



Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

ISSN: 0120-3886

ISSN: 2390-0016

Universidad Pontificia Bolivariana

Téllez-Núñez, Andrés

Contramedidas y autoayuda en el derecho internacional
público: contornos hermenéuticos y fenomenológicos

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
vol. 49, núm. 130, 2019, Enero-Junio, pp. 1-27

Universidad Pontificia Bolivariana

DOI: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v49n130.a01>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151462828001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UABO
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Contramedidas y autoayuda en el derecho internacional público: contornos hermenéuticos y fenomenológicos

Countermeasures and self-help in international law: hermeneutic and phenomenological contours

Contramedidas e autoajuda no direito internacional público: contornos hermenêuticos e fenomenológicos

Contre-mesures et auto-assistance en droit international publique - Condensés à caractère héréditaire et phénoménologiques

Andrés Téllez-Nuñez 

Magister en Filosofía

Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Económico

Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia.

Correo electrónico: aatellez@javeriana.edu.co

Cómo citar este artículo:

Téllez-Nuñez, A. (2019). Contramedidas y autoayuda en el derecho internacional público: contornos hermenéuticos y fenomenológicos. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 49 (130), pp. 001-027. doi: <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v49n130.a01>

Recibido: 17 de diciembre de 2018.

Aprobado: 2 de abril de 2019.

Resumen

En lo que se refiere a las contramedidas en el ámbito del derecho internacional, las concepciones sobre lo que son eventos de incumplimiento y violación del derecho internacional difieren entre ellas cuando se estudia la conducta de los Estados desde una óptica fenomenológico-hermenéutica que diseccione sus motivaciones y haga un examen sobre lo que para ellos es o no beneficioso y que, en últimas, haga coincidentes el mundo de la política (poder) y el mundo del derecho (ley). Para evidenciar esta que es la hipótesis del artículo, se utilizan diversas concepciones que abarcan desde aquellas denominadas funcionalistas hasta las llamadas pragmáticas, pasando por posiciones intermedias catalogadas como procesalistas o formalistas. La conclusión, que parece contraintuitiva, es que el derecho internacional se realiza en el contexto de las contramedidas, así, en ocasiones, sus preceptos sean incumplidos o violados.

Palabras clave

Derecho internacional, ONU, contramedidas, hermenéutica, fenomenología.

Abstract

In the context of the theory of countermeasures and self-help in international law, this Article puts forth a working hypothesis by which it is asserted that breach and non-compliance are different notions when state behavior is inspected from a phenomenological and hermeneutical perspective, which seeks to dissect what the State motivations are, examine what implies a real benefit for them and, ultimately, makes law (ought) and politics (power) concur. In order to make our hypothesis evident, several conceptions are resorted to, from those called functionalist to those called pragmatic, also taking into account intermediate stances labeled as procedural or formalist. The conclusion, which seems to be counterintuitive, is that international law is materialized in the context of countermeasures, even if on certain occasions its precepts are breached or not complied with.

Key words

International law; UN, countermeasures; hermeneutics; phenomenology.

Resumo

Este artigo propõe como hipótese de trabalho que no contexto das contramedidas no domínio do direito internacional, as concepções sobre o que são os eventos de descumprimento e violações do direito internacional discordam entre si. Isto sempre que a conduta dos Estados se estudar desde um olhar fenomenológico-hermenêutico, que analise seus objetivos, examine o que para eles seja ou não seja útil, enfim, procure a coincidência do mundo da política (poder) e o mundo do direito (lei). Com o intuito de evidenciar esta hipótese, utilizam-se diversas concepções

que abrangem visões funcionalistas, pragmáticas e intermedias, que são consideradas como processualistas ou formalistas. Mesmo que pareça não intuitiva, a conclusão consiste em que o direito internacional se realiza no contexto das contramedidas; embora, às vezes, seus preceitos sejam descumpridos ou violados.

Palavras-Chaves

Direito internacional, ONU, contramedidas, hermenêutica, fenomenología.

Résumé

Cet article propose comme hypothèse de travail que, dans le contexte des contre-mesures relevant du droit international, les conceptions relatives aux événements de non-respect et aux violations du droit international diffèrent entre elles, si le comportement des États est étudié d'un point de vue phénoménologique-herméneutique, qui dissèque leurs motivations et examine ce qui leur est ou non bénéfique, et finalement, coïncide avec le monde de la politique (le pouvoir) et le monde du droit (la loi). Pour illustrer l'hypothèse de l'article, diverses conceptions sont utilisées, allant des fonctionnalistes, au prétendu pragmatique, en passant par des positions intermédiaires, cataloguées comme procédurales, ou formalistes. La conclusion, qui semble contre-intuitive, est que le droit international est appliqué dans le contexte des contre-mesures, de sorte que parfois, ses préceptes ne sont pas remplis ou violés.

Mots-clés

Droit international, ONU, contre-mesures, herméneutique, phénoménologie.

Introducción

La discusión acerca de los caracteres ontológicos¹ del derecho internacional público (en adelante, DIP) parece no dejar de tener vigencia. Los debates y simposios académicos que ocupan parte del tiempo de los profesores de derecho en torno a una cuestión, sin duda compleja, son prueba de ello, incluso en la segunda década del siglo XXI².

1 Es decir, una reflexión continua sobre el ser y existencia del derecho internacional público.

2 Lo ponen de presente Hathaway y Shapiro (2011, p. 255) al referir un simposio organizado por la *American Society of International Law* en dicho año, en el cual los tratadistas se preguntaban si el derecho internacional es, en últimas, derecho.

¿Y, cómo no? Al fin y al cabo, estamos hablando del comportamiento de los Estados y de las relaciones internacionales en un marco de valores y principios, el cual no siempre coincide con lo que está escrito en un papel o con lo que los negociadores quieren lograr en términos de lo que se evidencia en el mundo de lo *real*.

Con este artículo queremos exponer las aristas principales de lo que en inglés se llama *countermeasures* y *self-help* —en español, ‘contramedidas’ y ‘autoayuda’—, en adelante, CMS, pero con una aproximación metodológica eminentemente hermenéutica y fenomenológica, lo cual sería nuestro aporte concreto al estado de la cuestión.

Esto quiere decir que buscamos aproximarnos al ser del DIP en materia de efectividad³ y de las relaciones internacionales con dos objetivos particulares: primero, para auscultar significados —a esto lo denominamos ampliamente un planteamiento *hermenéutico*—, y segundo, para delinear las características más genéricas posibles⁴ de lo que ocurre frente a nuestros ojos todos los días en materia del concierto jurídico de las relaciones entre Estados —a esto lo denominamos ampliamente un planteamiento *fenomenológico*—.

Así las cosas, asumiendo las relaciones internacionales como un fenómeno⁵ que no siempre responde a los supuestos delineados por seres humanos, proponemos con este artículo la siguiente hipótesis de trabajo: si la vida del DIP y de la conducción de las relaciones internacionales no es sino un reflejo de las vidas de los seres humanos en interferencia intersubjetiva en cada pueblo y Nación⁶, esas mismas vidas dan la clave para entender cómo es que *hoy* es efectivo ese ordenamiento.

3 *Efectividad* definida para efectos de este manuscrito como la aplicación de la norma jurídica internacional, pero con una realización de los principios y valores del derecho internacional.

4 Es decir, el esfuerzo de ver en sus notas genéricas y esenciales o crudas la realidad del derecho internacional público. El método es fenomenológico-hermenéutico porque nos esforzamos, como lo anota Bengoa Ruiz de Azúa (1997, p. 90), en *interpretar* a aquel que se expresa en un texto. La palabra texto se toma en su sentido literal, pero también se tienen a los Estados y a sus conductas como “textos vivos”. Reiteramos que el método lo importamos de la filosofía al derecho internacional en el contexto preciso de las contramedidas.

5 La expresión *fenómeno* la entendemos aquí como lo que nos *aparece* en la realidad material del derecho internacional.

6 En la introducción al estudio de los *Diálogos* de Platón, Nietzsche (2013) afirma respecto de *La república* que “el hombre es un Estado en pequeño, el Estado es un hombre en grande” (p. 480). (Obra originalmente publicada entre 1871 y 1876).

En ese sentido, aseveramos que todo el conjunto de las relaciones internacionales disciplinadas normativamente mediante lo que se conoce como DIP tiene un sustrato económico que hace que sea efectivo; así, la esfera referente a seguridad, orden y derechos humanos tendrá una efectividad *sui generis*, mientras que la atinente a comercio e inversión tendrá una efectividad *ordinaria*. Esta hipótesis es una especie de reformulación de otra que proclama que el DIP es efectivo en forma casi absoluta cuando se trata del derecho internacional económico y que es efectivo, pero relativamente, cuando se trata del DIP referido a seguridad, paz y orden globales⁷.

Para mostrar la hipótesis de trabajo bajo un supuesto fenomenológico, es decir, mediante la observación de las vidas de los seres humanos con base en la recolección de datos ambientales y teniéndolas como fenómeno y, además, buscando extraer significados, el artículo se divide en las siguientes partes:

La primera parte expondrá de manera sistemática *qué son, cuáles son y qué características* tienen las denominadas CMs; la segunda parte enseñará algunas posturas que nos ayudan a probar nuestra hipótesis de trabajo. Dicha parte presentará, de manera depurada, algunas notas adicionales que complementan el presupuesto básico de nuestra investigación (en torno a qué es y cómo es efectivo el DIP), todo dentro del marco de un proyecto actual de investigación sobre moralidad y derecho, y sobre efectividad y DIP.

Quizás nada ambiente mejor la discusión que ahora nos proponemos exponer que el pensamiento de Schopenhauer acerca de un ordenamiento que no sea exigible por medio de la violencia física, sino únicamente por virtud de sanciones morales, lo cual no es de recibo para él, y que, además, contradice algunas de las tesis que el lector encontrará más adelante⁸.

7 Esta hipótesis aparece delineada en Téllez, A. en *El problema de la efectividad del derecho internacional público*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

8 Dice Schopenhauer (2013): "La violencia física es lo único que tiene una eficacia directa (para regular la convivencia social), ya que los hombres, tal y como son por regla general, solo para ella tienen receptividad y respeto. Si, para convencerse de esto por la experiencia, se eliminase toda coacción y se quisiese emplear con los hombres solamente la razón, el derecho y la equidad, presentándoselos de la forma más clara y apremiante, pero en contra de sus intereses, saltaría a la vista la impotencia de las fuerzas meramente morales, pues no se obtendría otra respuesta que carcajadas de burla" (p. 296). (Obra originalmente publicada en 1851).

1. La teoría sobre contramedidas y autoayuda en el derecho internacional

Matrices jurídico-filosóficos y económicos

Explicar en un aula de clase en qué consisten las CMs supone dos retos muy importantes para el profesor: el primero implica la comprensión de cómo resulta posible que en el siglo XXI exista el DIP y convenciones o tratados al respecto si la prensa, todos los días, nos muestra imágenes desoladoras de destrucción, guerra, hambre, tiranías, ejercicios antidemocráticos, etc., a pesar de aquellos.

El segundo supone un ejercicio de malabarismo, porque implica, a su vez, afirmar que no siempre los Estados —aun cuando estén obligados a hacerlo— recurren a mecanismos de resolución judicial o arbitral —llamamos esto de manera amplia *adjudication*—, sino que, sin más y, en cambio, “administran justicia por su propia mano”.

Cualquier abogado no internacionalista se sorprendería quizás al oír que esa es la *norma* hoy en el DIP.

Este primer capítulo busca explicar las características de las denominadas CMs, sus antecedentes téticos, sus precedentes arbitrales y judiciales y algunas clasificaciones propuestas, lo cual permite fundamentar nuestra hipótesis.

1.1 La responsabilidad internacional como trasfondo

A lo largo de los siguientes párrafos el lector podrá utilizar como referencia el siguiente ejemplo que tendremos como herramienta para comprender, desde un punto de vista jurídico y filosófico, la teoría de las CMs.

Suponga que hay tres Estados: el Estado “A”, el Estado “B” y el Estado “C”. Con respecto a ellos se contemplan tres escenarios: (i) los tres están vinculados legalmente por un tratado “X” a la luz de la Convención de Viena de 1969 (en adelante, “CV/69”) y uno de los Estados viola varias de las obligaciones allí contenidas (Estado infractor); (ii) los tres Estados no están vinculados por ese tratado “X”, sino únicamente por la Carta de las Naciones Unidas (en adelante,

“Carta de la ONU”) y entre ellos surge un conflicto⁹; (iii) el Estado “A” viola la Carta de la ONU al adoptar una serie de medidas contra el Estado “B” y contra ciudadanos del Estado “C”.

Respecto de esos ejemplos, nuestra investigación tratará de responder fenomenológica y hermenéuticamente, y de manera transversal, las siguientes cuestiones: (i) qué opciones tienen los Estados, a la luz del derecho consuetudinario de las CMs frente a su percepción de una *violación* del derecho; (ii) cómo se evaluaría moralmente la adopción de esas medidas y cuáles serían ellas desde la óptica de varios ejercicios de clasificación, y (iii) qué requisitos deben cumplirse.

Para utilizar adecuadamente esos ejemplos con fines didácticos se habla comúnmente, en la doctrina y en la jurisprudencia, de obligaciones y reglas primarias y secundarias. Las primeras son aquellas contenidas en el derecho convencional y consuetudinario. Las obligaciones y reglas secundarias también se inscriben allí, pero son las que resultarían de violar las obligaciones y reglas primarias y se concretarían básicamente en un deber de *reparación*.

En lo atinente a reparación, este artículo se concentra en aquellos casos en los que no se acude a un juez o una corte para remediar una situación vista como ilegal o antijurídica, sino que el propio Estado lesionado actúa con el fin de remediar el ilícito a través de una serie de medidas llamadas CMs. Qué tanto esto se logre y de qué manera es el objeto de nuestra reflexión.

Como ambientación de la discusión, Bodansky y Crook (2002, p. 776) condensan en palabras claras algo que es preocupación constante de aquellos que nos dedicamos a la enseñanza del derecho internacional: cómo es que el derecho internacional es hoy relevante y cómo es que opera en el mundo real.

De lo que se trata, en últimas, es de darle vida y significado a la expresión “responsabilidad de los Estados”, con base, claro está, en un estudio juicioso de los esfuerzos hechos por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI), en particular, aquellos materializados en los *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* de 2001 (en adelante,

9 Qué es conflicto o disputa nos lo aclara Barnidge (2013) en los siguientes términos siguiendo la definición de la Corte Permanente de Justicia en 1924 en el caso *Mavrommatis Palestine Concessions*: “Disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons” (p. 545). (“Desacuerdo sobre un asunto de derecho o un hecho, un conflicto de perspectivas legales o de intereses entre dos personas”) (traducción del autor).

DAR) y de lo que los subyace, en particular, la definición de ilícito (*wrong*) y de la consideración de actores que no son Estados.

No sin razón Bederman (2002, p. 817) afirma que el tema de las CMs resultó siempre ser objeto de crítica y controversia en el contexto de los DAR y de su confección. A eso se le une la dificultad de compilar, así sea en un texto no vinculante, situaciones y escenarios que regulen futuros conflictos entre Estados y actores no estatales. La continua presencia de estos últimos hace las cosas más difíciles según Bodansky y Crook (2002, p. 782).

También se conecta con lo anterior un elemento que no resulta de fácil explicación cuando se analiza la CV/69 y que tiene que ver con la negociación en dos sentidos: (i) aquella referida a la confección de acuerdos internacionales, particularmente, tratados y (ii) aquella referida a la resolución de conflictos entre Estados.

En ese sentido, Barnidge (2013) hace un notable esfuerzo por explicarnos no solo cuál es la definición de *conflicto*¹⁰, sino también por exponer el derecho internacional de la negociación y cuál es su relación con las CMs con el propósito de hallar su nota más característica, que él condensará con la palabra “equivalencia”.

Desde el punto de vista moral, Hakimi (2014) nos habla de un unilateralismo no amistoso y cómo las CMs, lejos de evidenciar una no efectividad del derecho internacional, haría todo lo contrario. El trabajo de Hakimi (2014, p. 110) no solo hace eco de la tesis original referida en la nota de pie de página 7, sino que robustece otros argumentos que exponemos a lo largo de nuestro texto.

1.2 Algunas consecuencias de la violación de una obligación internacional

Bodansky y Crook (2002, p. 777) en un recuento histórico sobre los esfuerzos de la CDI a partir de 1953, cuando se le invitó a hacer un esfuerzo de codificación en materia de responsabilidad internacional, evidencian cómo sus primeros compiladores se vieron de frente con una tarea monumental dada la magnitud de lo que comprendía el asunto de la responsabilidad internacional.

¹⁰ Ver la definición de conflicto o disputa que citábamos en la nota anterior.

El aporte de Robert Ago, en comparación con el de Francisco García Amador, por ejemplo, habría sido decisivo y el trasfondo de *responsabilidad internacional* del cual hablábamos en la sección precedente se podría dividir en dos partes fundamentales: (i) el origen de la responsabilidad internacional, incluyendo la definición de ilícitos internacionales, la atribución y las circunstancias excluyentes de responsabilidad y (ii) las formas y consecuencias de la responsabilidad internacional, que comprenden el deber de reparación y el derecho de aplicar sanciones.

Esto, en palabras de Bodansky y Crook (2002, pp. 779-780), dio como resultado un planteamiento muy típico de la CDI respecto de la responsabilidad internacional en dos sentidos: (i) la violación de una obligación internacional que da lugar a un nuevo régimen legal y (ii) las reglas secundarias en materia de responsabilidad internacional que comprenden todo tipo de obligación en este contexto, sin considerar su fuente, asunto o importancia frente a la comunidad global e incluyen actos y omisiones en punto a tratados y normas consuetudinarias.

Se ha criticado la aparente tautología reflejada en la descripción o definición de responsabilidad internacional contenida en DAR y la ausencia de una mención a culpa y daño, cuyo origen sería su remisión a las reglas primarias, lo cual haría que no pudiera hablarse ora de un régimen objetivo ora de uno subjetivo, aun cuando la distinción entre reglas primarias y secundarias, anotan Bodansky y Crook (2002, pp. 781-782), no resulta, en últimas, tampoco muy clara

Pero, al fin y al cabo, ¿cuáles son las consecuencias legales en materia de una *violación* de una obligación internacional, sobre todo en cuanto a CMs? Por un lado, se crean nuevas obligaciones para el Estado infractor —principalmente de cesación y de no repetición, así como de reparación— y, por otro lado, surgen nuevos derechos para los Estados lesionados, especialmente el derecho de invocar responsabilidad (Arts. 42-48 de DAR) y un derecho limitado de aplicar CMs (Arts. 49-53).

En síntesis, siguiendo a Bodansky y Crook (2002, p. 785), las obligaciones de los Estados infractores se contienen en la parte 2 de los DAR, y los derechos de los otros Estados, en la parte 3 de DAR.

Para adoptar CMs, que en otras palabras, bajo DAR quedan legitimadas, pero bajo precisos contornos sustantivos y procedimentales, los Estados

administran justicia con el fin único de que el Estado infractor cese la comisión del ilícito y repare. Si el ilícito se suspende, de ahí se deriva que las CMs también deban suspenderse (Bodansky y Crook, 2002, p. 787).

1.3 La materia prima de la doctrina legal de CMs

Bederman (2002, p. 818) ha hecho un estudio pormenorizado sobre los orígenes, en el contexto del derecho internacional, de la teoría jurídica en materia de CMs. Su análisis comprende cuatro aspectos fundamentales: (i) lo que la CDI consideró como fuentes pertinentes en dicha materia —particularmente, decisiones de la Corte Internacional de Justicia—; (ii) la forma en que la CDI adoptó reglas que tuvieron el efecto de influenciar la conducta de los Estados y de reivindicar sus derechos por medio del uso de CMs; (iii) el contraste entre *formalismo* y *pragmatismo*. Sobre esto último volveremos en el segundo capítulo de nuestro manuscrito. Así, Bederman (2002, p. 818) afirma que la teoría en materia de CMs refleja un deseo de perpetuar ciertas distinciones legales —v.gr.: la diferencia entre retorsión y represalia— o aquellas CMs que son de carácter colectivo —v.gr.: las contenidas en el Art. 54 de DAR—, y (iv) el resaltar la búsqueda de una sociedad internacional decorosa (*polite*) a través de la adopción de CMs.

1.3.1 Precedentes judiciales y arbitrales

El elemento de proporcionalidad que se puede observar con una lectura atenta de los DAR, siguiendo a Bederman (2002, p. 820), se remonta al arbitramento *Naulilaa* de 1928, que es uno de los primeros casos que consideró el asunto de las CMs.

Un segundo antecedente o precedente, relativamente reciente para nosotros, se encuentra en el arbitramento de 1978 respecto del *Arbitral Award of 9 December 1978 in the case concerning the Air Services Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, en adelante, *Air Services Agreement*¹¹. El quid del asunto en esta decisión arbitral, según Bederman (2002), es que se permite un cierto nivel de escalamiento dentro de un marco de proporcionalidad en respuesta a un acto ilegal, en tanto, de

11 La decisión arbitral estudió, en particular, la proporcionalidad de la respuesta estadounidense ante la cancelación por Estados Unidos de la ruta de *Air France* entre París y Los Ángeles dada la conducta de Francia que le negó a la aerolínea *Pan American* la posibilidad de usar aviones pequeños en la ruta entre Londres y París.

otra forma, las amenazas proferidas por un Estado lesionado no se tendrían como creíbles.

Un tercer precedente lo constituiría, por supuesto, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary-Slovakia)* 1997 I.C.J. 7, en adelante, *Gabčíkovo-Nagymaros*, y el énfasis allí sobre el cumplimiento de ciertas condiciones que expon-dremos luego.

1.3.2 El problema de las clasificaciones

La división metodológica de las denominadas CMs plantea tantos matices como autores especializados hay sobre el tema.

Bederman (2002, pp. 826-27), por ejemplo, en un estudio que opone *formalismo* y *pragmatismo* y que menciona los valores de proceso (*process values*), propone una división, creemos, algo extraña.

Él distingue entre represalias —respuestas con fuerza, relegadas a la Carta de la ONU y con serias complejidades en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario— ; CMs propiamente dichas —o sea, acciones sin fuerza— y retorsiones —esto es, respuestas legales, pero no amistosas— .

La clasificación de Bederman (2002) se opone, por ejemplo, a la de Damrosch et al. (2001, p. 713) que dividen las CMs en represalias, medidas de reciprocidad y retorsión. Su estudio precedió los DAR de 2001 y se refería a la primera versión de 1996 y, por ello, se dio una evolución posterior en su estudio.

Así, las represalias se refieren a las CMs que serían ilegales si no fuera por un acto previo ilegal de un Estado contra el cual fueron tomadas. Las represalias bajo el derecho internacional tradicional, algunas veces, involucran el uso de la fuerza, pero también incluirían medidas que no implican su empleo. Las medidas de reciprocidad se refieren al no cumplimiento por parte del Estado lesionado de sus obligaciones para con el Estado infractor cuando tales obligaciones corresponden con las obligaciones violadas o se conectan con ellas y, por último, la retorsión se refiere a las CMs del Estado lesionado contra el Estado infractor que son generalmente permitidas en el derecho internacional, sin considerar una violación previa (v.gr: suspensión de relaciones diplomáticas o ayuda bilateral).

Damrosch y Murphy (2014, p. 527) prefieren hablar de CMs y discontinuar el uso de expresiones como retorsión y reciprocidad. Afirman, al definir retorsión, que los Estados pueden adoptar medidas de retorsión que no violan el derecho internacional —v.gr.: la suspensión de relaciones diplomáticas o de ayuda bilateral— o adoptar medidas de represalia, las cuales sí violan el derecho internacional, pero están excusadas porque se dan en respuesta a un acto ilícito precedente.

Estos autores hacen equivalente el término ‘CMs’ con ‘represalia’ y su lógica la podemos entender en el sentido de que, por ejemplo, se preguntan si la condición de proporcionalidad podría predicarse de la retorsión que, en esencia, supone una equivalencia (lo cual es distinto a proporcionalidad) y que limitaría teóricamente con el fenómeno de abuso del derecho.

Por su parte, Hakimi (2014, p. 114) divide las CMs, que ella llama *unilateralismo no amistoso*, en tres categorías: (i) retorsiones; (ii) CMs propiamente dichas y (iii) medidas de desobediencia. Su estudio sobre el unilateralismo no amistoso, que es un eco de tesis que nosotros mismos hemos sostenido en el pasado, utiliza como precedente *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, en adelante, *Nicaragua vs. USA*, arguyendo para el efecto que, aun cuando Nicaragua intervino ilícitamente en otros Estados de Centroamérica, esa conducta habría excusado el no cumplimiento del derecho internacional por parte de los Estados Unidos.

Hakimi (2014), además, hace una distinción en punto a la caracterización de las CMs así: (i) una forma amplia que hace que las CMs sean una especie de exigencia y ejecución públicas fuera de su carácter de *self-help* y (ii) una forma muy restringida, que fue la que, según ella, en últimas, adoptó la CDI bajo la cual las CMs son solo legales si ha habido una violación previa de una obligación primaria.

En opinión de Hakimi (2014), de manera consistente con *Nicaragua vs. USA*, las CMs son, en realidad, medidas de autoayuda disponibles únicamente para los Estados que han sufrido un daño o lesión¹².

12 No entraremos aquí a hacer una disquisición sobre la necesidad o no de daño en el concierto de la responsabilidad internacional, aspecto que dejaremos para tratar en otra oportunidad. Sin embargo, vale la pena resaltar el conjunto de preguntas que hacen Damrosch y Murphy (2014) en ese sentido, sobre todo, en materia de quién puede reclamar ante un daño sufrido o ante una violación de una obligación internacional. Aquí el lector debe ser precavido y distinguir dos

Yang (2006, pp. 1135-36) trae una clasificación de CMs que nos parece acertada y que coincide con la extrapolada por Damrosch et al. (2001): (i) retorsión; (ii) acción recíproca y (iii) represalias. La retorsión es un acto no amistoso, pero legal, que de otra forma no sería permitido si no se hubiera dado una violación de una obligación de un tratado. Las medidas recíprocas supondrían un *no cumplimiento* mutuo de una obligación internacional — que no necesariamente es lo mismo que incumplimiento— y, por último, las represalias (o retaliaciones) que son respuestas mucho más serias y graves ante un evento de incumplimiento. Él las hace sinónimas con las sanciones económicas, asunto con el que no estamos de acuerdo.

Nosotros, por nuestra parte, a manera de síntesis, proponemos la siguiente clasificación usando el ejemplo inicial con el que empezábamos nuestra discusión. Los Estados, en nuestro ejemplo, el Estado “B”, tendría un menú con las siguientes opciones dada la violación de una obligación de un tratado por parte de un Estado “A”: (i) siguiendo *Factory at Chorzów (Germany vs. Poland)*, 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17, 47-48, en adelante, *Chorzów*: (a) restitución (*restitution in kind*), (b) satisfacción (*satisfaction*) y (c) indemnización (*indemnification*); (ii) hacer uso de un *self-contained regime*¹³; (iii) adoptar CMs en la forma de retorsiones, medidas de reciprocidad o represalias y (iv) adoptar sanciones económicas con todas las implicaciones hermenéuticas que ello tiene según Téllez (2019).

1.3.3 Condiciones y características

Nos dice Bederman (2002, pp. 820-22), creemos que con razón, que el Artículo 51 del DAR invierte la formulación negativa usada en *Air Services Agreement*, en el sentido de que las CMs no deben ser desproporcionadas y las reemplaza por un condicionamiento positivo en tanto que deben ser *commensurate*. Por qué se usó este término en vez de proporcionalidad es un misterio. Bederman (2002) afirma que ese adjetivo tendría un sentido mucho más restringido que el adjetivo proporcional.

elementos: una cosa es violar una obligación internacional y otra diferente, que de ello se siga un daño. Damrosch y Murphy (2014) se preguntan si un Estado poderoso puede arrogarse la posibilidad de decidir cuándo ha habido violación o daño.

13 Es decir, un régimen convencional de responsabilidad pactado por los Estados y contenido en un tratado. En ese sentido, el lector deberá ser consciente de que la regla extrapolada de *Chorzów*, según la cual no debe existir una convención o pacto de reparación en caso de ilícito para que exista la obligación secundaria de reparar, pierde algo de sentido cuando los Estados que confeccionan un acuerdo internacional pactan entre ellos un régimen de responsabilidad, es decir, un *self-contained regime*.

Al adoptar una aproximación, que si entendemos bien a Bederman (2002, p. 824) resulta axiológica en cuanto al proceso de adopción de las CMs, los artículos pertinentes de los DAR en esa materia imprimieron una característica notable de las mismas que se materializa en su *reversibilidad*.

Como consecuencia, quizás, de algunas posturas del Instituto de Derecho Internacional en 1934 que Damrosch y Murphy (2014) citan en el sentido de que las CMs no se permitirían cuando hay un acuerdo entre las partes que dispone la resolución obligatoria de un conflicto por vía judicial o arbitral, creemos nosotros, el Artículo 52 de DAR restringiría (también) la aplicación de las CMs cuando hay negociaciones en curso, lo cual, afirma Bederman (2002), podría llevar al absurdo consistente en que un Estado de mala fe conduzca aparentes negociaciones, todo con el fin de que las CMs sean suspendidas.

Iwasawa e Iwatsuki, citados por Damrosch y Murphy (2014), refieren la postura consistente en que los mecanismos de resolución de disputas deben agotarse antes de la imposición de CMs.

En este punto, nos parece importante resaltar la reflexión que hace Barnidge (2013, p. 563) al revisar *Air Services Agreement*. Si la adopción de las CMs se ve limitada si hay un mecanismo en marcha de resolución judicial, ¿qué ocurre cuando hay negociaciones en curso entre el Estado lesionado y el Estado infractor? En este caso, las CMs podrían adoptarse legalmente, lo cual contraderiría una lectura amplia del Artículo 52 de DAR.

Hakimi (2014, p. 131) observa en su estudio sobre *Air Services Agreement* que, en efecto, Estados Unidos con la adopción de sus CMs, logró una interpretación correcta de la norma internacional que vinculaba a ese país con Francia, cosa que de otro modo no se hubiera verificado.

Barnidge (2013, p. 564) elabora un recuento de cuatro criterios que deben satisfacerse para adoptar las CMs luego de la lectura de *Gabčíkovo-Nagymaros*: (i) ellas deben tener un carácter de respuesta y deben ser dirigidas al infractor; (ii) ellas deben darse luego de que ha habido un intento que busque que el infractor cese su conducta ilícita o haga la debida reparación; (iii) debe existir conmensurabilidad entre el ilícito internacional y la lesión sufrida y (iv) las CMs deben ser reversibles en la medida en que el requisito *sine qua non* de las CMs es inducir al infractor a que cumpla con las obligaciones internacionales que han sido violadas.

Siguiendo el esquema de Damrosch y Murphy (2014), el lector quizás querrá concentrarse sobre *Gabčíkovo-Nagymaros*, en particular, en los párrafos 82, 83, 84, 85 y 87 que pueden resumirse así con base en *Nicaragua vs. USA* y *Air Services Agreement*: (i) las CMs deben tomarse en respuesta a un acto ilícito precedente por parte de otro Estado y dirigirse contra ese mismo; (ii) el Estado víctima debe haberle pedido al infractor la suspensión de su conducta ilícita o llevar a cabo la reparación necesaria; (iii) el efecto de las CMs debe ser conmensurado respecto del daño sufrido teniendo en cuenta los derechos en cuestión.

Hakimi (2014, p. 119) resume las condiciones para adoptar CMs así: (i) las CMs solamente son legales si se toman en respuesta a una violación de una obligación; (ii) en forma consistente, como lo anotamos arriba, con *Nicaragua vs. USA*, las CMs son medidas de autoayuda que solamente se encuentran disponibles para Estados que han sufrido un daño y (iii) las CMs deben tener el objetivo de remediar una situación y deben ser proporcionales.

La realidad, en últimas, ha primado sobre los textos, nos recuerda Bederman (2002), y aparte del marco legal en materia de notificación, proporcionalidad y reversibilidad, los Estados las han usado ampliamente.

1.3.4 Conclusiones previas

Sobre CMs hay tantas clasificaciones como autores existen que se han dedicado a estudiar el asunto. Nosotros preferimos una clasificación clásica que tenga en cuenta cuatro modos de actuación de los Estados cuando, a su juicio, se ven enfrentados a lo que ellos estiman como una violación del derecho internacional: (i) la denominada *adjudication* que termina imponiendo o una indemnización o una restitución o una satisfacción; (ii) adoptar las CMs que se pueden dividir en las siguientes: (a) retorsión, (b) represalia y (c) medidas de reciprocidad; (iii) recurrir a *self-contained* regimes y (iv) asumir e implementar sanciones económicas.

En el siglo XXI, y tal y como se lo recordamos incesantemente a nuestros estudiantes, la realidad del derecho internacional, habida cuenta de unos análisis económicos que ilustraremos posteriormente, es que los Estados optan más por (ii) y (iii) que por (i) y (iv).

2. Los diversos modos de la efectividad del derecho internacional público

Recordará el lector que el objetivo primario de esta investigación es comprender, a la luz de las CMS, cómo es efectivo el derecho internacional. En este segundo capítulo explicaremos diversas posturas que nos ayudan a probar nuestra hipótesis de trabajo, que como ya lo mencionamos, tiene diversas formas y vertientes que cubren aspectos tan variados como la filosofía del lenguaje, el derecho económico internacional, el análisis económico del derecho y, por supuesto, la filosofía del derecho. Insistimos en que procuramos centrar nuestros argumentos en la teoría y praxis de las CMS.

2.1 Formalismo, pragmatismo y axiología como marco teórico general

Bederman (2002, p. 830) afirma que las CMS son un mal necesario y dice que son una especie de “triste” producto derivado, fruto de un sistema descentralizado en el cual los Estados buscan reivindicar sus derechos.

Hakimi (2014, pp. 121-138), por su parte, describe a los Estados como creadores de derechos mediante acciones unilaterales y desobedientes. En últimas, el estudioso del derecho internacional puede encontrar hoy una amalgama de posturas que opondrían una visión *formalista* a una visión *pragmática* —en particular Hakimi (2014) y Téllez (2008)— o un *formalismo* a un *procesalismo* siguiendo a Bederman (2002), e intersección o, si se quiere, coincidencia entre *law* y *politics*, que es de constante apelación por Henkin (2001), Téllez (2008) y, por supuesto, por Hakimi (2014)¹⁴.

Si se estudia la realidad del DIP con una aproximación fenomenológico-hermenéutica, entonces podemos presentar y utilizar un ingrediente inicial para sustentar nuestra hipótesis de trabajo: en ocasiones, ora las formas, ora

14 Las posturas formalistas y pragmatistas son referidas por Hakimi (2014); una postura que las opone se encuentra en Téllez (2008), pero quizás con énfasis en una reflexión sobre un *procesalismo* (sobre todo en casos de violaciones de derechos humanos). Estas posturas también son tratadas por Bederman (2002). Hakimi (2014) y Téllez (2008) interseccionan derecho y política, como lo hace también Henkin (2001). No obstante lo anterior, el primero de todos, creemos, que descubrió esta inevitable coincidencia fue Platón en *La república*.

los procesos, se observarán y se seguirán y esto realizará los principios y valores del derecho internacional; en otras ocasiones, ello no ocurrirá, pero estos últimos sí se llevarán a cabo. En el fondo, hay un constante análisis de costo-beneficio, con una visión harto subjetiva sobre lo que es bien o beneficio, en torno a si se consigue con el aparente cumplimiento un mayor beneficio que lo que vale incumplir la norma, lo cual, reiteramos, no es lo mismo que violarla.

2.2 Medidas unilaterales, *compliance* y procesos transformacionales

Yang (2006, pp. 1139-40) en el marco de su estudio sobre la efectividad de las sanciones, menciona tres planteamientos: (i) medidas unilaterales; (ii) *compliance* y (iii) procesos transformacionales.

En cuanto a (i) medidas unilaterales, estas estarían justificadas y explicadas en la medida en que los Estados cumplen con sus obligaciones internacionales solamente si sus intereses coinciden con las normas legales o porque hay coerción de parte de un poder superior. En ese sentido, las sanciones económicas unilaterales, por ejemplo, presentarían dos problemas concretos: (a) la asunción de costos; así, aplicar sanciones económicas comporta perder oportunidades económicas y puede provocar una retaliación y (b) ellas pueden ser percibidas como ilegítimas.

En cuanto a (ii) *compliance management*, término según Yang (2006) que describe la vinculación de los Estados y de las organizaciones internacionales para asegurar el cumplimiento de los tratados internacionales, ella es una derivación de la rama institucionalista en materia de teoría de relaciones internacionales, en la cual los institucionalistas se ponen de acuerdo con los realistas en el sentido de que los Estados son actores racionales impulsados por su propio interés.

De acuerdo con Yang (2006), críticos como George Downs han argüido que los niveles de cooperación entre los Estados no se deben a esfuerzos administrativos, sino más bien a una propensión de las partes a cumplir. Por otro lado, un cumplimiento institucional supondría dos problemas concretos: (a) en la realidad, el no-cumplimiento y el incumplimiento (términos distintos) normalmente no suponen la realización de consecuencias adversas y en cambio activan en ocasiones resultados positivos para el infractor; (b) hay un riesgo de

que no sancionar sea interpretado como indiferencia ante el no-cumplimiento y el incumplimiento o violación. Si el comportamiento y la respuesta ante los infractores casi no resultan distinguibles del comportamiento con los que cumplen, en últimas, ¿lo que dicen los tratados sí es lo que parecen decir o es otra cosa que depende de la coyuntura?

En cuanto a (iii) procesos transformacionales que buscan el cumplimiento, de lo que se trata es de influenciar la conducta del Estado a través de medios externos que suponen cambios internos. Sobre esto Hathaway y Shapiro (2011) han elaborado una hipótesis digna de comentar que ya tendremos oportunidad de exponer.

Yang (2006), siguiendo la teoría de Harold Koh, se centra en cambios transformacionales que suponen cambios de valores, ideas e intereses de los Estados como tales. Así, según Harold Koh citado por Yang (2006), los Estados pueden ser “socializados” para aceptar los valores y normas del sistema legal internacional justo como sucede con los niños para que acepten los valores y normas a través de procesos educativos y otros de tipo social. Lo positivo de esta concepción es que hay de por medio educación, persuasión y asistencia técnica y la exigencia y cumplimiento de las normas internacionales terminan siendo percibidos como un *bien público*.

Si el lector de este artículo tiene en sus manos la conducción de las relaciones internacionales de un Estado o la prestación de asesoría en dicho aspecto, quizás querrá, a manera tética, oponer dos concepciones que Yang (2006) ilustra: o bien una concepción puramente administrativista o bien una transformacional. Si se quiere, como lo plantea Yang (2006) y si lo entendimos bien, podría operar el ejemplo del garrote (la administrativista) y la zanahoria (la transformacional), que, según él, es engañosa. Quizás, entendemos nosotros, puede haber una mezcla en el sentido de mostrarle a la comunidad internacional las bondades (el bien público) que se deriva de cumplir con la normatividad.

2.3 Pinceladas de análisis económico del derecho internacional

Posner y Sykes (2011, p. 246) en la introducción de su estudio sobre lo que en *common law* se llama *efficient breach*, comienzan por afirmar que ciertas violaciones del derecho internacional son deseables desde el punto de vista económico.

Así, al pragmatismo y formalismo que mencionábamos y diseccionábamos en acápites precedentes se les puede oponer lo que ellos llaman *funcionalismo*. Si se parte de la base de que el derecho internacional permite que los Estados se desvíen en ocasiones del cumplimiento de sus obligaciones internacionales mediante mecanismos tales como el retiro de los tratados o la formulación de reservas, según ellos, una postura funcionalista proclamaría que el derecho internacional *per se* no tiene fuerza moral que sea suficiente para garantizar su realización

Aunque esta tesis es discutible, lo que sí podemos decir nosotros, por ahora, es que entendemos parcialmente dicho argumento cuando los mismos autores afirman que un cumplimiento del derecho internacional se da (es) en función del bienestar que ocasione a los Estados-Nación y a la comunidad internacional.

Esto, quizás, resulta una contradicción argumentativa si afirmamos que las normas, ora jurídicas, ora morales, *per se*, no son completamente lo uno o lo otro, sino que mucho depende del contexto y de cómo se apliquen y vivan. Pero el argumento de Posner y Sykes (2011) liga su tesis con lo que ellos llaman la infancia del análisis económico del DIP y su conexión con el logro de bienestar.

Las formas concretas en que el derecho internacional en cuanto a cumplimiento puede impulsar el bienestar serían las siguientes: (i) mediante el fomento de la cooperación, con la disminución de externalidades negativas que se dan cuando los Estados actúan unilateralmente y (ii) atando las manos de los gobiernos en cuanto a sus relaciones con intereses locales e impidiendo que actúen de manera económicamente irrazonable o que desperdicie recursos.

En síntesis, según la explicación de Posner y Sykes (2011), al contemplar los beneficios y los costos marginales que le reporta a un Estado cumplir desde el punto de vista interno con el derecho internacional, lo que debe verse en la trillada relación *costo-beneficio* es qué es más costoso. Si los entendemos bien, a lo que se debiera llegar es a que el costo interno sea menor que el beneficio que en el concierto internacional le reporta a un Estado cumplir con el derecho internacional.

Un ejemplo, quizás, pueda ilustrar esto: el señor Trump, presidente de Estados Unidos, ordena el retiro de un acuerdo internacional “X” porque, según él, desde el punto de vista político y económico, es más costoso para su país cumplirlo que no estar en él. Al señor Trump se le podría mostrar la otra

cara de la moneda: lo que él llama costoso para su país, en el largo y mediano plazo lo será menos si la comunidad internacional como un todo e, incluso, su país, terminan beneficiándose. Posner y Sykes (2011) mencionan que el caso de los tratados ambientales es el ejemplo clásico.

Pero aparte del denominado *funcionalismo*, se da la posibilidad de que en ocasiones resulte más “beneficioso” no cumplir que cumplir —aun cuando no cumplir no siempre sea lo mismo que una violación o lo mismo que ilegalidad— lo cual coincide con una tesis que nosotros mismos sostenemos desde 2005, a lo cual se une que si no hay un tercero que exija el cumplimiento de las normas, en concreto, su ejecución, los Estados tenderán a cumplir con las disposiciones del derecho internacional únicamente si dicho cumplimiento les resulta benéfico.

Cómo se determina qué es benéfico y qué no y, en sí, qué es benéfico y qué no lo dejaremos para una investigación posterior, pero, por ahora, nos protegemos con Platón vía Nietzsche¹⁵, en el sentido de que el ser humano, quizás los Estados también, operan no tanto sobre la base de lo que es *bien* o *bueno*, sino, en cambio, de lo que les *parece* bien o bueno.

Las razones concretas de esto se basarían en tres elementos: (i) el derecho internacional dejaría que los Estados, en últimas, actúen como lo deseen; (ii) los Estados terminan actuando como lo hacen para mantener sus reputaciones intactas, y (iii) aun cuando el costo de cumplir fuere mayor que el beneficio de no hacerlo, los Estados terminan cumpliendo porque los otros Estados podrían aplicar una especie de CMs, que son las represalias.

En ese sentido, se presenta el clásico *dilema del prisionero*: desviarse del curso del derecho internacional supone beneficios menores que el costo que deberían asumir los Estados que se desvían cuando los perjudicados adoptan represalias. En un *equilibrio Nash*, quizás tanto el Estado infractor como el Estado víctima debieran retirarse del vínculo jurídico, pero quizás ello es peor para ambos que si ambos cooperaren.

La renegociación e incluso la suspensión se encontrarían como mecanismos que pudieran caracterizarse como incumplimiento eficiente.

15 Nietzsche (2014) en el volumen primero de *Humano demasiado humano* (§102) dice: “Sócrates y Platón tienen razón: haga lo que haga, el hombre siempre hace el bien, es decir, lo que le parece bueno (útil), según el nivel de su entendimiento y el grado que en cada ocasión alcanza su racionalidad” (p. 118). (Obra originalmente publicada en 1886).

En materia de CMs, en particular, retorsión y represalias, ya no tanto un incumplimiento, sino una violación sería el mecanismo más eficiente para que se cumplieran las obligaciones de derecho internacional. Sobre esto el lector querrá ver la explicación de Hakimi (2014) en torno a Air Services Agreement que ya referimos.

2.4 Otras aproximaciones y *outcasting*

2.4.1 Otras aproximaciones¹⁶

No nos detendremos mayormente sobre dos temas que merecen un tratamiento extenso en otras investigaciones. Así, vía Solis (2014) y Corn y Jensen (2018, p. 132) en lo que respecta a la guerra cibernética y al uso de las CMs, pero con problemas prácticos muy concretos, los elementos más importantes de sus estudios se pueden resumir así: (i) la rapidez con que tienen lugar las acciones ilícitas; (ii) lo impráctico que resultaría la notificación a otros Estados de que otros adoptarán CMs a la luz de DAR y (iii) que, en últimas, las CMs solamente pueden impetrarse contra Estados y en el siglo XXI, los ataques cibernéticos, aunque orquestados presuntamente por ellos — pensemos en las discusiones sobre las interferencias en las elecciones políticas de Estados Unidos en 2016—, casi siempre provienen de agentes privados.

En últimas, Corn y Jensen (2018) abogan por un relajamiento de las normas sobre CMs, sobre todo en el contexto de los ataques cibernéticos.

2.4.2 *Outcasting*

Lo que Hathaway y Shapiro (2011, pp. 263-276) llaman *outcasting* no sería otra cosa que negarle al desobediente los beneficios de una cooperación social y de la membrecía en la sociedad internacional. Luego de revisar con cierta minucia las críticas agudas de John Austin al derecho internacional, que, según él, adolece de dos defectos, por un lado, el no tener *comandos* en la medida en que se forma por la opinión y, por otro, la ausencia de una entidad soberana como en el caso del derecho local, y la oposición de sus tesis a las de H.L.A. Hart, que destruye los argumentos de John Austin en torno al derecho

16 Pozen (2014) tiene un estudio sobre CMs, pero en el ámbito del derecho constitucional estadounidense, es decir, cómo se aplican dentro del gobierno federal de ese país. Aun cuando no es un tema del derecho internacional, en su estudio, en ocasiones, hace comparaciones útiles que podrían servir para futuros debates dentro de la CDI.

internacional, presenta otra concepción acerca de la aparente carencia de fuerza legal de este —que llama *Modern State Conception*— sobre la base de que no tiene unas *cadena de exigibilidad*.

Hathaway y Shapiro (2011, pp. 277-278) critican esa concepción sobre la base de dos argumentos: (i) al final aceptan que un sistema puede considerarse como legal —en otras palabras, el derecho internacional puede considerarse como derecho— aún si carece de un mecanismo para exigir el cumplimiento de sus normas y (ii) argumentan que, en muchas ocasiones, las reglas jurídicas se obedecen no por miedo al poder de un Estado u otro, sino porque, en últimas, esas normas se perciben como adecuadas, justas o apropiadas (esto contradice la apreciación de Schopenhauer que referíamos al principio) y, en ese sentido, recurriendo ellos a las tesis de Anthony D'Amato, la posibilidad de exigibilidad, incluso por la fuerza, de dichas normas no puede ser considerada (siempre) un indicio de su carácter jurídico o legal.

En este sentido, el *internal outcasting* ocurre cuando un Estado termina siendo sancionado por haber violado el derecho internacional, lo que lo excluye de participar en los órganos creados por los tratados. Por otra parte, un *external outcasting* se da mediante el uso de las CMS; el sistema de comercio internacional de la Organización Mundial de Comercio sería el más claro ejemplo de ello, lo cual refuerza, a su vez, la hipótesis de Téllez (2008).

De acuerdo con Hathaway y Shapiro (2011, p. 327) habría ciertas formas del *external outcasting*. Entre otras, una primera forma denominada simple, tiene como características el ser permitida, no tener la necesidad de un órgano de tipo judicial y ser proporcional (v.gr.: las CMS o el Artículo 60 de la CV/69). Una segunda forma es la que comporta *adjudication* y el ejemplo típico sería el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* de la Organización Mundial de Comercio.

2.5 A guisa de síntesis. Nuestra propia hipótesis fenomenológico-hermenéutica

Hemos defendido en el pasado la siguiente hipótesis que se reconfirma unos años después: si por efectividad del DIP entendemos la realización de los más caros valores y principios del mismo y, en particular, la materialización y el disfrute de la *dignidad humana* por parte de los seres humanos, se podrá

observar que en lo atinente a seguridad y orden el derecho internacional es relativamente efectivo y, en lo tocante a comercio internacional, absolutamente efectivo.

Sin embargo, la hipótesis tiene unos contornos que es necesario exponer a la luz de la teoría de las CMS. Esa efectividad supone, en ocasiones, o no cumplir el derecho (incumplirlo) o violarlo. Así, una postura pragmática, en últimas, tiende a prevalecer sobre una postura funcional o procesal, pero siempre imbuida, en nuestra opinión, de una vivencia axiológica.

Como lo hemos defendido en otras oportunidades, cobra vigencia aquella máxima atribuida a La Rochefoucauld que describe el homenaje que el vicio siempre le hace a la virtud¹⁷.

Un ejemplo hipotético puede resumir nuestra postura que hemos tildado de fenomenológico-hermenéutica: el Consejo de Seguridad de la ONU no se reúne pese a la difusión por los medios masivos (*mass media*) de imágenes atroces en un país en el que un dictador ha utilizado armas químicas en contra de su pueblo. Un Estado “X” poderoso decide remover al tirano del poder, violando las disposiciones adjetivas del derecho internacional, pero salva miles de vidas. Una postura clásica, si se quiere, argüirá que el derecho internacional fue violado. Nosotros diríamos que fue incumplido, pero que se realizó desde una óptica axiológica. Es más: aun si el Estado “X” poderoso no actúa, el sentimiento de repudio moral que causa ver los destrozos o el cuerpo sin vida de un niño en una playa ya habrá verificado el cumplimiento del derecho internacional.

Tomando prestadas de la filosofía las nociones de fenomenología y hermenéutica, veremos como *fenómeno* que los Estados siempre actuarán, ora con base en una postura marcada por un análisis del costo-beneficio, ora por disonancias o sesgos cognitivos, y esto lo veremos hermenéuticamente porque para el jurista siempre habrá un problema en torno no solo a una interpretación de las conductas, sino también a una precisa adscripción de significados: lo que el dictador en un Estado “X” ve e interpreta no es lo mismo que lo que ve e interpreta el dictador de un Estado “Y”.

17 La Rochefoucauld (2012) en sus *Máximas* (§218) dice: “La hipocresía es un homenaje que el vicio rinde a la virtud”(p. 54). (Obra publicada originalmente en 1663).

Así pues, el único termómetro fenomenológico-hermenéutico será, desde los puntos de vista psicológico y económico, el repudio moral que causa la violación del derecho, la cual no siempre coincide con la noción de incumplimiento. Así, un incumplimiento, en ocasiones, supondrá la plena realización del derecho, en aras de remediar un ilícito que causa malestar y consternación morales.

Conclusiones

El estudio y reflexión continuos y juiciosos sobre la relación entre moral y derecho y sobre la *efectividad* del derecho internacional —idea que para efectos de nuestra investigación se entiende como la aplicación de una norma jurídica, pero con la realización de los valores y principios correspondientes, en particular, de la *dignidad humana*—, no son cosa de siglos pasados, sino que continúan siendo parte de la agenda académica reciente de los institutos dedicados a la enseñanza de la rama.

Con esa premisa, nuestro proyecto de investigación sobre dichos temas, en esta oportunidad, en una de sus aristas, centrado en los haces proporcionados por la teoría de las CMs y mediante el uso de un método fenomenológico-hermenéutico que hemos tomado prestado de la filosofía, hay dos conclusiones fundamentales del ejercicio y que muestran nuestra hipótesis de trabajo planteada al inicio del manuscrito.

La primera consiste en afirmar que al paso que las nociones de violación e incumplimiento del derecho son distintas y que, contrario a una intuición, incumplimiento o, incluso violación, pueden suponer o significar no efectividad del derecho a la luz de la teoría clásica, las CMs prueban que en el mundo de lo real, lo político y lo jurídico terminan coincidiendo y que, en un gran número de ocasiones, el derecho termina siendo efectivo, no por vía de una *adjudication*, sino por virtud de la apreciación y actuación propias de los Estados que no recurren a un tercero (juez).

La segunda, ligada con la primera, consiste en predicar que las actuaciones de los Estados, la adscripción de significado a sus conductas y motivaciones y, en general, una lectura más o menos precisa de sus comportamientos, deben tener como ingredientes de análisis tanto la contemplación de una relación costo-beneficio como un examen de lo que, en últimas, un Estado, percibe como bueno o justo o apropiado.

Estas dos conclusiones, en materia de CMs encuentran pleno respaldo no solo fáctico —v.gr.: la historia de las actuaciones de los Estados en los últimos 18 años—, sino también teórico en teorías discutibles que cubren campos tan variados como la filosofía del lenguaje, la filosofía política, el análisis económico del derecho y, así mismo, posturas no excluyentes como el funcionalismo, el formalismo, el institucionalismo, el *procesalismo* y el pragmatismo, respecto de las cuales parece siempre subyacer una aproximación eminentemente axiológica, por no decir, moral, al derecho internacional.

Referencias bibliográficas

- Barnidge, R. (2013). The international law of negotiation as a means of dispute settlement. *Fordham International Law Journal*, 36, pp. 545-574.
- Bederman, D. (2002). Symposium: The ILC's state responsibility articles: counterintuiting countermeasures. *American Journal of International Law*, 96, pp. 817-832.
- Bengoa Ruiz de Azúa, J. (1997). *De Heidegger a Habermas Hermenéutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea*. Barcelona: Herder.
- Bodansky D. y Crook, J. (2002). The ILC's state responsibility articles: introduction and overview (symposium). *American Journal of International Law*, 96, p. 773-791.
- Comisión de Derecho Internacional. (2001). *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*. Recuperado de http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. en diciembre de 2018.
- Corn, G. y Jensen, E. (2018). The use of force and cyber countermeasures. *Temple International & Comparative Law Journal*, 32, p. 127-133.
- Corte Internacional de Justicia. (2018). *Case concerning the factory at Chorzów*. Recuperado de https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf. en diciembre de 2018. (Jurisprudencia original de 1927).
- _____. (2018). *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/en/case/92> en diciembre de 2018. (Jurisprudencia original de 1997).
- _____. (2018). *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/en/case/70/judgments> en diciembre de 2018. (Jurisprudencia original de 1984-1986).

- Damrosch, L.F., Henkin, L., Crawford Pugh, R., Schachter, O. y Smit, H. (2001). *International law. Cases and materials*. St. Paul: West.
- Damrosch, L.F. y Murphy, S. (2014). *International law. Cases and materials*. St. Paul: West Academic Publishing.
- Hakimi, M. (2014). Unfriendly unilateralism. *Harvard International Law Journal*, 55, pp. 105-150.
- Hathaway O. y Shapiro, S. (2011). Outcasting: enforcement in domestic and international law. *The Yale Law Journal*, 121, pp. 252-349.
- La Rochefoucauld, F. (2012). *Máximas* (E. Benítez, Trad.). Madrid: Akal. (Obra originalmente publicada en 1663).
- Nietzsche, F. (2013). Introducción al estudio de los Diálogos de Platón. En D. Sánchez (Ed.), *Friedrich Nietzsche. Obras completas volumen II. Escritos filológicos* (pp. 441-562). Madrid: Tecnos. (Obra originalmente publicada entre 1871 y 1876).
- _____. (2014). Humano demasiado humano (v.1). En D. Sánchez (Ed.), *Friedrich Nietzsche. Obras completas volumen III. Obras de madurez I* (pp.61-272). Madrid: Tecnos. (Obra originalmente publicada en 1886).
- Organización de Estados Americanos. (2018). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Recuperado de https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf. en diciembre de 2018. (Tratado de 1969).
- Organización de Naciones Unidas. (1978). *Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*. Recuperado de http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XVIII/417-493.pdf. en diciembre de 2018. (Acuerdo original de 1946).
- _____. (2018). *Execution of German-Portuguese Arbitral Award of June 30th, 1930 (Germany vs, Portugal)* Recuperado de http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1371-1386.pdf. en diciembre de 2018. (Laudo de 1930).
- Organización Mundial de Comercio. (2018). *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dsu_s.htm. en diciembre de 2018 (Documento final de 1993).
- Oxford Public International Law. (2018). *Mavrommatis Palestine Concessions, Greece vs. United Kingdom, Objection to the Jurisdiction of the Court, Judgment, PCIJ Series A no 2, ICGJ 236 (PCIJ 1924), 30th August 1924, League of Nations (historical) [LoN]; Permanent Court of International Justice (historical) [PCIJ]*. Recuperado de <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:icgj/236pcij24.case.1/law-icgj-236pcij24> en diciembre de 2018. (Documento original de 1924).

- Oxford Public International Law. (2018). *Naulilaa Arbitration (Portugal vs. Germany)*. Recuperado de <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e178> en diciembre de 2018.
- Posner, E. y Sykes, A. (2011). Efficient breach of international law: optimal remedies, "legalized noncompliance," and related issues. *Michigan Law Review*, 110, pp. 243-294.
- Pozen, D. (2014). Self-help and the separation of powers. *The Yale Law Journal*, 124, pp. 2-90.
- Schopenhauer, A. (2013). Parerga y paralipomena. En J. Fernández y J. Mardomingo (Eds.), *El arte de insultar* (p. 296). Madrid: Edaf. (Obra originalmente publicada en 1851).
- Solis, G. (2014). Cyber warfare. *Military Law Review*, 219, pp. 1-52.
- Téllez, A. (2008). *El problema de la efectividad del derecho internacional público*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- _____. (2019). Una mirada a la vivencia del derecho internacional desde la perspectiva de las sanciones económicas unilaterales. *Revista Derecho del Estado*, 42, pp. 311-338. doi: 10.18601/01229893.n42.11
- Yang, T. (2006). International treaty enforcement as a public good: institutional deterrent sanctions in international environmental agreements. *Michigan Journal of International Law*, 27, p. 1131-1184.