

Los principios en el derecho internacional: ¿una fuente del derecho o una fuente de interrogantes?¹

The principles in international law: a source of law or a source of questions?

Os princípios do Direito Internacional: uma fonte de direito ou de uma fonte de perguntas?

María Angélica Benavides Casals¹

¹ Universidad Finis Terrae, Chile.
mabenavides@uft.cl

José Ignacio Núñez Leiva²

² Universidad Finis Terrae, Chile.
jinunez@uc.cl
<https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1476>

Recibido: 02/07/17. Evaluado y observado: 16/07/17. Aprobado: 20/08/17

¹ El presente trabajo es resultado de conclusiones preliminares en el análisis de una problemática que ha sido abordada por sus autores en diversos foros, pero especialmente en el núcleo de investigación de la Universidad Finis Terrae de Chile. Terminar el presente manuscrito habría sido imposible sin la valiosa colaboración de don Raúl Jesús Romero Díaz, estudiante colaborador del núcleo de investigación de nuestra institución. Los errores que contenga este trabajo son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es aportar a la discusión jurídica mediante un análisis en el que converjan categorías normativas que permitan dialogar tanto a constitucionalistas, internacionalistas y teóricos del Derecho para el estudio de conceptos nucleares en la relación entre Derecho nacional y Derecho Internacional, específicamente en el rol que le corresponde desempeñar a los Principios en el Derecho Internacional y en el Derecho.

PALABRAS CLAVE: principios generales del derecho, principios generales del derecho internacional, principios Jurídicos, Derecho Internacional Público, Teoría del Derecho.

ABSTRACT: The aim of this work is to contribute to the legal discussion with an analysis in which normative categories converge that allow to dialogue both constitutionalists, internationalists and law theorists in the analysis of nuclear concepts in the relationship between national law and international law, Specifically in the role that plays the Principles in International Law and in the Normative Systems.

KEYWORDS: general principles of law, general principles of international law, legal principles, Public International Law, Theory of Law.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é contribuir para a discussão jurídica de uma análise em que uma mistura de categorias políticas que permitem diálogo tanto constitucionalistas, internacionalistas e teóricos da lei para o estudo dos conceitos nucleares sobre a relação entre o direito nacional e direito internacional, especificamente para o papel que joga aos princípios de direito internacional e o direito.

PALAVRAS-CHAVE: princípios gerais de direito, princípios gerais de direito internacional, os princípios do direito, direito internacional e teoria do direito.

SUMARIO: I. Introducción. II. Fuentes del Derecho Internacional Público. III. Los Principios Generales del Derecho Internacional Público. IV. ¿Principios del Derecho o un Derecho por Principios? V. The gift & the trick. VI. Múltiples historias para un mismo protagonista. VII. Reflexiones finales: Los Principios ¿... a plug in baby? VIII. Bibliografía.

*“Somos diferentes cielos en un mismo mapa”
(Residente, Desencuentro)*

I. INTRODUCCIÓN

Producto de la especial penetración del Derecho Internacional Público (en adelante DIP) en las esferas de los sistemas jurídicos nacionales, en cuyas sedes jurisdiccionales son aplicadas las fuentes de ese Derecho, se hace necesaria una revisión del conjunto de elementos normativos que nutren el DIP.

Desde esta perspectiva, ninguna fuente es objeto de tanta controversia, ni ha sido tan poco estudiada científicamente, como los llamados Principios Generales del Derecho internacional.

Atendido esto, el presente trabajo tiene como finalidad problematizar en torno a la naturaleza normativa de estos principios. La naturaleza, comprensión y extensión de ellos repercute en el alcance externo e interno del DIP. Y con ello en su aplicación en el orden doméstico.

Por tanto, el objetivo general de este estudio es aportar a la discusión jurídica mediante un análisis en el que converjan categorías normativas que permitan dialogar tanto a constitucionalistas, internacionalistas y teóricos del Derecho, en el estudio de conceptos nucleares para la relación entre Derecho Nacional y Derecho Internacional, específicamente en el rol que le corresponde desempeñar a los Principios Generales del Derecho Internacional en el Derecho.

A efectos de aproximarnos al objetivo reseñado, en primer lugar, y luego de una mención genérica a las fuentes del DIP, ensayaremos una conceptualización de los Principios Generales del Derecho en Derecho Internacional Público. Posteriormente se plantearán elementos para la discusión de la naturaleza de nuestro objeto de estudio a partir de la Teoría de la Norma. Además, se plantearán las tensiones generadas en este análisis, las que no se pretenden resolver en este trabajo, sino sólo instalar un punto de partida para estudios posteriores. Esto se justifica en las divergentes opiniones que los autores puedan sostener sobre el tema de este trabajo: en tal sentido aspiramos a plantear más preguntas que respuestas.

II.

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Tradicionalmente entendido y aceptado es que las fuentes del DIP están contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia². Este artículo refleja aquellas fuentes consideradas ya como tales antes del instrumento mencionado, de acuerdo con una constante práctica de los estados³.

Su relativa falta de adecuación a nuevas realidades, y el no pretender ser un *numerus clausus*, son razones que se atribuyen a que sea un “catálogo” imperfecto, esto es, incompleto⁴. Quedan efectivamente fuera de él importantes realidades jurídicas como son los actos jurídicos unilaterales⁵.

² Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo conviniere.

Este artículo fue tomado del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia fundada una vez terminada la Primera Guerra Mundial.

³ Karl Doehring, *Völkerrecht*, (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004), 121 y Julio Barberis, “Los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional”, *Revista del Instituto de Derechos Humanos*, (1991): 19 y ss.

⁴ Seidl-Hohenveldern, *Lexicon des Rechts. Völkerrecht*, (Neuwied: Luchterhand, 2001), 330.

⁵ Ver David Bondia García, *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados* (Barcelona: Bosch, 2004). En relación con otras manifestaciones del orden jurídico internacional, respecto de la cual se discute su categoría de fuentes, son el llamado soft law. Ver Mauricio Toro Huerta, *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2006.

Considerando cada una de las fuentes, es posible identificar que el núcleo radica en el consentimiento entregado a la generación de la obligación jurídica para cada estado⁶. Existe un ejercicio de autonomía soberana, a la vinculación jurídica, procediendo de ella la vinculación. Es aquél consenso el que da vigencia a la norma. Tanto los tratados, como la costumbre, las sentencias, los actos jurídicos unilaterales y el derecho derivado de las organizaciones internacionales reflejan siempre, en su origen la aceptación a la vinculación. Además de esto, cada una de esas fuentes si bien presenta problemas de interpretación y definición de contornos como el caso de la costumbre, debemos reconocer, que cada una de ellas, tiene elementos identificables respecto de los que ejercer interpretación, así como contiene elementos reconocibles sobre su origen voluntarista.

Sin embargo, una de las fuentes del DIP, los principios generales del derecho, presenta problemas para identificar claramente este fundamento de validez y que consideramos necesarios analizar de cerca.

III.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Los principios generales del Derecho Internacional Público, como fuente del Derecho, están consignados expresamente en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, entendido como un catálogo incompleto de fuentes⁷. La historia de la norma nos señala que la inclusión de los principios generales fue una consecuencia del acuerdo adoptado entre los negociadores, donde finalmente su incorporación fue vista como logro por los iusnaturalistas, y por parte de los otros miembros positivistas una posibilidad de límite al intento principialista de los primeros⁸.

La alta heterogeneidad de la sociedad internacional actual sumada a la inmensa interdependencia de los sujetos de derecho, hacen de los principios una fuente compleja de conceptualización. Y debido a esto existe una intensa discusión respecto de estos principios⁹

⁶ Ver Francisco Orrego Vicuña, "Creación del derecho en una sociedad global: ¿importa todavía el consentimiento?", en *Estudios Internacionales* 37, n° 146 (Jul.-Sept. 2004): 81-103.

⁷ H. Mosler, "General Principles of Law", en *Encyclopedia of Public International Law* 2, ed. Por Rudolf Bernhardt, (Amsterdam, Lausanne, New York, Oxford, Shannon, Tokyo: North-Holland Publishing Company, 1995), 511 y ss.

⁸ Marco Monroy Cabra, "Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional" en *Estudios Socio-jurídicos* 7, n° 2 (2005): 84. F. Novak, "Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho" en *Revista Agenda Internacional, PUCP* 4, n°9, (1997): 110 y sgtes.

⁹ Julio Barberis, "Los principios generales de derecho como fuente del derecho Internacional", 28.

y sobre si ellos se identifican con los principios de derecho nacional (como por ejemplo el abuso del derecho o la violación de una obligación genera deber de indemnización), o bien éstos complementan los propios del derecho internacional (como por ejemplo para algunos la prohibición del uso de la fuerza y la autodeterminación de los pueblos), disputa que se extiende también a su naturaleza normativa, polémica que tiene importantes puntos de referencia en el denominado No Positivismo Principialista y en el Positivismo Contemporáneo o Post Positivismo y que fuerza a analizar el problema teniendo en cuenta categorías habitualmente desarrolladas por la Teoría del Derecho y la Teoría de la Norma. Y todo lo anterior repercute en la aplicación del Derecho Internacional a los Estados y en el uso intraestatal de este Derecho.

En tal contexto, es menester, distinguir dos entidades o realidades jurídicas: Los principios del derecho internacional y los llamados principios generales del derecho. Ambos con semejantes problemas en su definición de contenido y naturaleza normativa, e integrantes del DIP¹⁰.

1.- Los Principios Generales del Derecho (en adelante PGD) están contenidos en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas¹¹”, serán entre otras fuentes consideradas por la Corte en la solución de los casos sometidos a su conocimiento.

Estos PGD serían enunciados emanados de los ordenamientos nacionales¹² y no de creación a nivel internacional. Son los principios que los estados reconocen en sus ordenamientos los que pueden ser elevados a fuente de DIP. Por tanto, estos principios, no pertenecen al DIP en su origen, sino más bien son aquellos contenidos en los ordenamientos jurídicos nacionales.

La transferencia de principios jurídicos de orden nacional al internacional genera problemas de interpretación y aplicación. Es por esto que parte de la doctrina ha entendido que éstos pueden ser considerados como eventual fuente, en caso de que se identifiquen, en los ordenamientos nacionales, como principios fundamentales y que al ser considerados en el ámbito internacional su contenido se adecue a ese particular ordenamiento jurídico. Además de esto se ha sostenido que serán subsidiarios en su aplicación una vez que se hayan agotado las posibilidades de encontrar norma convencional o consuetudinaria. Los PGD

¹⁰ K. Ipsen, *Völkerrecht*, (Verlag C. H. Beck, 2004), 231 y ss. y Hernán Valencia, “La definición de los principios en el derecho internacional contemporáneo” en *Revista Facultad de Derecho y ciencias políticas* 36, n°106 (2007): 71.

¹¹ “Naciones civilizadas” es, unánimemente, una alocución anacrónica resabio del modelo europeocentrista del DIP, dominante hasta comienzos del siglo XX.

¹² K. Ipsen, *Völkerrecht*..., 231 y ss.

que tradicionalmente se consideran como tales en el orden internacional son aquellos más bien de orden procesal¹³.

2.- Los principios del DIP (en adelante PGDIP) serían no de aquellos contenidos en el artículo 38 y por tanto no derivados de los órdenes nacionales. Corresponden a principios particulares propios de la especificidad del DIP¹⁴.

Si consideramos que los PGD (aquellos del artículo 38) tienen una función procesal o son extraídos con función instrumental, a los principios del DIP, por el contrario, les corresponde una función sustantiva¹⁵. Ahora bien, ¿cuáles son éstos? Aquellos que el tráfico internacional requiere para su adecuado desarrollo. Entre ellos podemos mencionar: libre autodeterminación de los pueblos, independencia, igualdad soberana y buena fe, entre otros.

Si podemos considerar que en efecto existe una diferencia entre PGD y principios del DIP, no es posible asumir de forma unívoca una cuestión previa y fundamental que requiere de mayores análisis: la conceptualización de la naturaleza normativa de los principios, sean éstos PGD o principios del DIP.

IV.

¿PRINCIPIOS DEL DERECHO O UN DERECHO POR PRINCIPIOS?

En general, la literatura *No Positivista*, tiende a enfatizar el protagonismo de los Principios (sean PGD o PGDI o meramente *Principios*) en la construcción del Derecho contemporáneo. Pareciera ser que su éxito en la dogmática ha hecho eco en la jurisprudencia para impactar de lleno en el Concepto de Derecho – nacional o interno – especialmente en las doctrinas monistas. Las tesis fuertes sobre la ausencia de una conexión necesaria entre Derecho y Moral parecen debilitarse mientras las normas se nutren o desplazan en virtud de argumentaciones morales, insertadas o convocadas mediante los principios. Ejemplos de ello hay varios, tal vez el más significativo de la última década sea el mentado control de convencionalidad (sucedáneo pretoriano del bloque constitucional de derechos).

Con todo, la colonización de los principios, su afán expansionista – tanto respecto de los PGD o los PGDIP – son un regalo y un truco (*a gift & a trick*), pues su ductibilidad,

¹³ F. Novak, “Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho”, 118.

¹⁴ Paola Acosta “Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el orden internacional”, *Revista Derecho del Estado*, 25, (2010) 208 y ss.

¹⁵ Monroy Cabra, Marco. “Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional”, 84.

aparentemente beneficiosa para despejar lagunas y juridificar casos a priori irrelevantes para el Derecho, tiende a estandarizar nomenclaturas de enunciados jurídicos bajo el rótulo de PGD, pero con una apertura semántico – normativa que difícilmente puede hacer coincidir significantes y significados en los conceptos que se estiman como un entramado que nutre al DIP. Algo no muy distinto acontece con los PGDIP. Problema que se agudiza en la medida que ni tan siquiera la doctrina ha alcanzado un acuerdo respecto del significado y alcance de este fenómeno normativo. El dilema es – entonces – que el concepto Principio, no tiene un significado unívoco entre los juristas.

V.

THE GIFT & THE TRICK

Siguiendo a Luis Prieto (2007)¹⁶, justamente aquello que Kelsen temía es hoy el sello de identidad del Derecho: gira en torno y se subordina a derechos, valores, principios y directrices. Y tales órbitas no ocurren producto del recurso a los principios como **metanormas** subyacentes en el Derecho. Se originan en enunciados normativos que para algunos resultan notoriamente diversos a otras normas: las reglas. En efecto, estas nuevas piezas fundamentales del Derecho son normas “muy generales”, “redactadas en términos particularmente vagos”, son “programáticas” en el sentido de que imponen la obligación de perseguir determinados fines, “expresan los valores superiores del ordenamiento jurídico” y sirven como “criterio de interpretación del Derecho”, por mencionar solamente algunos de los sentidos o características con que según Atienza y Ruiz Manero (1996)¹⁷ se les ha atribuido.

Se suele destacar que los elementos más importantes en el Derecho contemporáneo son los principios y las directrices, aunque en el léxico jurídico el espectro denotativo del vocablo diste de ser preciso y uniforme. Por ejemplo, reciben el nombre de principios las normas que se suponen axiológicamente más fundamentales (la libertad o la justicia), las más generales o que inspiran amplios sectores del ordenamiento (la autonomía de la voluntad en Derecho privado o el principio de culpabilidad en Derecho penal), las que indican los fines de la acción estatal (el bienestar o el pleno empleo), las más vagas o que presentan indeter-

¹⁶ Luis Prieto, “El Constitucionalismo de los Derechos”, en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, ed. por Miguel Carbonell (México: Trotta –UNAM, 2007), 215.

¹⁷ Manuel Atienza y Juan Ruiz, *Las Piezas del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1996), 4.

minado el supuesto de hecho de su aplicación (la igualdad), las que recogen algunos tópicos interpretativos (lo accesorio sigue a lo principal, argumento a fortiori), etc.¹⁸

Con todo, se suele enfatizar al menos seis posibles significados¹⁹ para los principios: normas con un peso especial e imposibles de ser aplicadas con un criterio de “todo o nada” (Dworkin), mandatos de optimización (Alexy), disposiciones con una estructura –abierta– y una funcionalidad particular en el razonamiento práctico (Atienza y Ruiz Manero), normas propiamente constitucionales (Zagrebelsky), entidades normativas con una endémica cualidad disposicional (García Figueroa), o como normas más exigentes para el intérprete (Prieto). A continuación repasaremos brevemente cada uno de ellos.²⁰

VI.

MÚLTIPLES HISTORIAS PARA UN MISMO PROTAGONISTA

Aunque las traducciones al español de “El modelo de las normas I” de Ronald Dworkin (2010)²¹, contraponen normas con principios, parece –siguiendo a García Figueroa y Alexy, entre otros– que el contraste se efectúa realmente entre reglas y principios. En tal sentido el iusfilosofo anglosajón propone que la diferencia entre principios y reglas es de carácter lógico.

Ambas categorías apuntarían a decisiones jurídicas particulares en determinadas circunstancias, pero difieren en su orientación. Mientras las reglas serían susceptibles de una aplicación disyuntiva, al estilo de todo o nada, los principios no podrían ser aplicados de la misma forma pues no establecen consecuencias jurídicas que deban seguirse automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas por la norma.²² Contendrían, más bien, razones no concluyentes para actuar o decidir en un sentido determinado.²³ De lo anterior, se derivaría en opinión de nuestro autor, que mientras las antinomias entre reglas resultan solubles en base a criterios proporcionados por el propio sistema (jerárquico, cronológico o de especialidad), tales recursos serían insuficientes en el caso de los principios, que se encuen-

¹⁸ Luis Prieto, *Ley, Principios, Derechos* (Madrid, Dykinson, 1998), 48.

¹⁹ Se incluye en este listado a autores que por opción propia o por atribución de terceros, se han entendido ligados tradicionalmente al Neoconstitucionalismo.

²⁰ Con todo, no nos haremos cargo de las críticas de las que son susceptibles cada una de estas posturas. La intención de este apartado es descriptiva no analítica. Una completa revisión crítica de la polisemia principialista puede ser encontrada en García Figueroa (1998), García Amado (2009) y Ratti (2013), por citar algunos.

²¹ Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, (Barcelona, Ariel, 2010), 61.

²² Ronald Dworkin, *Los Derechos...*, 75.

²³ Ronald Dworkin, *Los Derechos...*, 76.

tran dotados de una dimensión de peso o importancia, inexistente en la reglas, y que obliga a quien resuelve una colisión entre ellos a tener en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos, cuestión imposible de efectuar en abstracto y que sólo emergerá de los hechos.²⁴

La idea de Principios como Mandatos de Optimización, como es bien sabido, procede de la obra de Robert Alexy (2008)²⁵, quién en su Teoría de los Derechos Fundamentales erige una clasificación de normas entre reglas y principios a propósito de los derechos de tal índole. Así sostiene que la distinción más importante para la Teoría de los Derechos Fundamentales es la distinción entre reglas y principios. El factor decisivo para la diferenciación entre reglas y principios, señala el autor, consiste en que estos últimos ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo tanto son *Mandatos de Optimización* caracterizados porque pueden cumplirse en diferente grado y el baremo de tal satisfacción depende de las posibilidades reales (los recursos extra jurídicos disponibles) y las jurídicas existentes, consistiendo las segundas en el perímetro delineado por los principios y reglas opuestos.²⁶

Las reglas, por otra parte, serían normas que resisten únicamente dos alternativas: cumplimiento o incumplimiento. Si la regla es válida, sólo cabe efectuar con exactitud lo que ella prescribe, ni menos ni más. De esta manera, las reglas son portadoras de determinaciones en el aspecto de lo posible en la realidad y en lo jurídico. Lo anterior, concluye el profesor de Kiel, implica que entre reglas y principios existe una diferencia cualitativa y no de grado, además de que toda norma puede ser distribuida en una de las dos categorías.²⁷

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, teniendo como punto de partida que existe una diferencia entre reglas y principios, se preguntan en un trabajo de 1991 ¿cómo se pueden distinguir los principios de las reglas?, interrogante que tratan de despejar acudiendo a dos enfoques. Uno estructural que consiste en ver las normas como entidades organizadas de una cierta forma y otro funcional, que se centra en el papel o la función que las mismas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios.²⁸

Desde el primero de los enfoques –sostienen Atienza y Ruiz Manero– el problema parece ser éste: aceptado que las reglas pueden formularse siempre recurriendo a un esquema condicional, esto es, de correlación caso/solución (lo que no significa aceptar –ni negar– que

²⁴ Ronald Dworkin, *Los Derechos...*, 77.

²⁵ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2008), 63.

²⁶ Robert Alexy, *Teoría...*, 68.

²⁷ Robert Alexy, *Teoría...*, 68.

²⁸ Manuel Atienza y Juan Ruiz “Sobre principios y reglas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°10 (1991): 107.

las normas sean entidades lingüísticas, sino tan sólo que pueden expresarse en un lenguaje) ¿puede decirse lo mismo de los principios? La concepción estructural de los principios conlleva la distinción entre dos clases de ellos: principios propiamente tales y directrices, variantes que comparten un grado de indefinición en su condición de aplicación o en el modelo de conducta prescrito.²⁹ Los primeros se caracterizan por estar formulados como enunciados que correlacionan siempre casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero de manera abierta. A diferencia de las reglas, carecen de una condición de aplicación determinada. No se trata de que posean una condición de aplicación con una periferia más o menos amplia, sino de que tales condiciones no se encuentran ni siquiera genéricamente determinadas.³⁰ Las segundas, directrices las llaman, su consecuencia jurídica (su modelo de conducta prescrita) no se encuentra determinada.³¹

Es la anterior caracterización la que impulsa a los mencionados autores a plantear que –dentro de otros importantes roles– los principios (especialmente en el plano constitucional) operan en la práctica como generadores de ilícitos atípicos, esto es el efecto que se caracteriza por la inversión del sentido de una regla que en una primera aproximación parecería autorizar la realización de una conducta, sin embargo y a consecuencia de su oposición a uno o más principios, tal conducta se convierte en ilícita, cuestión que a su juicio acontecería especialmente con el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder.³²

Ahora bien, en perspectiva funcional, las reglas estarían destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los entes jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla. El carácter independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones “perentorias” o “protegidas”. Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad normativa que las ha dictado o adoptado): su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias.³³ Pero, los principios explícitos serían razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Son independientes del contenido porque la causa por la que son razones para la acción de los órganos jurisdiccionales, esto es, el motivo por el que deben entrar a formar

²⁹ Manuel Atienza y Juan Ruiz “Sobre principios y reglas”, 108-110.

³⁰ Manuel Atienza y Juan Ruiz, *Las Piezas...*, 9.

³¹ Manuel Atienza y Juan Ruiz, *Las Piezas...*, 10.

³² Manuel Atienza y Juan Ruiz, *Ilícitos Atípicos* (Madrid: Trotta, 2006), 27.

³³ Juan Ruiz Manero, “Principios Jurídicos”, en *El Derecho y la Justicia* editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (Madrid: Trotta, 2000): 154.

parte del razonamiento justificatorio de las decisiones de los órganos jurisdiccionales es el mismo que en el caso de las reglas: a saber, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque no están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido– ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional.³⁴

Gustavo Zagrebelsky (2004)³⁵, por su parte, efectúa una tripartición de normas constitucionales al distinguir entre Valores, Principios y Reglas. En su esquema, los valores consignan fines en sí mismo, esto es bienes a los que el orden constitucional atribuye la máxima importancia. Los principios, por su parte, no serían “puntos de llegada” sino “puntos de partida” que consignan bienes valiosos que han de ser materializados mediante actividades consecuentes, dotadas de un “exceso de contenido deontológico y axiológico”, que les atribuye un estatus conceptual diferente –superior– al de las reglas.³⁶ Sin objetar las ideas como las de Dworkin, Alexy o Atienza y Ruiz Manero, el académico italiano postula que los principios, particularmente los constitucionales, serían normas portadoras de una especial jerarquía en razón de su contenido: normas propiamente constitutivas o constitucionales, mientras que las reglas –aun cuando se encuentren en la Constitución– no serían más que leyes reforzadas: a las reglas, por su simpleza, se las obedece, a los principios, se les presta adhesión.³⁷

Quien sí se aparta de las tesis fuertes acerca de la diferencia entre reglas y principios es Alfonso García Figueroa (2010)³⁸, que de manera tajante afirma que una distinción severa entre esta clase de normas es improcedente y distorsiona la realidad del Derecho bajo un Estado Constitucional. La mejor manera de conceptualizar los principios para este autor es afirmando su condición *disposicional* de normas derrotables.³⁹ Una norma es derrotable, cuando está sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de manera que no es posible precisar por anticipado las circunstancias que operan como genuina condición suficiente de su aplicación,⁴⁰ sin que aquello obste su validez.

³⁴ Juan Ruiz Manero, “Principios...”, 154.

³⁵ Gustavo Zagrebelsky, *La Ley y su Justicia* (Madrid: Trotta, 2004), 174-176.

³⁶ Gustavo Zagrebelsky, *La Ley...*, 181.

³⁷ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil* (Madrid: Trotta, 2008), 110.

³⁸ Alfonso García Figueroa, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica” en *El Canon Neoconstitucional* ed. por Carbonell y García Jaramillo (Madrid: Trotta, 2010), 192.

³⁹ Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad, una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* (Madrid: Trotta, 2009), 136.

⁴⁰ Ricardo Guastini “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e Interpretación”, *Análisis Filosófico* 26, n°2 (2006): 279.

Una propiedad disposicional, por su parte, consiste en aquella característica *a priori* indetectable pero que se hace evidente concurriendo ciertas circunstancias. García Figueroa emplea a la sal como ejemplo de un elemento con propiedades disposicionales. Afirma que la solubilidad de la sal es imperceptible a menos que se verifique la condición de mezclarla con agua. Y no porque un gramo de sal nunca sea mezclado con agua podemos afirmar que aquella es insoluble. Pues bien, la derrotabilidad sería una propiedad disposicional: están sometidos a un desplazamiento en su eficacia o vigencia concreta ante la o las circunstancias en que otro principio resulte concurrente al caso de manera más justa o satisfactoria.⁴¹

Otro autor que se aparta de las tesis intensas acerca de la diferencia entre las clases de normas en estudio es Luis Prieto. Para el irremplazable ex Catedrático de Toledo, los contrastes entre reglas y principios pueden ser apreciados tanto en perspectiva estructural como interpretativa. Desde el primer punto de vista, nuestro autor sostiene que parece poco aconsejable trazar una frontera nítida entre la “apertura” de los principios y la “zona de penumbra” de las reglas, pues en ambos supuestos se precisa de un empeño interpretativo equivalente para definir la aplicación de la norma al caso concreto. De cualquier manera, de admitirse la diferencia, los principios en este sentido vendrían a ser las normas situadas en el extremo de la penumbra, esto es, aquellas cuya concreción exige un mayor protagonismo por parte del intérprete. La “apertura” de los principios representaría una suerte de delegación constitucional o legal a fin de que sea el juez quien fabrique la premisa mayor de su razonamiento; implicaría, de tal forma, un fortalecimiento de la posición del intérprete.⁴²

Por su parte, desde la óptica interpretativa, la diferencia entre una y otra clase de norma, nos dice Prieto, provendría de la concurrencia a un caso concreto de dos enunciados a los que se les aplica la ponderación como mecanismo de solución de antinomias, pues solamente post ponderación⁴³ podríamos sostener que estamos ante principios y no reglas.⁴⁴

Principios y directrices, los pilares de las fuentes del Derecho axiológicamente cargadas, implican que el Derecho se aproxima a la moral y que la moral se aproxima al Derecho.⁴⁵

⁴¹ García Figueroa, *Criaturas...* 136.

⁴² Luis Prieto Sanchis, *Apuntes de Teoría del Derecho* (Trotta, Madrid, 2008), 60.

⁴³ En el mismo sentido Ricardo Guastini, *Estudios de Teoría Constitucional* (México: Fontamara, 2007), 128.

⁴⁴ Luis Prieto Sanchis, *Apuntes...*, 61.

⁴⁵ García Figueroa, *Criaturas...*, 44.

VII.

REFLEXIONES FINALES: LOS PRINCIPIOS ¿... A PLUG IN BABY?

El presente trabajo no aspira a proponer soluciones a un problema. Nuestro humilde propósito es, simplemente, identificar un nudo gordiano que impacta en el Derecho Internacional y en el Derecho: qué naturaleza normativa tienen los dispositivos denominados PGD o PGDI.

Lo anterior con miras a potenciar el impacto del Derecho Internacional Público, pues las zonas de penumbra en su comprensión/enseñanza/aplicación, conspiran en contra de su eficacia.

Con todo, no hay satisfacción en estos investigadores con la mera denuncia del problema. Divisamos algunas rutas de análisis para abordar el fenómeno.

En efecto, los posibles sentidos de la noción *Principio*, no son necesariamente incompatibles entre sí. De tal forma, como se puede observar en la literatura revisada, los significados atribuibles a *Principio* no son concluyentemente irreconciliables, entre sí ni con otras categorías. Por ejemplo, no es incompatible la idea de principio (sea PGD o PDGI) como norma más importante con una eventual naturaleza de regla de su enunciado. Pero de tal certeza deriva la incertidumbre ¿De cuánta discrecionalidad disponen hoy los órganos competentes para aplicar los PGD y los PGDI?

No obstante lo anterior, un sentido posible pero cuestionable de la noción en el ámbito internacional – al amparo de la Teoría del Derecho contemporánea – es el que asigna a las PGD y PGDI el valor de normas más importantes, pues aquello no se resuelve mediante atribuciones (subjetivas) de valor a institutos jurídicos, sino mediante una opción deliberada de los sujetos normativos que representan la soberanía popular. De ahí proviene la vigencia del problema planteado en este trabajo y sus proyecciones.

En fin, nuestra intención no es proponer una reacción a la acción - parafraseando a Newton – sino que simplemente poner sobre la mesa un problema que debe ser resuelto colaborativamente entre internacionalistas y constitucionalistas, en tanto compartan una vocación por la Teoría del Derecho, así, con mayúsculas. - ¿Por qué problematizar? Porque la contingencia y la teoría nos revelan que los Principios, los PGD y los PGDI han sido empleados como un *As – One Plug In Baby*- tanto en la resolución de casos a nivel internacional, como en la edificación de doctrinas a nivel nacional. El mejor ejemplo: el control de convencionalidad en sistemas de *Civil Law* sin cláusulas que atribuyan un especial valor al Derecho Internacional.

Para citar este artículo: María Angélica Benavides Casals, José Ignacio Núñez Leiva: “Los principios en el derecho internacional: ¿una fuente del derecho o una fuente de interrogantes?”, <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1476> *Revista de Derecho* 16 (2-2017), ISBN 1510-3714, 31-46.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Paola. “Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el orden internacional”, *Revista Derecho del Estado*, 25, (2010) 193-219.
- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- Atienza, Manuel y Ruiz, Juan “Sobre principios y reglas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº10 (1991): 108-110.
- Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Trotta, 2006.
- Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. *Las Piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Barberis, Julio. “Los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional”, *Revista del Instituto de Derechos Humanos* 14 (1991): 11- 41.
- Bondía García, David. *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*. Barcelona: Bosch, 2004.
- Doehring, Karl, *Völkerrecht*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004.
- Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Barcelona: Ariel, 2010.
- García Amado, Juan Antonio. *El Derecho y sus circunstancias*. Bogotá: Colombia, 2010.
- García Figueroa, Alfonso. “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica” en *El Canon Neoconstitucional* ed. por Carbonell y García Jaramillo, 185- 207. Madrid: Trotta, 2010.
- García Figueroa, Alfonso. *Criaturas de la moralidad, una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta. 2009.
- García Figueroa, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: CEPC, 1998.
- Guastini, Ricardo. “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e Interpretación”, *Análisis Filosófico* 26, nº2 (2006): 277-293.

- Guastini, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México, Fontamara, 2007.
- Ipsen, K. *Völkerrecht*. Verlag C. H. Beck, 2004.
- Monroy Cabra, Marco “Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional” en *Estudios Socio-jurídicos* 7, n° 2 (2005): 77-91.
- Mosler, H. “General Principles of Law”, en *Encyclopedia of Public International Law* 2, ed. Por Rudolf Bernhardt, (Amsterdam, Lausanne, New York, Oxford, Shannon, Tokyo: North-Holland Publishing Company, 1995).
- Novak, F. “Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho” en *Revista Agenda Internacional, PUCP* 4, n°9, (1997): 109-133.
- Orrego Vicuña, Francisco. “Creacion del derecho en una sociedad global: ¿importa todavía el consentimiento?” en *Estudios Internacionales* 37, n° 146 (Jul.-Sept. 2004): 81-103.
- Prieto, Luis “El Constitucionalismo de los Derechos”, en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, ed. por Miguel Carbonell. México: Trotta –UNAM, 2007.
- Prieto, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Trotta, Madrid, 2008.
- Prieto, Luis. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid, Dykinson, 1998.
- Ratti, Giovanni Battista. *El gobierno de las normas*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.
- Ruiz Manero, Juan. “Principios Jurídicos”. En *El Derecho y Justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, 133-147. Madrid: Trotta, 2000.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz. *Lexicon des Rechts, Völkerrecht*. Neuwied: Luchterhand, 2001.
- Toro Huerta, Mauricio. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2006.
- Valencia, Hernán. “La definición de los principios en el derecho internacional contemporáneo” en *Revista Facultad de Derecho y ciencias políticas* 36, n°106 (2007): 69-124.
- Zagrebelky, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2008.
- Zagrebelky, Gustavo. *La Ley y su Justicia*. Madrid: Trotta, 2004.