

PRÓLOGO. PRESENTACIÓN

Hace varios años, con mi gran amigo y titular de la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba Dr. Luis Ignacio Savid Bas, decidimos la publicación de estudios relativos al DI con el propósito de colaborar en la enseñanza y difusión de los problemas de la Comunidad Internacional en general y, del Derecho Internacional Público en particular, y con ese objetivo publicamos Ensayos I. Con posterioridad, con la misma intención, y la inestimable colaboración de docentes de la Cátedra de Derecho Internacional Público, publicamos Ensayos II, donde analizamos temas vigentes de la materia como la Inmunidad de Jurisdicción, la Sucesión de Estados, la Protección Diplomática, la Responsabilidad Internacional del Estado, la revalorización de los Principios como fuente principal del Derecho Internacional y el alcance de la norma que Prohíbe el Uso de la Fuerza en las relaciones internacionales.

Este libro, Ensayos III, intenta ser un nuevo aporte con ese objetivo. En este caso pretende ratificar la importancia y el valor que la doctrina ha tenido y debería tener en el estudio del Derecho Internacional Público. Para ello cuenta con valorables trabajos de los Profesores Oscar Cesar Benítez (con relación a los temas Norma jurídica y regla de derecho; Derecho del Mar: Aguas Interiores, Mar Territorial, Zona Contigua, Zona Económica Exclusiva, Plataforma Continental, Estrechos Internacionales, Estados Archipelágicos, Alta Mar, Fondos Marinos, solución de controversias; Libre determinación de los pueblos y María Pilar Llorens (Tratados de paz; La Doctrina Internacional en el DI Contemporáneo), siempre destacando la influencia de la Doctrina en el Derecho Internacional, resaltando en este caso, el inmenso valor que tiene como autor, filósofo y jurista Hans Kelsen.

Históricamente el Derecho Internacional se ha nutrido en forma esencial en las doctrinas provenientes de determinadas escuelas de pensadores que indagaban ya sea para encontrar su fundamento, o las fuentes, o la razón de su obligatoriedad y aplicación, del orden jurídico internacional. Presenciamos una revitalización del papel de la Doctrina ante la necesidad de reformular los postulados clásicos del Derecho Interna-

cional, ante las nuevas circunstancias mundiales, temas particulares en vías de desarrollo como el medio ambiente, refugiados, nacionalidad, derechos humanos, igualdad de género, derechos y deberes económicos de los Estados, la responsabilidad de proteger, etc.

Para cualquier estudioso de nuestra materia es imprescindible el previo conocimiento del Derecho Internacional Público General. En efecto, para una especialización es fundamental tener un conocimiento acabado del Derecho Internacional que la proporcionan los grandes autores que han insertado su pensamiento en obras que abarcan nuestra materia en su totalidad, para después intentar una profundización en temas particulares. La especialización debería producirse sólo cuando hayan adquirido una visión del ordenamiento jurídico en su conjunto. Igual razonamiento cabe para la enseñanza que presupone y exige el conocimiento global del ordenamiento jurídico internacional. El manejo de los escritos de los autores más autorizados sigue constituyendo un elemento fundamental para el conocimiento de las normas de Derecho Internacional. Somos conscientes que la enseñanza del DI Público en toda su extensión se hace sumamente difícil en la actual estructura del plan de estudios de nuestra facultad de Derecho atento que su enseñanza ha quedado reducida a un solo cuatrimestre cuando con anterioridad se cursaba como una asignatura anual.

Este estudio pretende ser, no solo un reconocido homenaje a quien ha sido nuestro mentor, Luis Ignacio Savid Bas, sino también a uno de los más grandes juristas de los últimos tiempos: Hans Kelsen.

Hans Kelsen es considerado como el más notable y productivo jurista del siglo XX y uno de los más reputados jurisconsultos del mundo occidental. Su coherencia, claridad, agudeza analítica y el poder de síntesis le han valido un merecido renombre en el campo de la investigación jurídica. Su agudeza analítica y el poder de síntesis le han dado renombre en el campo de la investigación jurídica. Nació en Praga el 15 de octubre de 1881 y murió en el 19 de abril de 1973 en Berkeley (California). Se doctoró en 1906 en la Universidad de Viena. Se desempeñó como juez constitucional y profesor en numerosas universidades europeas. Comenzó su profesorado en la Universidad de Viena en 1911 conformando la llamada “Escuela de Viena”. Entre sus integrantes podemos mencionar a ilustres juristas como Alfred Verdross, Josef Kunz, Felix Kaufmann. Fueron sus discípulos, entre otros, Alf Ross, Luis Legaz y Lecambra y Luis Recasens. Existen representantes de la Escuela Pura del Derecho en todos los continentes.

Entre sus obras se destacan: *Teoría Pura del Derecho* (1934) (ampliada en 1960 con versión española en 1982) (Editorial Porrúa, México, 2007 – Eudeba, Buenos Aires, 2015); *Teoría General del Estado* (1925), traducida del alemán por L. Legaz y Lacambra (Editora Nacional, México, 1959); *Teoría Comunista del Derecho y del Estado* (EMECE, 1957); *Teoría General de las normas* (Marcial Pons, 2018); *Validez y eficacia del derecho* (Astrea, Buenos Aires, 2005); *Derecho y Paz en las relaciones internacionales* (Fondo de Cultura Económica, México, 1996); *Principios de DI Público* (traducido al español por Hugo Caminos y Ernesto Hermida, El Ateneo, Buenos Aires 1965- Editorial Comares, Granada, 2013).

La Escuela Vienesa tiene el mérito de reducir el papel de la voluntad de los Estados a su función de positivizar las normas particulares. Kelsen señaló acertadamente la impotencia del positivismo voluntarista para explicar el carácter obligatorio del derecho.

El neopositivismo de Kelsen es, de todas las doctrinas contemporáneas, la que de un modo más completo y deliberado se aísla de las realidades sociales. Cualquier contenido puede ser derecho ya que la positividad de las normas depende únicamente de su reductibilidad lógica a una norma fundamental e hipotética, considerada como la norma suprema del orden jurídico.

El derecho consiste en un orden técnico formal, sin inserción en ningún elemento de fondo que no se encuentre a su vez encerrado en una forma radicalizada, pretende una teoría pura del derecho, depurada de toda posición ética o sociológica.

La teoría del Derecho Internacional oscila entre dos polos: una concepción individualista del Estado y una concepción universalista de la humanidad; dicho en otras palabras, el subjetivismo de la primacía del Estado y el objetivismo de la primacía del orden internacional.

Metodológicamente, sostiene que todas las normas se presentan en una posición escalonada en la que las normas inferiores reciben su fundamento de otras superiores, hasta llegar la regla fundamental de cada ordenamiento (*Grundnorm*). La construcción kelseniana es meramente formal. Sostiene la unidad del orden jurídico separándose radicalmente de las doctrinas dualistas. Después de varios intentos, se inclinó por la tesis de la primacía del Derecho Internacional, considerando que la norma fundamental era la *pacta sunt Servanda*. (Los tratados deben ser observados). Ante críticas que recibió porque no explicaba la validez de la costumbre internacional, sostuvo que la costumbre se basaba en otra norma cual era la que declaraba que la costumbre es obligatoria

que explica directamente la validez del Derecho Internacional consuetudinario e, indirectamente, la del contenido de los tratados. Las demás normas se justifican por la norma fundamental, pero ésta siempre debe considerarse como una simple hipótesis por el jurista.

La teoría kelseniana es una teoría cuya dirección de análisis va de lo internacional a lo interno, Sostiene una postura monista con supremacía del Derecho Internacional. Su monismo se ve reflejado en la concepción de un sistema único de normas en el que no hay contradicciones en las mismas, ya que la penalización de un hecho ilícito no invalida la norma que lo prohíbe y por ende, no tienen cabida las posturas dualistas o pluralistas. No admite contradicción entre los diferentes sistemas normativos debido a que hay una determinación de una norma inferior por parte de una norma superior, lo que hace que la opción válida sea la de subordinación. Privilegia el Derecho Internacional puesto que lo equipara a la Comunidad Internacional que delimita los dominios de validez de los sistemas nacionales.

Para Kelsen, la inexistencia de órganos y tribunales centralizados es un argumento relevante para identificar el Derecho Internacional como un derecho primitivo con respecto al derecho estatal. La recurrencia a la violencia es una constante tanto en el derecho estatal como en el Derecho Internacional, dado que en ambos órdenes jurídicos el Estado cumple una función eminentemente coactiva para crear obligación con su contraparte. Aunque en el derecho estatal hay órganos centralizados que hacen explícita esta función, en el Derecho Internacional la guerra y la represalia son las fórmulas de sanción preferidas.

Por el lado de Kelsen, hay una asociación directa en lo que son las personas jurídicas en el derecho estatal ante el Estado y lo que son los Estados ante el Derecho Internacional.

El positivismo de Kelsen se inclina por privilegiar el Derecho Internacional sobre el derecho estatal con fines no solo metodológicos sino también éticos. Por ello defiende las normas universales que subsuman a las estatales y que eviten políticas expansionistas de un Estado. Kelsen promueve la primacía del Derecho Internacional y de la teoría pura del derecho como claves de la pacificación mundial.

Se afirma como un pensador cosmopolita al reivindicar la primacía del Derecho Internacional como método para desmontar la noción tradicional de soberanía estatal y para restringir el uso de la fuerza por parte de los Estados. Sus prescripciones hacia el pacifismo universal tienen también qué ver con la creación de instancias superiores en el

Derecho Internacional que, en concordancia con su visión de la moral, tengan como centro de referencia el individuo por encima de los Estados. En efecto, el autor austríaco expone como su propuesta principal la creación de un tribunal internacional dotado de jurisdicción obligatoria que dé forma a una organización mundial para el mantenimiento de la paz y que tenga como guía la doctrina de la *guerra justa* al prohibir la guerra de agresión. Una innovación de este tribunal que termina siendo visionaria con respecto al Derecho Internacional contemporáneo, es la de ampliar la responsabilidad penal, restringida exclusivamente a los Estados, para incluir a los individuos. Su influencia en el Derecho Internacional ha llegado con fuerza hasta nuestros días y jugó un papel muy importante en la creación de la ONU, y otras organizaciones que se hicieron realidad como la creación de la Corte Penal Internacional.

Su influencia en el Derecho Internacional ha llegado con fuerza hasta nuestros días y no puedo dejar de reconocer con orgullo que influyó decididamente en mi formación como profesor y académico en el Derecho Internacional.

En la actualidad estamos asistiendo a un renacimiento a las ideas kelsenianas y revalorando el enorme e inestimable aporte de Kelsen al Derecho en general, y, en particular, al Derecho Internacional Público.

En el presente trabajo no solo pretende resaltar la obra de Kelsen, sino hacer una suerte de comparación entre su pensamiento expresado principalmente en su obra Principios de Derecho Internacional Público y las actuales realidades del Derecho Internacional Público, demostrando la vigencia de su pensamiento en todo el contenido de nuestro derecho.

Se han seleccionado solo algunos temas considerados relevantes para conocer su pensamiento, tales como el concepto de Derecho Internacional Público, su fundamento, funciones y caracteres, fuentes, sujetos, el Estado, derechos fundamentales, reconocimiento, responsabilidad, responsabilidad, actos ilícitos, aplicación, sanciones y controversias internacionales.