e innovador pero que en ocasiones se confundía con un fin meramente filosófico por lo que costaba hacer creer a muchos que se estaba trabajando sobre una nueva rama del Derecho.

⁴⁸ KOSKENNIEMI, Martti; *El Discreto Civilizador de Naciones: El Auge y la caída del Derecho Internacional*, op. cit., pág.51.

⁴⁹ Art. 1, (citado por KOSKENNIEMI, Martti; *El Discreto Civilizador de Naciones: El Auge y la caída del Derecho Internacional*, op cit., pág. 51).

⁵⁰ KOSKENNIEMI, Martti; *El Discreto Civilizador de Naciones: El Auge y la caída del Derecho Internacional*, op.cit., pág.60.

⁵¹ *Op. cit.*, pág.61.

Pero los intelectuales que formaban parte del *Institute de droit international* no eran los únicos con inquietudes de estudio hacia esa nueva rama de Derecho, así que tanto en toda Europa como en América encontrábamos profesionales juristas que intentaban definir un concepto partiendo desde diferentes puntos de vista y que variaban también dependiendo de las diferentes realidades sociales. Así encontramos a:

2.2.1 Carl Schmitt (1914–1985) : Jurista alemán, nacionalista, considerado un autor revolucionario inspirado por los conflictos sociales de la época y caracterizado por su *antiliberalismo, su teoría del poder soberano, la oposición amigo/enemigo como criterio definitorio de lo político, (...), su crítica del humanismo y del pacifismo (...), su teoría del Derechos Internacional como un pluri-verso formado por grandes espacios relativamente autónomos y sus aportaciones a una nueva derecha intelectual (...)*.⁵²

Carl Schmitt, interesante por sus discursos críticos y tal vez en ocasiones un poco duros hacia la manera de actuar de Estados Unidos y la Organización de las Naciones Unidas Su teoría se centra en la cuestión de “poder” y la definición de lo “político” e introduce el término *decisionismo* para definir la política, lo cual viene a ser en sus principales obras ius-filosóficas el núcleo de su teoría jurídico-política y surge como una teoría contraria a la indecisión liberal *el pilar sobre el que se levantan cualesquiera sistema de normas jurídicas -diría Schmitt- no es una norma fundamental como querría Kelsen, si no una decisión fundamental que establece los límites del orden jurídico y separa a los miembros de la comunidad amigos, de los que representan su posible negación intelectual*.⁵³El sujeto titular del poder soberano para Schmitt es aquel que decide (el monarca absoluto, la asamblea soberana, el pueblo o nación).

Ahora bien, lo que nos presta mayor interés de nuestra investigación, son sus consideraciones específicas sobre el orden internacional y el derecho internacional. Y su concepción del mundo como un *pluriverso* formado por grandes espacios, aunque no deja de estar toda su obra directamente relacionada.

⁵² SANROMÁN, Diego Luis; “Carl Schmitt. La cuestión del poder”, Revista Critica de Ciencias Sociales y Juridicas, *Nomadas*, Universidad Complutense de Madrid, núm. 10, pág. 1, disponible en: <http://www.ucm.es/info/nomadas/>.

⁵³ ESPARZA, José Javier; *Un aventurero contra el nihilismo*, (citado por SANROMAN, Diego Luis; “La Cuestión del Poder”, Revista *Nomadas*, Universidad Complutense de Madrid, núm. 10, pág. 3.), disponible en: <http://www.ucm.es/info/nomadas/>

Era un crítico de la ideología humanista y por ello trata de hacer ver mediante sus teorías de decisión y soberanía el supuesto fondo imperialista que tenían estas corrientes cuando quien decide los conceptos y los términos de la paz, el desarme, la intervención o el orden público, es el mismo soberano. Schmitt decía que el manejo del lenguaje en el orden internacional era aun más peligroso que la intervención militar, era un discurso impuesto por vencedores a los vencidos con el fin de confirmar que tenían la victoria absoluta.⁵⁴ Se refería aquí a la posición de Alemania después de la Primera Guerra Mundial en donde según su punto de vista, gracias a esto que llama Schmitt *discurso hegemónico*, Alemania había sido calificada como el mal absoluto, el enemigo de toda la humanidad.

Para Schmitt era muy importante tener presente, que tipo de pensamiento jurídico se imponía en un determinado tiempo y en un determinado pueblo, ya que los distintos pueblos y razas van acompañados de distintos modos de pensar jurídico, la supremacía de uno sobre el otro puede vincularse al dominio intelectual de un pueblo sobre otro.⁵⁵

El concepto de *Orden internacional* para él era, a grosso modo, una pluralidad de Estados soberanos que respondían a algunos rasgos básicos. Sobre dicho concepto reposan su teoría del *pacifismo jurídico* y su doctrina referida a la guerra y la paz, decía Schmitt que las rivalidades entre esos Estados soberanos son las que generan los conflictos armados por lo cual propone sustituir esa estructura de orden internacional para lograr la solución de los conflictos y acabar con las guerras, tenía una visión de un *nuevo orden internacional* que idealmente no era la que estaba materializándose. Estados Unidos en el nuevo orden buscaba la expansión económica y para ello tenía que hacer que el mundo estuviera de acuerdo con su ideología política, a pesar de la Doctrina Monroe buscaba cada día nuevos mecanismos de intervención y manejaba el concepto de moralismo como parte de ese nuevo nomos.⁵⁶

Predijo en 1955 tres alternativas para ese nuevo orden internacional, la primera era un imperio universal bajo un gran poder, un total dominio mundial de ese Imperio sobre la tecnología y la economía; segundo: que Estados Unidos tomara el lugar que ocupaba

⁵⁴SANROMAN, Diego Luis; "La Cuestión del Poder", Revista *Nomadas*, Universidad Complutense de Madrid, núm. 10, *op. cit.*, pág. 10.

⁵⁵*Op. cit.*, pág. 11.

⁵⁶KOSKENNIEMI, Martti; *op. cit.*, pág. 401.

antes Gran Bretaña en Europa, como garante de la paz o “hacedor de equilibrio”; la tercera y esperada por Schmitt, una estructura de orden internacional que se modificara que estuviera constituida por grandes bloques y no por Estados, que se reconocieran mutuamente y excluyeran la intervención externa. De cierto modo llego a pensar y así lo expreso que esa tercera alternativa se estaba gestando a finales del siglo con la presencia de tres grandes bloques, como eran la Unión Soviética, la China y Estados Unidos.⁵⁷

Ya en sus años de madurez intelectual, habla de nuevos problemas a resolver por la comunidad internacional, pero sin dejar de lado conceptos que había utilizado en sus anteriores obras, después de superada la segunda guerra mundial se refiere de un modo crítico a lo que el llama los nuevos problemas que son *anticolonialismo, la conquista del espacio y al desarrollo industrial de las zonas subdesarrolladas por los desarrollados*, viendo como problema central, *el desarrollo industrial de los subdesarrollados* y a lo cual designa como el problema concluyente de los “*nomos de la tierra*”. En ese momento de la historia. Schmitt relaciona directamente el espacio del desarrollo industrial con la nueva distribución de la tierra en regiones industrializadas.⁵⁸

Toda la obra de Schmitt se encuentra sintetizada en una sola y para ello, debemos ubicar su última obra “*Der Nomos der Erde*”⁵⁹ donde busca explicar el nuevo sentido de la toma de la tierra, como se realiza esa distribución del espacio en lo que el llama *el nuevo orden del mundo*. El dice que la idea de espacio que tenía el mundo en su origen se había visto totalmente modificada con los descubrimientos y en las posteriores colonizaciones, ya que esa relación entre espacio-hombre que había existido por cuatrocientos años y era la que se conocía, se había transformado.

Con los descubrimientos *se produjo el primer nomos de la tierra, que consistía en una determinada ordenación espacial entre la tierra firme y la ordenación espacial entre el mar libre y que fue durante 400 años la base de un Derecho de Gentes centrado en*

⁵⁷ KOSKENNIEMI, Martti; *op. cit.*, pág. 401, 402.

⁵⁸ SCHMITT, Carl; “El Nuevo Orden de Mundo después de la Segunda Guerra Mundial”, discurso pronunciado el 21 de marzo de 1962, publicado por: *Revista de Estudios Políticos*, Nº 122, Madrid-1962, pág. 23.

⁵⁹ En castellano “El Nomos de la Tierra”, para algunos es la síntesis de su obra, escrito por Carl Schmitt y publicado en 1950.

*Europa: El ius publicum europeum.*⁶⁰ *Nomos* procede de *nemein*, una palabra que significa tanto “dividir” como también “apacentar” (...) el *nomos* puede crecer y multiplicarse como la tierra y la propiedad, de un solo “*nomos*” divino se nutren todos los *nomos* humanos.⁶¹ La nueva colonización de América crea un espacio diferente que es considerado por los conquistadores *terra nullius* (*tierra de nadie*) la cual estaba habitada por personas incultas, no cristianas y supuestamente no civilizadas lo cual daba el derecho de poseerla.

El Descubrimiento de América y la toma de las tierras de África además trae consigo el principio de la libre navegación de aquellos nuevos espacios marítimos que habían sido descubiertos y sobre los cuales entran en conflicto España, Portugal e Inglaterra. Para Schmitt el mar debería de ser libre de distribución por su naturaleza y no debería objeto de ninguna división.

Ese *ius publicum europeum* había ordenado y distribuido la tierra hasta los descubrimientos, había dividido el espacio europeo en Naciones–Estado que se reconocían como tales y con soberanía, pero ahora venía ese *nomos* europeo a encargarse de la organización de los poderes imperiales. La palabra *nomos*, como tal esta cargada de significado pues se refería al “orden” o la “decisión” y más allá de eso tenía un significado teológico protestante.

Ese orden concreto para Schmitt se había derrumbado entre 1890 y 1918 ante la intervención angloamericana que estaba rompiendo la relación de espacio que se había dado después del de los descubrimientos. Para Schmitt, el derecho internacional ya no era más que un conjunto de reglas que eran supuestamente aceptadas por la comunidad internacional. En un discurso pronunciado por él mismo trata de explicar que ese *nomos* seguía modificándose a mediados del siglo XX con el surgimiento de la guerra fría y el anticolonialismo, un anticolonialismo que pretendía romper con un pasado histórico y una guerra de poder que pretendía dominar la tierra para así apoderarse de nuevos espacios cósmicos. *Solamente quien domine la tierra dominara*

⁶⁰ SCHMITT, Carl; *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes y el Ius Publicum Europeum*, Traducción de Dora Schilling, Centro de Estudios Constitucionales (ed.), Madrid 1979, pág. 25.

⁶¹ *op. cit.*, pág. 53

*los nuevos espacios cósmicos, que se hacen accesibles al hombre gracias a los nuevos medios técnicos.*⁶²

Con el término *nomos*, en su tiempo, Schmitt quería destacar el problema del nuevo “orden del mundo”, es decir, una nueva distribución y reparto de la tierra, un problema que ahora había que resolver en el entorno de la guerra fría y con la ayuda de una figura que para su particular no había hecho bien el trabajo, La Sociedad de las Naciones⁶³ y posteriormente la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Estados Unidos con el mayor poder económico y como soberano estaba fuera de la Sociedad de las Naciones pero participaba a través de sus colonias de toda discusión política, predominaba la economía sobre cualquier ideología política que intentara difundirse, siendo el principal fin de Estados Unidos la expansión económica.

Con el *nomos de la tierra* Schmitt intenta hacernos ver que todo acontecimiento en la vida de cada sociedad depende de esa relación que existe entre los seres humanos y el suelo, así como el progreso y los fracasos de cada sociedad van a depender de la manera que se efectúa esa distribución o reparto de la tierra tomando en cuenta las circunstancias históricas de cada momento y de cada pueblo. Ese arraigo del suelo es lo que va a definir sus características sociales y políticas en cada uno de los momentos de la historia y además es esto lo que lo va a diferenciar a una de otras sociedades.⁶⁴

De su obra *Der nomos der Erde*, sus artículos y sus anteriores obras se deduce una actitud anticolonialista, y poco esperanzadora por la manera como se estaba manejando el orden mundial después de las guerras, con la presencia de un *Imperio* que tenía en sus manos la distribución del espacio.⁶⁵ Incluso advertía que el problema de las guerras y las relaciones internacionales se debía a los límites jurídicos impuestos a los conflictos bélicos, pues estos venían a ser aplicadas solo en algunas guerras y en cambio otras

⁶² SCHMITT, Carl; “El Nuevo Orden de Mundo después de la Segunda Guerra Mundial”, *op cit*, pág. 23.

⁶³ *La Sociedad de las Naciones*, fue un Organismo Internacional creado por el tratado de Versalles después de la Primera Guerra Mundial (28 de Junio de 1919), perseguía establecer las bases para la paz y el restablecimiento de las relaciones internacionales, tras su fracaso confirmado por la Segunda Guerra Mundial se disuelve oficialmente en abril de 1946.

⁶⁴ SCHMITT, Carl; *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes y el Ius Publicum Europeum*, *op cit*, pág. 36.

⁶⁵ Para Schmitt, Imperio es una entidad específica dentro del Derecho Internacional al cual le corresponde un gran ámbito espacial, *Son Imperios en este sentido aquellas potencias rectoras y propulsoras cuya idea política irradia en un espacio determinado y que excluyen por principio la intervención de otras potencias extrañas al mismo.*

veces se permitían acciones inhumanas que no estaban sometidas a ningún límite, como por ejemplo en África y algunos países de América.

Durante el periodo de entreguerras Schmitt insiste en escribir sobre el Imperialismo⁶⁶ de libre comercio así como se muestra crítico a lo que el llamaba “moralismo universal”, a la Doctrina Stimson y a la Doctrina Monroe lo cual se ve reflejado en *Der Nomos der Erde.*, de igual manera se mostro entusiasmado por la dictadura de Hitler después de 1933 y antisemita lo que hizo que se convirtiera en *persona non grata* en la Alemania occidental hasta su muerte en 1983. Independientemente de sus ideologías políticas y sus irónicos discursos Schmitt fue un abogado internacionalista que aporta muchos argumentos a nuestra rama del derecho y puso muchos temas en discusión por ello encontramos sobre sus teorías una gran cantidad de documentos.

2.2.2 Hans Morgenthau:

Opone sus teorías a las propuestas por Schmitt en cuanto a lo político considerando lo político *como una cualidad y no un fundamento, capaz de penetrar todo ámbito de la vida internacional.*⁶⁷ Pero muy similar su concepción respecto a otros temas, sus teorías se inclinan más hacia la nueva disciplina de las relaciones internacionales y como Schmitt se mantuvo muy crítico a la política exterior norteamericana. En 1946 su libro *Politics Among Nations*, (Política entre Naciones).en el cual coloca su interés a las causas de la guerra y las condiciones para mantener la paz, con su tesis del realismo político considera a los Estados como actores centrales de las relaciones internacionales al mismo tiempo propone el concepto de equilibrio de poder como la explicación de los fenómenos internacionales. En un Estado soberano, inmerso en la lucha por el poder con otros Estados, la estabilidad depende del equilibrio de poder que logre establecerse entre las potencias y de la manera como logren llevarse a cabo las relaciones internacionales.⁶⁸

⁶⁶ “El Concepto de Imperio en el Derecho Internacional”, Revista de Estudios Políticos, Nº 1, Madrid – 1941, pág.84.

⁶⁷ KOSKENNIEMI, Martti; *El Discreto Civilizador de Naciones: El Auge y la caída del Derecho Internacional*, *Semantic cit.* (57), pág.417.

⁶⁸ MORGUENTHAU; Hans, *La Lucha por el poder y por la paz*, Sudamericana (ed.), Buenos Aires-1963, pág.13.

Su libro *In Defense of the National Interest* publicado en 1951 muestra su desacuerdo con la política exterior norteamericana, para él la Segunda Guerra mundial había destruido todo un sistema de Estado que se había gestado desde el siglo XVI en el mundo occidental, *la era europea se había consumado debido al surgimiento de dos superpoderes-Estados Unidos y la Unión Soviética.*⁶⁹Morguenthau estaba totalmente convulsionado ante las maneras como se habían llevado de manera irracional las nuevas guerras que eran totalmente contrarias a toda regla que se hubiese establecido anteriormente. La moral se había transformado y no tenía un significado universal concreto.

*Al igual que Schmitt, Morguethau sostenía que el moralismo, el utopismo, el sentimentalismo y el legalismo no eran simplemente guías inútiles de política exterior, si no dañinas al proporcionar una justificación ideológica para una cruzada política sin límites.*⁷⁰ Lo que señalaba que solo el interés nacional era lo que se perseguía sin ningún tipo de moral.

Los argumentos propuestos por Morguenthau proporcionan bases para entender la violencia y la irracionalidad en el mundo así como pretende ser una guía para una buena política exterior. Proporcionan un fundamento a la disciplina de las relaciones internacionales y quizás eso hace que se le considere el padre de esa disciplina.⁷¹

2.2.3 Immanuel Kant

Es el más importante representante del liberalismo alemán (1724-1824), resalta por sus teorías progresistas y quizás porque se adelanto a sus tiempo. En 1795 publico su gran obra de Derecho Internacional, *La Paz Perpetua* en donde proféticamente aporta ideas fundamentales al Derecho Internacional de los siglos XIX y XX. Ofrece en este trabajo las condiciones necesarias para poder evitar las guerras entre los pueblos, por ejemplo, que al formular un tratado de paz no debe haber ninguna cláusula que sea capaz de provocar una nueva guerra.

⁶⁹ KOSKENNIEMI, Martti; *El Discreto Civilizador de Naciones: El Auge y la caída del Derecho Internacional*, op cit. pág. 418.

⁷⁰ *Op. cit.* pág.419.

⁷¹ *Op. cit.* pág.445.

Se adelanta a la doctrina Calvo sugiriendo la no interferencia en la política interna de una de manera violenta y propone la creación de una constitución republicana (una especie de contrato) que tuviese como fin esencial la creación de la *paz perpetua*.

La paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza -status naturalis-; el estado de naturaleza es más bien la guerra, es decir, un estado en donde, aunque las hostilidades no hayan sido rotas, existe la constante amenaza de romperlas. Por tanto, la paz es algo que debe ser «instaurado»; pues abstenerse de romper las hostilidades no basta para asegurar la paz, y si los que viven juntos no se han dado mutuas seguridades -cosa que sólo en el estado «civil» puede acontecer, cabrá que cada uno de ellos, habiendo previamente requerido al otro, lo considere y trate, si se niega, como a un enemigo.⁷²

Sin embargo Stefano Mannoni⁷³ Nos dice que las pretensiones de Kant estaban lejos de la creación de una *civitas maxima*, pero imaginaba una sociedad realista e independiente de Estados soberanos que estuvieran unidos por un pacto voluntario. Para Kant la idea del derecho internacional supone la separación de muchos Estados vecinos e independientes el uno del otro" En segundo lugar, Kant confiaba en la ejecución de su plan para garantizar la Paz Perpetua. Su cosmopolitismo va acompañado de un proceso histórico y sociológico.

Para Mannoni las teorías de Kant no eran del todo excéntricas ni extemporáneas pero eran la base de planteamientos posteriores como los del Ingles Jeremi Bentham quien en 1843 propone la creación de una Corte Internacional, el desarme progresivo terrestre o naval, el fin del imperialismo colonial, la constitución de un congreso formado por representante de diferentes Estados ideas que se consideraban como brillantes para la creación de un nuevo Derecho Internacional.⁷⁴

⁷² KANT, Immanuel; *La Paz Perpetua*, Introducción, traducción de F.Rivera Pastor, Biblioteca Jurídica Cervantes, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/>

⁷³ MANNONI, Stefano; *LA SCIENZA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE NELLA CRISI DELL'EQUILIBRIO EUROPEO (1870-1914)*, Milano Giuffrè (ed.).pág.73, (traducción libre y propia).

⁷⁴ Op.cit., pág.74.

2.2.4 Kelsen y la Paz Perpetua

La Paz por medio del Derecho es la respuesta de Kelsen a los cambios del Derecho Internacional, es una síntesis de las razones del derecho internacional y de los factores que mantienen la Paz o la equidad. Es escrito por Kelsen antes de finalizar la Segunda Guerra Mundial, prepara el terreno para el juicio de Núremberg, donde la principal imputación contra los jefes nazis era justamente la «guerra de agresión» como crimen contra la paz.

Recomienda un la creación de un orden jurídico supraestatal, que se base en los principios de “no agresión unilateral” y en la solución pacífica de los conflictos y que prohíba las conductas que puedan ocasionar la guerra. Este derecho internacional debe crear un Tribunal internacional de justicia permanente que se encargará principalmente de sancionar o castigar a aquellos Estados y personas que no cumplan con las normas que se han establecido para la búsqueda de la estabilidad y la abolición de la guerra.⁷⁵

⁷⁵ KELSEN, Hans; *La Paz por medio del Derecho*, California 1994, (traducción de Luis Echavarrí, Trotta (ed.), 2003.

CAPÍTULO III

3- El Padre del Derecho Internacional Americano.

(ALEJANDRO ÁLVAREZ)

La expresión “Derecho Internacional Americano” para algunos trae consigo connotaciones emocionales y ha provocado reacciones diferentes desde que comenzó a utilizarse, ya sea porque contradecía al concepto universalista del derecho de gentes o bien porque venía a reafirmar valores regionales y romper con el discurso europeo del Derecho Internacional y defendía los intereses de los pueblos latinoamericanos. La discusión se inicia prácticamente con la mención del publicista argentino Juan Bautista Alberdi en 1844, luego en 1883, Alcorta considera que la obra de su compatriota Carlos Calvo sufre de europeísmo sin tomar en cuenta la existencia de un Derecho Internacional Americano, opinión con la cual no estaba de acuerdo Calvo pues rechazaba por completo la existencia de esa rama por creer que descomponía el derecho de gentes.⁷⁶

En 1901 aparece la obra de Don Alejandro Alvares *Le Droit International Américain*, a la cual se resiste Sa Vianna con su trabajo *De la no existencia del Derecho Internacional Americano* en la que observa que la expresión conjunto de problemas americanos no es vaga, porque la ciencia del Derecho Internacional es un conjunto de principios y no de problemas, es decir, vuelve al fundamento del universalismo del derecho internacional general; Daniel Antokoletz, argentino, aboga por la existencia de un derecho internacional en América con los mismos principios que en todo el mundo, pero no por la existencia de un derecho internacional americano y Alberto Ulloa ex embajador de Perú en Chile se contrapone a las tesis del Sr. Álvarez.⁷⁷

A favor de sus teorías encontramos internacionalistas de la talla de Karl Strup al cual llamo *Elementos del Derecho Internacional Publico, Europeo y Americano*” y que dedica con verdadera vocación;

⁷⁶ SEPULVEDA, Cesar; *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*, Editorial Porrúa, México 1975, pág. 14.

⁷⁷ ALVAREZ, Alejandro; *El Nuevo Derecho Internacional en sus relaciones con la vida actual de los pueblos*, versión castellana de Rolando Peña López, Editorial Jurídica de Chile, 1962, cap. 7, título 5.

*“A Alejandro Álvarez el eminente jurisconsulto y diplomática, creador de un Derecho Internacional Americano y promotor de su codificación, fundador de la Escuela Panamericana para la reconstrucción del Derecho Internacional”.*⁷⁸

Con el tiempo quizás se puede decir que se le ha dado la razón a Don Alejandro Álvarez con su idea de complementar la reglamentación del Derecho Internacional con problemas nuevos y poco frecuentes, pero no podemos hablar sin fundamento, por ello ahondaremos un poco en las siguientes líneas de la vida y la obra de tan ilustre personaje.

3.1 Algunos aspectos importantes sobre la vida de Don Alejandro Álvarez

Se ha hablado muy poco de Don Alejandro Álvarez a quien se le puede considerar el padre del Derecho Internacional Americano, muy poco se estudia de él en las escuelas de Derecho, si bien trabajó toda su vida para que se tomara en cuenta la realidad política, social y económica americana y se reconociera su influencia en el Derechos Internacional en general y en las relaciones internacionales.

Manuel Alejandro Álvarez Jofré nació en “Malpaso de Serena”, Santiago de Chile en 1868, cursó sus estudios de humanidades en el Seminario de la Serena, terminándolos en el Colegio de San Ignacio de Santiago, estudio Derecho en la Universidad Nacional de Chile y concluyó sus estudios de Derecho en 1892 en donde se ocupó algunos años impartiendo la cátedra de Derecho Civil, luego se traslada a Europa y allí complementa su carrera en la *École Libre de Sciences Politiques* de París, obtiene el título de Doctor en Derecho de la Universidad de París en 1899, regresó a Chile y publicó algunos artículos en revistas conocidas de su país, lo cual le permite afinar su escritura y dar a conocer sus disertaciones. Fue profesor de Derecho Comparado en la Universidad de Chile desde 1895 hasta finales de los años 1920, vivió entre Europa y América del Sur, en su Doctrina siempre notaremos su gran influjo europeo pero no podremos decir que deja de lado los asuntos americanos.

⁷⁸ Citado por: PEÑA LOPEZ, Rolando; “Don Alejandro Álvarez Jofré”, *Revista de Derecho Universidad de la Concepción*, núm. 113, año XXVIII, (Jul-Sept 1960), pág.67.

Fue uno de los Delegados de Chile en la Conferencia Panamericana de 1902 la cual despertó su espíritu internacionalista, el mismo año fue nombrado Asesor Legal interino del Ministerio de Asuntos Exteriores chileno, pasando a ser miembro permanente en 1905. Desde 1907 hasta 1920 fue miembro del Tribunal Permanente de Arbitraje, donde ganó un merecido prestigio. Participó como miembro fundador en la primera reunión solemne del Instituto Americano de Derecho Internacional entre 1915 - 1916, junto a J. Brown Scott y los delegados de otros países y en ese mismo año becado por la Fundación Carnegie, comenzó a realizar conferencias por diversas universidades estadounidenses.

Se debe notar que Alejandro Álvarez en el periodo comprendido entre 1910 y 1920 se consolidó como abogado internacionalista defendiendo sus argumentos universalistas del derecho. Desde 1921 hasta 1923 participó de forma decisiva en las primeras actividades de la Sociedad de Naciones y otras conferencias internacionales entre Europa y América. También en 1921 fundó en París el Instituto de Altos Estudios Internacionales junto a los destacados internacionalistas franceses Albert de la Pradelle y Paul Fauchille quienes se expresan de Álvarez como un gran jurista que aporta importantes elementos al Derecho de Gentes.

En 1922 formó parte de las Conferencias de Washington relativas al problema con el Perú sobre la cláusula III del Tratado de Ancón. Así mismo estuvo a cargo varios años de la cátedra de Derecho Internacional Americano en el Instituto de Altos Estudios Internacionales en la Universidad de París, tarea que interrumpió en 1940 obligado por los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial y entonces regresó a Chile. Alejandro Álvarez fue internacionalista y panamericanista, sus obras hacen énfasis en la necesidad de las organizaciones internacionales para el mundo, como ya lo habían planteado otros filósofos juristas pero sin dejar de lado las consideraciones sociales y el respeto por los derechos humanos. Tras la Segunda Guerra Mundial, entre los años 1946 y 1955 fue juez del Tribunal Permanente Internacional de Justicia de la Haya, tiempo en el cual se destacó como un buen juez, con extensos conocimientos jurídicos y cultura.

Según su trabajo, a partir de 1945 se construyó un nuevo Derecho Internacional y criticó la opinión generalizada que la sociedad internacional tenía en ese momento contra el reconocimiento de esta rama del Derecho. Alejandro Álvarez fue además miembro del Instituto de Francia, ocupó un sillón en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas del Instituto de Francia convirtiéndose en el único latinoamericano que ocupaba este sitio hasta finales del siglo XX⁷⁹.

Resaltante al final de su vida profesional es el lugar que ocupa en la Academia de Ciencias Morales y Políticas del Instituto de Francia, siendo hasta mediados del siglo XX el único latinoamericano que ocupa este lugar. Este fue Secretario del Instituto Americano de Derecho Internacional, miembro de la Corte Permanente de Arbitraje (La Haya, 1907-1920) y consejero de la delegación chilena en la Sociedad de las Naciones. A los 90 años de edad la Universidad de Chile le otorgó el merecido título de *Doctor Honoris Causa*, muere con casi 92 años, un 17 de Julio en París.

3.2 José Guerrero: Su amigo y compañero internacionalista

“Su noble amigo y compañero de afanes, cuyas concepciones jurídicas americanas dieron lustre, con el aporte de principios de valides inmanente, al manto glorioso de la ciencia de Vitoria y de Grocio.”⁸⁰

José Gustavo Guerrero, hombre honorable, salvadoreño, jurisconsulto brillante que llega a ocupar la Presidencia de la Corte Internacional de la Haya en 1946, nacido en la ciudad de San Salvador el 26 de Junio de 1876 y perseguido desde muy joven por formar parte de un periódico revolucionario en su país “El látigo”. Estudió en Guatemala donde cursó sus estudios de Derecho y con los años regresa a su país en donde logra comenzar una exitosa carrera diplomática. Fue nombrado Cónsul de Burdeos, Encargado de Negocios en Italia y Ministro Plenipotenciario de París, Madrid y Roma, se preocupó por demostrar que el Salvador tenía gente capaz de representarlos en el plano de una discusión jurídica.

⁷⁹ Cfr. IZQUIERDO ARAYA, Guillermo; “Homenaje a la memoria del jurisconsulto chileno señor Alejandro Álvarez”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 113, año XXVIII, Julio – Sept. 1960, Chile, pág. 80

⁸⁰ MARTINEZ MORENO, Alfredo; “José Gustavo Guerrero, Caballero Andante del Derecho”, Biblioteca Jurídica Virtual, pág. 2, disponible en: www.bibliojuridica.org

Terminada la Primera Guerra Mundial, surge la Sociedad de las Naciones en 1920, la cual lo elige como su Presidente en 1929 en el marco de X Asamblea celebrada en Ginebra, Suiza. Luego, tras la disolución de la Sociedad de las Naciones en 1946, José Gustavo Guerrero pasa a formar parte de las Naciones Unidas (ONU).

El Sr. José Gustavo Guerrero como doctrinario defiende la dignidad de la América India y la creación de un Sistema Interamericano de Derecho Internacional Público sin ninguna intervención externa, a su vez defiende la *Doctrina Monroe* como uno de los pilares del Derecho Internacional. *Ningún Estado tiene derecho a intervenir en los asuntos internos de otro*” Así lo expresa en la Sexta Conferencia Panamericana de la Habana en 1928,⁸¹ a lo que se opusieron personajes tan importantes como Grocio porque apoyaban la existencia de un Código de Derecho Internacional que requería de la voluntad unánime de los Estados. Más adelante en la Conferencia de Montevideo de 1933 y gracias a otro insigne salvadoreño Héctor David Castro, el principio de la no intervención se vuelve a poner en la discusión y queda definitivamente confirmado en las relaciones interamericanas.⁸²

Como su amigo Alejandro Álvarez, José Gustavo Guerrero aboga por el Panamericanismo como *“La Unión Moral de las Republicas de América”* sobre las bases del respeto recíproco y una completa independencia.⁸³

Su gran trabajo como Canciller y su actuación como jurisconsulto hace que en 1946 fuese electo presidente del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya, Holanda, en donde se destaca como un hombre clave en las decisiones claves. Nos dice Cansado Trindade *“él no fue nunca el redactor principal de las sentencias, ni puso votos eruditos disidentes pero las posiciones férreas de su conciencia fueron determinantes en la resolución de los litigios”*.⁸⁴ En tan importante cargo llegó a proponer cosas tan importantes como la recomendación de *la apoliticidad en la elección de los jueces del*

⁸¹ Esta doctrina se sintetiza en la frase *“América para los Americanos”* fue propuesta por John Quincy Adams y atribuida al entonces Presidente de los EEUU James Monroe en 1823, este principio rechazaba cualquier intervención de las potencias europeas en América.

⁸² *Op. cit.*, pág. 19 y 20.

⁸³ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; MARTINEZ MORENO, Alfredo; *Doctrina Latinoamericana de Derecho Internacional*, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos (ed.), San José 2003, pág. 16 a 19.

⁸⁴ *Op. cit.*, pág.2.

