

ARGUMENTOS DE DERECHO ROMANO EN EL ACTUAL DERECHO INTERNACIONAL: OCUPACIÓN Y PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA*

AUTOR: RANDALL LE SAFFER**

TRADUCCIÓN: SEBASTIÁN AXEL GREEN MARTÍNEZ***

Resumen: En su *Fuentes de Derecho Privado y Analogías con el Derecho Internacional* (1927), Hersch Lauterpacht afirmó que muchas reglas y conceptos del derecho internacional surgieron del derecho privado. También demostró que era una práctica común del arbitraje internacional buscar allí inspiración. Las normas de derecho privado que se habían hecho un lugar en el derecho internacional eran a menudo comunes a los sistemas de derecho de mayor reconocimiento. Muchas de ellas tuvieron su origen en el derecho privado romano. En este artículo se examina de que manera y como la Corte Internacional de Justicia ha hecho uso de normas de derecho romano y sus conceptos. Puede considerarse al rol del derecho romano en el derecho internacional de tres maneras. En primer lugar, como una fuente histórica directa durante el período formativo del derecho internacional moderno. En segundo lugar, como una fuente indirecta histórica debido a su efecto duradero en los grandes sistemas de derecho doméstico. En tercer lugar, aún podría ser considerada *ratio scripta*, la expresión de una ley intemporal y universal. A fin de examinar a través de cual de estos roles el derecho romano ha tocado a los ojos de la Corte Internacional de Justicia, el análisis se limita a dos ejemplos de analogías con el derecho privado: la ocupación de *terra nullius* y prescripción adquisitiva.

Palabras clave: orígenes del derecho internacional – derecho romano – arbitraje internacional – corte internacional de justicia.

Summary: In his *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927), Hersch Lauterpacht claimed that many rules and concepts of international law stemmed from private law. He also showed that it was common practice in international adjudication and arbitration to look for inspiration there. The rules of private law that

* Su texto original se encuentra disponible en: [<http://www.ejil.org/pdfs/16/1/289.pdf>].

** Profesor de historia del derecho (Tilburg University), profesor de derecho (Catholic University of Leuven).

*** Abogado (UBA); N. del T.: se ha respetado parcialmente la metodología de cita y referencia empleada por el autor en el original.

had found their way to international law were often common to the great municipal law systems. Many had their origins in Roman private law. This article examines whether and how the International Court of Justice has made use of Roman law rules and concepts. Roman law can be thought to fulfil its role as a source of inspiration for international law in three ways. First, it might have served as a direct historical source during the formative period of the modern law of nations. Second, it might have served as an indirect historical source because of its enduring impact on the great municipal law systems afterwards. Thirdly, it might still be considered *ratio scripta*, the expression of a timeless and universal law. For the purpose of examining which of these roles Roman law plays in the eyes of the ICJ, the analysis is restricted to two examples of private law analogies: occupation of *terra nullius* and acquisitive prescription.

Keyword: origins of international law – roman law – international arbitration – international court of justice.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de gentes no es más que el derecho privado en un sentido amplio. Se trata de la aplicación a comunidades políticas de las ideas jurídicas que originalmente se aplicaban a las relaciones entre los individuos.¹

Estas palabras de Thomas Holland fueron citadas por Hersch Lauterpacht (1897-1960) al inicio de su *Fuentes del Derecho Privado y Analogías con el Derecho Internacional*, publicado por primera vez en 1927.² En este libro, su tesis doctoral, Lauterpacht expuso que el derecho internacional, tanto práctica como teoría doctrinaria, en gran parte se basó en el derecho privado. Conceptos y normas de dicha rama del derecho que resultaron comunes a los principales sistemas internos (occidentales), se abrieron paso a través del derecho internacional público. Los tribunales internacionales y arbitrales han buscado inspiración en el derecho privado ante situaciones para las cuales el derecho internacional vigente no proporcionaba una solución satisfactoria y, como Lauterpacht reconociera, muchos de los conceptos entonces utilizados tienen sus raíces en el derecho romano.

Lauterpacht ha hecho una contribución fundamental al debate jurídico del derecho internacional. Al referirse al derecho privado ha intentado refutar la doctrina positivista del voluntarismo estatal. Así, mientras el positivismo y la soberanía del

1. H. E. HOLLAND, *Studies in International Law and Diplomacy* (1898), at 152.

2. H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law (With Special Reference to International Arbitration)* (1927).

Estado retrocedían, la teoría de Lauterpacht ganaba terreno. Pero si bien a partir de 1927 se ha dado un intenso debate académico sobre las analogías relativas a sistemas de derecho privado en general, el papel que desempeña el derecho romano en un contexto de derecho internacional ha sido poco discutido. La mayoría de los juristas del derecho internacional dan por sentado que muchas normas de derecho privado son derivaciones análogas del derecho romano. Si bien en algunos casos particulares las relaciones han sido expuestas, ha habido poca discusión sobre la función del derecho romano en el derecho internacional actual como fuente de inspiración. En otras palabras, sobre el valor argumentativo del derecho romano.³

El propósito de este artículo será evaluar el papel que los argumentos jurídicos provenientes del derecho romano cumplen en la práctica jurídica internacional actual. Para lograrlo, pondremos bajo examen a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (la "CIJ") posterior a 1945. Solo en una limitada cantidad de casos la CIJ ha aplicado derecho romano, los cuales serán analizados en profundidad. En su jurisprudencia puede observarse que las disputas fronterizas y territoriales ocupan un lugar de relevancia. En derecho internacional, tanto la adquisición territorial como la delimitación de las fronteras internacionales recurren a varias reglas que resultan ser derivaciones de derecho romano. Dos de esos ejemplos se expondrán en el presente artículo: la ocupación de *terra nullius* (Capítulo 4) y la prescripción adquisitiva (Capítulo 5). Nos limitaremos a analizar, exclusivamente, controversias territoriales.

Sin embargo, las diversas funciones que el derecho romano pueda llegar a tener en la formación y desarrollo del derecho internacional tienen que ser previamente definidas. En tanto muy pocas observaciones de relevancia se han sumado a la teoría de Lauterpacht, considero pertinente emplear su pensamiento como punto de partida. A tal fin, un estudio más amplio de la interacción histórica entre el derecho romano y el derecho internacional que el realizado por Lauterpacht será expuesto, el cual, a su vez, nos llevará a una mejor comprensión de sus opiniones sobre la aplicación de institutos de derecho romano (Capítulo 3). Antes de entrar en esta discusión, el pensamiento de Lauterpacht sobre las analogías con el derecho privado requiere ser aclarado por dos motivos: En primer lugar, sus referencias al derecho romano son breves y, en gran parte, implícitas. Por tal motivo, no puede ser analizado de manera aislada, sin su postura sobre los sistemas de derecho privado como contexto. En segundo lugar, en caso de considerar una valoración análoga del derecho privado tan relevante como Lauterpacht lo hiciera, o no, es sólo a través de dicha visión que el derecho romano adquiere participación en el actual derecho

3. Para un ejemplo reciente sobre un estudio respecto a los orígenes de derecho romano de un principio en particular (*uti possidetis*) véase: J. CASTELLINO y S. ALLEN, *Title to Territory in International Law: A Temporal Analysis* (2003).

internacional, resultando su función, en consecuencia, relevante para el abogado internacional contemporáneo.

II. FUENTES DE DERECHO PRIVADO Y ANALOGÍAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

De la lectura de *Fuentes del Derecho Privado y Analogías con el Derecho Internacional* se desprende un catálogo panorámico de conceptos y normas propias del derecho privado que han sido incorporadas al derecho internacional. El derecho de los tratados fue producto del derecho contractual. La adquisición de territorio encuentra sus orígenes en los institutos de derecho real. La responsabilidad de los Estados es similar a la responsabilidad civil, mientras que otros institutos, tales como la prescripción, el mandato, la servidumbre, la locación o los principios procesales básicos de derecho internacional son emanaciones del derecho romano y de los sistemas de derecho privado moderno.

Lauterpacht no se limitó a confeccionar una mera lista de analogías, sino que férreamente defendió y promovió su aplicación en derecho internacional. Para él, un giro hacia el derecho privado sería de utilidad a fin de refutar a la teoría voluntarista de finales del siglo XIX y principios del XX. Desde luego, no le resultó sorpresivo que la mayoría de los profesionales del derecho internacional rechazara que las analogías relativas al derecho privado tuvieran influencia alguna en el derecho internacional. La aplicación generalizada del derecho privado en la práctica jurídica internacional significaría un golpe en el corazón del baluarte positivista de dos maneras diferentes.

En primer lugar, tal práctica vendría a refutar al voluntarismo y a su afirmación de que los tratados y la costumbre eran las únicas fuentes existentes del derecho internacional. Sólo a través de su consentimiento (plasmado en tratados o costumbre) podían los Estados obligarse bajo derecho internacional. La referencia a normas y conceptos de derecho privado “posibilitaba la obligación de los Estados bajo normas que nunca habían recibido su consentimiento expreso”.⁴ Era común ver que especialistas de siglo XIX, según Lauterpacht, defiendan el voluntarismo. Sin embargo, si observamos más de cerca las obras de algunos de los principales “positivistas” como William Edward Hall (1835-1894), Lassa Oppenheim (1858-1919) y Franz von Liszt (1851-1919), se veía que ellos mismos evitaron abrazar de manera incondicional al credo positivista. Al final, los reclamos por soberanía absoluta no podían conducir a otro puerto que a negar el carácter vinculante del derecho internacional. Por lo tanto, doctrinarios como el propio maestro de Lauterpacht, Hans Kelsen (1881-1973) o como el mismo León Duguit (1859-1928), habían señalado

4. H. LAUTERPACHT, *Supra* nota 2, p. 44.

la necesidad de, por lo menos, contar con una regla básica objetiva de derecho internacional que garantizara su carácter vinculante y trascienda la voluntad soberana de los Estados. Además, muchos supuestos positivistas no habían sido capaces de plasmar en sus obras una negativa acabada respecto a la existencia de referencias al derecho privado, o al derecho en general.⁵

En segundo lugar, la aplicación de normas de derecho privado en el derecho internacional se enfrentó con “la concepción del Estado como una entidad de valor legal y moral absoluto”.⁶ De acuerdo con el credo positivista, los Estados difieren de las personas, fundamentalmente, en que tenían un derecho absoluto a la conservación. El carácter sagrado y, en palabras de Lauterpacht, “metafísico” de los Estados, provocó en ellos intereses y derechos de “una naturaleza superior”.⁷ Seguramente, el Estado no podría someterse a las reglas normales de las personas que vivían debajo de él. Lauterpacht reiteraba así su posición, según la cual esta postura había demostrado ser insostenible y carente de fundamentos en la tradición histórica del derecho internacional. La doctrina de la naturaleza especial de los Estados se situó en la base de la teoría dualista y, por lo tanto, de la exclusión de individuos de la esfera del derecho internacional. Pero en la práctica se había demostrado con creces que el dualismo nunca había existido realmente. Por otra parte, el “Estado” como concepto se originó a partir de la analogía del Estado con el individuo y la transferencia de los derechos (naturales) de los particulares al Estado. Lauterpacht cita a Hugo Grocio (1583-1645) al sostener que: “en lo que respecta al conjunto de la humanidad, los Estados tomaron el lugar de los particulares”.⁸

Las frecuentes referencias al derecho privado en la jurisprudencia internacional y en la práctica internacional de arbitraje, según Lauterpacht, ofreció pruebas de que el positivismo no otorgaba una transparencia precisa del derecho internacional contemporáneo. Según la visión de Lauterpacht, las analogías que se realizaban relativas al derecho privado estaban lejos de tener una función marginal en el derecho internacional. En 1927, Lauterpacht era un desconocido para el mundo del derecho internacional. Sin embargo, esto pronto cambió. Durante las siguientes tres décadas, se convirtió en uno de los doctrinarios más destacados e influyentes de esa rama del derecho.⁹ Actualmente, el pensamiento de Lauterpacht se destaca por

5. *Ibid.*, 43-59.

6. *Ibid.*, 43.

7. *Ibid.*, 74.

8. H. GROCIO, *Mare liberum* 5 (1609) (Trad. del Autor); véase también R. TRUCK, *The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grocio to Kant* (1999), 79-89. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, 72-87, nota 81 en referencia a Grocio.

9. De 1938 a 1956, Lauterpacht fue ‘Whewell Professor’ de derecho internacional, en Cambridge. A partir de 1956 hasta su muerte en 1960, se desempeñó como Juez de la Corte Internacional de Justicia.

su notable coherencia. Lejos de retractarse de lo que había proclamado en 1927, Lauterpacht pasó a construir su sistema de derecho internacional en virtud de esos mismos fundamentos.¹⁰

Un punto central del pensamiento de Lauterpacht es su rechazo del *non liquet*. Según Sir Hersch, este concepto ha sido introducido en derecho internacional por Emer de Vattel (1714-1767) y se había convertido en uno de los argumentos principales del positivismo. El *non liquet* implicaba que el derecho internacional como sistema jurídico estaba incompleto. Los Estados estaban sometidos únicamente al imperio de la ley en la medida en que ellos mismos habían dado su consentimiento a la existencia de una regla determinada. En consecuencia, no todos los conflictos entre Estados se podrían resolver mediante la aplicación del derecho. Por lo tanto, los tribunales internacionales y árbitros podían negarse a pronunciarse si el derecho se encontraba incompleto, carente de una solución a la controversia que se les presente.

A lo largo de sus numerosas publicaciones, Hersch Lauterpacht atacó duramente al *non liquet*, al llamarlo un exceso de la teoría positivista.¹¹ Aunque la doctrina del *non liquet* había reunido un amplio apoyo entre los estudiosos de derecho internacional del siglo XIX, no encontraba punto de apoyo en la práctica judicial. Ni debería haberlo tenido. Según Lauterpacht, el derecho internacional no difería del derecho doméstico. A medida que rechazaba a la teoría voluntarista y al carácter especial del Estado, se negó a aceptar la naturaleza incompleta del derecho internacional. Como era el caso de los sistemas municipales mas desarrollados, el derecho internacional era un sistema jurídico completo que proporciona soluciones jurídicas a todos los conflictos entre sus sujetos. No habría entonces, distinción alguna entre conflictos “jurídicos” y “políticos”.

Lauterpacht encontró sustento para afirmar que el derecho internacional no se encontraba incompleto en el art. 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia. Además de los tratados y el derecho consuetudinario, el art. 38 mencionaba los

GRAVESON, “Hersch Lauterpacht”, 10 *ICLQ* (1961) 1; E. LAUTERPACHT, “Sir Hersch Lauterpacht, 1897-1960”, 8 *EJIL* (1997) 313; MCNAIR, “Hersch Lauterpacht”, *Proceedings of the British Academy* (1961) 371.

10. Para un mayor análisis sobre el pensamiento de Lauterpacht véase también: JENKS, “Hersch Lauterpacht: The Scholar as a Prophet”, 36 *BYIL* (1960) 1; M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (2001), 353-412, este capítulo fue previamente publicado en 8 *EJIL* (1997) 215; SCOBIE, “The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht’s Concept of the International Judicial Function”, 8 *EJIL* (1997) 264; ROSENNE, “Sir Hersch Lauterpacht’s Concept of the Task of the International Judge”, 55 *AJ* (1961) 825.

11. H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community* (1933; 2° ed., 1973) y “Some Observations on the Prohibition of ‘Non Liquet’ and the Completeness of the Law”, en F. M. VAN ASBECK *et al.*, (eds.), *Symbolae Verzijl* (1958), 196.

“principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” como una de las fuentes de derecho internacional que la Corte debía aplicar. De este modo, los Estados signatarios habían rechazado expresamente al pilar fundamental de la teoría positivista: el voluntarismo absoluto. En palabras de Lauterpacht:

Hasta ahora, a lo que a la ciencia del derecho internacional se refiere, el art. 38 (3) había dado un golpe de muerte al positivismo en su manifestación más importante: Su teoría de fuentes de derecho a aplicar por los tribunales internacionales. Se negaba así al principio fundamental de la teoría positivista, según el cual la costumbre y los tratados eran las únicas fuentes sobre las que los jueces pueden ampararse para fallar.¹²

De acuerdo con la perspectiva de Lauterpacht, los principios generales tenían una doble función. En primer lugar, servían como una fuente subsidiaria de derecho para los casos en que la costumbre y los tratados resulten incompletos o insuficientes. Bajo tal carácter, los principios generales de derecho han sido el material con el cual se han rellenado las *lacunae* dejadas por el derecho positivo internacional y, así, han venido a garantizar la integridad de dicha rama del derecho.¹³ En segundo lugar, los principios generales sirvieron como el marco general en el que las normas específicas contenidas en las dos fuentes primarias de derecho internacional deberían ser leídas, interpretadas y comprendidas. Según Lauterpacht el art. 38 fue una cascada de fuentes con dirección en ambos sentidos. Si bien ya había aplicación subsidiaria en el derecho internacional, desde la aplicación de tratados a través de la costumbre internacional hasta los principios generales, esta última categoría ofrece un contexto general y universalmente válido para el derecho consuetudinario, el que a su vez constituyó el contexto en el que los tratados debían interpretarse. El derecho internacional positivo fue incrustado en los “principios generales del derecho”.¹⁴

Para Sir Hersch, estos “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” no eran más que los principios básicos y las características que los sistemas de las principales naciones del mundo compartían. Con esto se refería, en primer lugar, a los sistemas de derecho doméstico. Y como el derecho privado, de todas las ramas del derecho, resultaba la que tenía una mayor tradición y era la más desarrollada, los principios generales del art. 38 se refieren, primero que nada, a la herencia común de los sistemas jurídicos domésticos de derecho privado

12. H. LAUTERPACHT, “General Rules of the Law of Peace”, en E. LAUTERPACHT (ed.), *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht* (1970), v. I, 179, 242, publicado por primera vez en 62 *RCADI* (1937) 99.

13. H. LAUTERPACHT, “International Law: The General Part”, en E. LAUTERPACHT, *supra* nota 12, I, 68.

14. *Ibid.*, 86 y H. LAUTERPACHT, *supra* nota 12, 231 y 351.

(de occidente). En consecuencia, el Estatuto vino a legitimar la aplicación de analogías provenientes del derecho privado y a darles un papel esencial en el desarrollo de normas de derecho internacional.¹⁵ Bajo esta visión, el art. 38 también afirmó que, al igual que cualquier otra rama del derecho, el derecho internacional venía a formar solamente una parte del derecho en general, de la “experiencia jurídica de la humanidad”:

Las consideraciones precedentes explican la naturaleza de los “principios generales del Derecho”. A ellos se llega a través de una comparación, generalización y síntesis de las normas propias de las distintas ramas del derecho (privado y público, constitucional, administrativo y procesal) que resultan comunes a los diferentes sistemas legislativos domésticos. Dichas normas vienen a constituir, en sentido amplio, al moderno *jus gentium*. Desde esta perspectiva, no son más que una formulación moderna del derecho natural, el cual desempeñó un papel decisivo en el período de formación del derecho internacional y en el cual, a su vez, subyace una gran parte de su desarrollo posterior. No hay garantía alguna de que el derecho natural sea una mera especulación que haya venido a dar forma jurídica al pensamiento deductivo tanto sobre ética como sobre teología. Principalmente, se trataba de una generalización de la experiencia jurídica de la humanidad.¹⁶

El derecho internacional no era fundamentalmente diferente de los demás sistemas jurídicos. Sus deficiencias como sistema de derecho, en tanto que, aparentemente, a menudo no lograra proveer una normativa para resolver un caso específico y/o su carácter vinculante, el cual todavía estaba en disputa, no tenía nada que ver con su carácter excepcional como sostenían los positivistas, sino con el hecho de que se encontraba poco desarrollado. Al referirse al derecho privado y al apoyarse en analogías con dicha rama, los especialistas en derecho internacional expusieron que “la experiencia jurídica de la humanidad” tenía más que ofrecer en el desarrollo de su campo. Para Lauterpacht no había otra alternativa:

¿Abdicaría el derecho internacional, al negarse a admitir sus imperfecciones presentes, elevándolas a la autoridad de manifestaciones legítimas y permanentes de un derecho “específico”, de la tarea de desarrollarse a sí mismo por encima del nivel de un sistema derecho primitivo de una comunidad primitiva?¹⁷

15. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, p. viii.

16. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 13, 74-75.

17. H. LAUTERPACHT, *The Function of Law*, *supra* nota 11, 431.

La doctrina dejada por Lauterpacht significó un grave problema para la corriente positivista. Tocó dos puntos muy polémicos del derecho internacional contemporáneo: la interpretación de los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” y el *non liquet*. Especialistas soviéticos han negado al art. 38 (3) para luego indicar que no reconocerían a una fuente de derecho que no sea un tratado o costumbre.¹⁸ Otros especialistas, como el italiano Dionisio Anzilotti, entendieron que los “principios generales”, constituirían, primero que nada, como principios de derecho internacional.¹⁹ Ambos grupos rechazaron una interpretación que asocie al derecho internacional con el derecho en general. En realidad, la Corte de La Haya muy rara vez invoca al art. 38 (3), ahora art. 38 (1) (c).²⁰ Sin embargo, con el tiempo, la mayoría de los especialistas del siglo XX ha llegado a aceptar que “los principios generales del derecho” incluyen principios derivados de los distintos sistemas de derecho doméstico.²¹ El fuerte rechazo que generaba en Lauterpacht la doctrina del *non liquet* no ha quedado sin respuesta tampoco: Julius Stone publicó un artículo refutando la posición de Lauterpacht.²² Dicho esto, cabe mencionar que la cuestión no se ha resuelto de manera concluyente.²³

18. G. TUNKINS, *Theory of International Law* (traducción de W. E. Butler, 1974), 190-203.

19. D. ANZILOTTI, *Cours de droit international* (traducción. G. Gidel, 1929), v. I, 117-118.

20. FITZMAURICE, “The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law”, 27 *BYBIL* (1950) 1; THIRLWAY, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989”, 61 *BYBIL* (1990) 1, 110-111.

21. AKEHURST, “Equity and General Principles of Law”, 25 *ICLQ* (1976) 801; B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1987); C. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public* (4º ed., 1970), 412; FRIEDMANN, “The Use of “General Principles” in the Development of International Law” en L. GROSS (ed.), *International Law in the Twentieth Century* (1969), 246; P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public* (1967), v. I, 295; G. HERCZEGH, *General Principles of Law and the International Legal Order* (1969); MCNAIR, “The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations”, 33 *BYBIL* (1957) 1; SÖRENSEN, “Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées”, 101 *RCADI* (1960) 16; G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals* (3º ed., 1957), i, 43; WALDOCK, “The Common Law of the International Community – General Principles of Law”, 106 *RCADI* (1962) 54. Para mayor material respecto a la discusión existente sobre las distintas interpretaciones imperantes sobre los “principios generales” véase: LAMMERS, “General Principles of Law Recognized by Civilized Nations” en F. KALSHOVEN (ed.), *Essays on the Development of the International Legal Order* (1980), 53; THIRLWAY, *supra* nota 20, 116; VITANYI, “Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées””, 86 *RGDIP* (1982) 48.

22. STONE, “Non Liqueur and the Function of Law in the International Controversy”, 35 *BYBIL* (1959) 124.

23. SCOBIE, *supra* nota 10, 274-276 y 285-288. Sobre *non liquet* véase: FITZMAURICE, “The Problem of Non Liqueur: Prolegomena to a Restatement” en R. AGO *et al.* (eds.), *Mélanges offerts à Charles Rousseau* (1974), 89; TAMMELO, “Logical Aspects of the Non Liqueur Controversy in International Law”, 5 *Rechtsstheorie* (1974) 1; J. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective* (1968), i, 47; WEIL, “The Court Cannot Conclude Definitively...? *Non Liqueur* Revisited”, 36 *Columbia J Transnat'l L* (1997) 109.

En dos puntos, la teoría de Lauterpacht ha tenido una amplia aceptación. En primer lugar, y aunque muchos juristas no la aceptan, la conexión entre la analogía con el derecho privado, los principios generales y el *non liquet*, y la afirmación de que son una característica común del derecho internacional, rara vez encuentra oposición. Implícitamente, la mayoría de los juristas especialistas en derecho internacional aceptan la visión de Lauterpacht sobre la existencia de analogías con el derecho privado como una declaración descriptiva. En segundo lugar, como demuestra la jurisprudencia de la CIJ, no es necesario utilizar con eficacia el puente entre el derecho internacional y los sistemas domésticos de derecho privado que el art. 38 (1) (c) ofrece para superar la brecha existente entre ellos. Uno sólo tiene que aceptar que el uso de analogías con el derecho privado es tolerado por el art. 38. Esto en sí mismo es suficiente para reivindicar la afirmación más fundamental de Lauterpacht: el derecho internacional es sólo otra parte de la “experiencia común de la humanidad”.

III. LA TRIPLE FUNCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La interpretación que Lauterpacht realizaba sobre los “principios generales del derecho” y sus relaciones con la prohibición del *non liquet* no fue el único argumento que utilizó para defender las analogías con el derecho privado. De una manera menos explícita, Lauterpacht también fortaleció su posición a través del análisis de hechos históricos. Al discutir sobre los principios generales como derivaciones del derecho privado, Lauterpacht se refería a los sistemas de derecho doméstico. Pero su visión también incluía la inspiración que éste halló en el derecho romano.

Para él, esto era natural. Ya en el prefacio de su tesis doctoral, Lauterpacht más de una vez añadió “y el derecho romano” a “el derecho privado” sin hacer ningún tipo de aclaración por ello.²⁴ A lo largo del libro hay más casos de la forma evidente en que el autor asocia al derecho romano con los principios generales y normas comunes de derecho privado. Después de todo, Lauterpacht había recibido su educación legal en Viena, ciudad en la que predominaba la escuela jurídica alemana. En esta tradición, el derecho romano ocupaba un lugar de honor en el estudio de la rama del derecho privado, incluso hasta después de la codificación del derecho civil en 1899.²⁵

24. Por ejemplo “El estudiante que se dedica enteramente al campo de la aplicación del derecho privado (y romano)...”: H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, p.vii; “Respecto de esas instancias, pueden agregarse casos a los trabajos doctrinarios originalmente creados en contacto con derecho romano y privado, subsiguientemente desarrollado...”: *ibid.*, p. 6.R.

25. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law* (2001), 53.

Pero las referencias que Lauterpacht realizó respecto al derecho romano fueron más allá de las demás asociaciones. El argumento del derecho romano ha servido de fundamento a la teoría de Lauterpacht sobre las analogías con el derecho privado de tres maneras: En primer lugar, al hacer referencia al derecho romano, Lauterpacht había sugerido que la actual dependencia del derecho internacional del derecho privado era parte de una tradición de larga data. En segundo, la toma de inspiración del derecho privado fue justificada al conectarlos con los principios generales del art. 38 del Estatuto. El hecho de que muchas analogías con el derecho privado compartan una fuente en común en el derecho romano ha ayudado a mantener ese vínculo. En tercer lugar, el derecho romano ofrecía una alternativa a la dependencia imperante del derecho natural, entendiendo a este como una “mera especulación que vino a dar forma jurídica al pensamiento deductivo propio de la teología y la ética”. Las características comunes no debían explicarse en el terreno movedizo de los preceptos morales del derecho natural, sino que, o podían ser vistas como el resultado de los hitos históricos que los sistemas de derecho positivo imperantes en Occidente tenían en común, o en términos de “derecho natural”, como fuera definido por Lauterpacht: la “generalización de la experiencia jurídica de la humanidad”.

Pero ¿de qué manera desempeñaría o ha desempeñado el derecho romano un papel en la formación del derecho internacional? A pesar de que las observaciones realizadas por Lauterpacht sobre la cuestión fueron breves y superficiales, es posible distinguir el punto de vista de su teoría general de analogías con el derecho privado. Al analizar los textos, puede decirse que tres funciones diferentes del derecho romano salen a la luz.²⁶

En primer lugar, Lauterpacht reconoció que el derecho romano había desempeñado un papel fundamental durante el período de formación del derecho internacional (siglos XVI-XVII), e incluso durante el siglo XVIII. Los grandes autores de derecho internacional, como Albericus Gentilis (1552-1608), Hugo Grocio (1583-1645), Richard Zouche (1590-1661) e incluso los “positivistas” Cornelius van Bynkershoek (1673-1743) habían hecho un amplio uso de “analogías de derecho privado” derivado del derecho romano en la articulación del emergente derecho internacional.²⁷ Al respecto, el derecho (privado) romano sirve como una fuente histórica directa para el derecho internacional actual. Y las analogías realizadas en la actualidad respecto a sistemas de derecho privado modernos fueron, simplemente,

26. LESAFFER, “*The Scholar as a Judge: Romeins recht en algemene beginselen van privaatrecht bij sir Hersch Lauterpacht (1897-1960)*”, en E. J. BROERS y B. VAN KLINK (eds.), *De rechter als rechtsvormer* (2001), 65, 78.

27. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, 8. También, véanse comentarios mas detallados en la nueva versión del libro que Lauterpacht estaba preparando antes de morir, publicado por E. LAUTERPACHT, *International Law* (1973), ii, 173, 184.

la continuación de las analogías realizadas con anterioridad respecto al derecho romano (siglos XVI y principios de XVII) y al derecho natural (finales de los siglos XVII-XVIII/XIX).

En segundo lugar, para Lauterpacht el derecho romano era el núcleo común de los sistemas de derecho civil de los derechos internos. Aunque su influencia en el Derecho Inglés había sido ciertamente pequeña, no era inexistente. A través de la aplicación del instituto de la equidad, en las cortes eclesiásticas y en los tribunales del almirantazgo el derecho romano encontró un punto de apoyo en la tradición jurídica inglesa. Por su parte, el internacionalista austro-británico no era de los que subestiman las diferencias entre el derecho continental y el “Common Law”. Él rechazó expresamente la idea de que esas diferencias hayan llevado a una diversificación del derecho internacional.²⁸ En la medida en que las características comunes a los principales sistemas de derecho privado de occidente servían de origen de las normas del derecho internacional, el derecho romano, una vez más, salía a la luz como la fuente histórica de la que había fluido. Además de un impacto histórico directo, el derecho romano también ha tenido un papel indirecto en el desarrollo histórico del derecho internacional. Así que, incluso cuando el auge del derecho romano en la ciencia jurídica había terminado después del año 1700, continuó siendo un punto de referencia.

En tercer lugar, Lauterpacht señaló que algunos especialistas del siglo XIX y algunos contemporáneos, especialmente de los países del common law, se han referido directamente al derecho romano como *ratio scripta*, o en otras palabras, la razón de la cosa. Para estos autores el derecho romano, por definición, parecía encarnar los principios generales del derecho. Las normas y conceptos propios del derecho romano fueron considerados como una prueba absoluta de lo que era común a los sistemas jurídicos de los diferentes Estados, pudiendo ser invocados para la redacción de nuevas normas de derecho internacional.²⁹ Ejemplos de ello también podrían ser extraídos del arbitraje internacional.³⁰ Lauterpacht sugirió que el derecho romano aun inspira, de manera directa, a nuevas analogías entre el derecho privado y el derecho internacional. Era consciente de que este postulado que posiciona al derecho romano como *ratio scripta* era similar a uno presentado por abogados naturalistas de siglos XVII y XVIII. Explicó que la alta calificación otorgada al derecho romano por los escritores anglo-americanos se daba por el hecho de que ellos, “si bien siguieron de cerca la práctica de los Estados, nunca perdieron de

28. H. LAUTERPACHT, “The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law”, 12 *BYBIL* (1931) 31.

29. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, 25 y 176.

30. H. LAUTERPACHT citaba el caso “Venezuelan Preferential Arbitration” de 1903.

vista lo que puede llamarse la base del derecho natural del derecho internacional”.³¹ Y aun cuando todas las afirmaciones en sentido contrario fueron hechas por esos mismos autores o, posteriormente, por historiadores, los especialistas en derecho internacional y/o en derecho natural de los siglos XVII y XVIII fueron incapaces de desechar al derecho romano en virtud del “derecho natural”, en tanto, en gran medida, éste último no era otra cosa que derecho romano. Otra explicación, que no fuera proveída por Lauterpacht, fue que el derecho romano tenía un impacto menor sobre las normas de derecho privado de ordenamientos jurídicos del “Common Law” que de aquellas de los países que hubieran adoptado un sistema de derecho continental. En consecuencia, el derecho romano era más fácilmente aceptado como una fuente autónoma de inspiración para las normas de derecho internacional.

Lauterpacht se mostró crítico respecto de esta postura angloamericana. Para él, las normas de derecho privado sólo podían ser invocadas como prueba de los “principios generales del derecho” en la medida en que sean verdaderamente “generales”. Para ello era necesario que dichas normas hayan sido “universalmente adoptadas”, lo cual poseía mayor peso que el concepto de “justicia jurídica”. Por normas “universales” entendió que serían aquellas recogidas por “los principales sistemas domésticos de derecho privado”.³² No había razón alguna para no aplicar a las normas de derecho romano esta “prueba práctica”:

Tampoco existe ninguna razón convincente que permita sostener que el derecho civil romano constituye una excepción al principio según el cual las normas y aspectos técnicos de sistemas domésticos de derecho privado no deban emplearse a los fines de la construcción e interpretación de los tratados.³³

Si bien breves e implícitos, los atinados comentarios de Lauterpacht gozaban de una triple función del derecho romano en el derecho internacional. Como hipótesis de trabajo procederemos a adoptar sus puntos de vista sobre este triple rol del derecho romano. Sin embargo, estimamos conveniente profundizar un poco más en la historia de la interacción entre el derecho romano y el derecho internacional.

Aunque Lauterpacht dedicó un amplio capítulo de su libro a los juristas históricos del derecho internacional, no era su objetivo exponer un desarrollo histórico de la aplicación del derecho privado romano en el moderno derecho de gentes, sino sólo exponerlo y justificarlo. Su objetivo era demostrar que existía una larga tradición respecto al uso de analogías provenientes del derecho privado. Su análisis abarcó el periodo de Estados soberanos para luego retrotraerse hasta el periodo de

31. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 27, 201, nota 1.

32. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, 177.

33. *Ibid.*, 178.

formación del derecho internacional. Con ello demostró que las analogías con el derecho privado no tenían una función marginal en el derecho internacional. Pero al no analizar la relación histórica entre el derecho romano y el derecho internacional ¿pudo Lauterpacht evitar la cuestión, que estimamos resulta crucial para la comprensión de esa relación, sobre lo que ha de entenderse por “derecho romano”?

Lauterpacht ofreció dos explicaciones para la utilización del derecho romano en el derecho internacional. En primer lugar, analogías con derecho privado, y por lo tanto romano, eran naturales durante el período formativo del derecho internacional debido a “la concepción patrimonial del Estado”.³⁴ Hasta el siglo XVI, el Estado era considerado como el patrimonio privado del príncipe y no había todavía una estricta distinción entre derecho privado y público. Por lo tanto, las normas de derecho privado se hicieron un lugar en las negociaciones entre Estados que fueran hechas entre los príncipes. De hecho, durante la Baja Edad Media, siglo XVI y principios del XVII, los tratados no eran fundamentalmente diferentes de los contratos de derecho privado. Recién los grandes clásicos “del derecho internacional” en el siglo XVII comenzaron a desarrollar una doctrina autónoma relativa al derecho de los tratados.³⁵

Pero la concepción patrimonial del Estado ofrece sólo una parte de la solución. Como comentara Lauterpacht, esta explicación histórica fue apoyada con entusiasmo por positivistas del derecho internacional, ya que les servía para corroborar su rechazo a las analogías con el derecho privado. Luego, como la concepción patrimonial del Estado devino obsoleta, las analogías con las normas de derecho privado también, o al menos deberían haberlo hecho.³⁶ Había otro fundamento relativo a la importancia histórica del derecho romano que Lauterpacht insinuó cuando escribió que “[e]n la Edad Media el Derecho Romano fue, en gran medida, coincidente con el derecho en general”.³⁷ Aunque la gran mayoría de historiadores del derecho encontraría a esta frase demasiado atrevida e irrespetuosa con el papel desempeñado por ordenamientos tales como el canónico, el feudal y el consuetudinario, lo cierto es que resulta de relevancia en la cuestión que nos ocupa. De hecho, Lauterpacht se refiere a una realidad histórica muy descuidada por historiadores del derecho

34. *Ibid.*, pp. vii. 37 y 91.

35. W. G. GREWE, *The Epochs of International Law* (Trad. de M. Byers, 2000), 90 y 196-198; LESABER, “The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law”, 2 *J. Hist. Int’l L* (2000) 178, 185, y “An Early treatise on Peace Treaties: Petrus Gudelinus between Roman Law and Modern Practice”, 23 *J Legal Hist* (2002) 221, 224; K. H. ZIEGLER, *Volkerrechtsgeschichte* (1994), 155.

36. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, pp.vii-viii.

37. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 27, 185.

internacional: el de la continuidad entre la doctrina medieval del *ius commune* y los albores del moderno derecho internacional.³⁸

Para entender el impacto del derecho romano sobre el moderno derecho internacional durante su “período formativo” (siglos XVI-XVII) es fundamental comprender su importancia durante la baja edad media.³⁹ A partir del siglo XI, una nueva ciencia del derecho se desarrolló en el occidente latino. El redescubrimiento de los textos de Justiniano y la construcción del derecho canónico clásico fueron los dos ingredientes para la creación de esta nueva ciencia jurídica europea. El derecho aprendido, el *ius commune*, del cual había surgido para el siglo XIV, no sólo tenía dos partes, sino que en muchos aspectos se forjó de la fusión de ambos. Desde la Baja Edad Media hasta el siglo XVII la ciencia jurídica era sinónimo de *ius commune*. A pesar de que en gran medida sigue siendo un derecho aprendido y de que no se aplicó por la gran mayoría de los tribunales seculares en Europa, tuvo un enorme impacto en el desarrollo de la práctica jurídica. El *ius commune* era escolástico. Como tal, sus fuentes gozaban de autoridad e inspiraron a un ideal común de derecho que se cernía sobre los cientos de sistemas jurídicos que existen y se aplican en todo Occidente. Fue el faro que señaló la dirección en la que una gran cantidad de barcos jurídicos habrían de dirigirse.⁴⁰

Lo que resultaba válido para las normas que regían las relaciones entre particulares, era válido para aquellas que regían las relaciones entre los príncipes, repúblicas y similares. Durante la Edad Media nunca hubo una doctrina de carácter autónomo o literatura sobre las relaciones entre gobernantes. Pero muchos abogados, entre ellos el gran Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) y Baldus de Ubaldis (c. 1327-1400), trataron temas que hoy serían clasificados como asuntos de derecho internacional. Las relaciones entre los príncipes y las repúblicas estaban tan sujetas al *ius commune* como todos los demás ámbitos del derecho. Después de todo, los juristas medievales no tenían necesidad de tratar al “derecho de las naciones” como algo distinto del derecho en general. No había aún ningún “Estado” que reclamara un carácter especial, soberanía absoluta y/o control exclusivo sobre su territorio, a

38. LESaffer, “The Grotian Tradition Revisited: Change and Continuity in the History of International Law”, 73 *BYIL* (2002) 103.

39. La más importante publicación al respecto durante mucho tiempo: ZIEGLER, “Die römische Grundlagen des europäischen Privatrechts”, 4 *Ius Commune* (1972) 1; ahora vease también: C. BALDUS, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen* (2 vols., 1998) y, ZIEGLER, “The Influence of Medieval Roman Law on Peace Treaties”, en R. LESaffer (ed.), *Peace Treaties and International Law in European History* (2004), 147. Por un estudio general de la función de los principios generales en la historia del derecho internacional vease BATTAGLINI, “Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto” en *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago* (1987), i, 97.

40. Respecto a doctrina escolástica, véase: M. BELLOMO, *The Common Legal Past of Europe 1000 - 1800* (1995).

fin de excluir a otras entidades y personas privadas del escenario de las relaciones internacionales.⁴¹

En cuanto a la aplicación de conceptos, normas e institutos de derecho privado en las relaciones entre príncipes, los juristas medievales fueron ayudados por la confusión existente en torno al concepto romano de *ius gentium*. Originalmente este término hacía referencia a un sistema “universal” de derecho privado que el *praetor peregrinus* (el magistrado republicano que tenía jurisdicción sobre los extranjeros en Roma) había desarrollado. Recién a partir del período post-clásico (después del año 250) se consideró incluir las cuestiones de lo que hoy podríamos llamar “derecho internacional público”.⁴² Aunque el *ius gentium* romano fue un sistema de derecho positivo, también había tradición de asociarlo al derecho natural.⁴³ Después de que todos los habitantes libres del Imperio Romano se convirtieron en ciudadanos en el año 212 DC, la distinción entre *ius civile* y *ius gentium* perdió su importancia práctica y los dos sistemas se hicieron cada vez más entremezclados.

Debe, sin embargo, ponerse de relieve que casi no se puede evaluar el impacto de la doctrina del derecho continental medieval sin tener en cuenta aquel del derecho canónico. La mayoría de los aspectos de las relaciones internacionales recurrían a ambos argumentos, tanto de derecho canónico y como de derecho romano, los cuales se entrelazan indisolublemente. Además, el impacto del derecho canónico fue más directo. Especialistas de derecho canónico más frecuentemente trataron temas pertinentes al derecho de gentes que lo que el derecho romano lo había hecho.⁴⁴ El derecho canónico había tenido un impacto mayor, básicamente, porque era el derecho aplicado por los tribunales eclesiásticos, los cuales –*ratione peccati*– poseían competencia en muchas disputas entre gobernantes y otros cuerpos políticos.

En resumen, durante la Baja Edad Media, el derecho de gentes no estaba inspirado por el *ius commune*, sino que era una parte del mismo. El siglo XVI trajo un cambio radical a todo ello. El surgimiento de poderosos complejos de poder dinástico, los descubrimientos del Nuevo Mundo y la Reforma Protestante desafiaron el viejo orden jurídico europeo. Para 1550, el derecho canónico y la jurisdicción papal habían perdido su fundamento en, aproximadamente, medio occidente. De repente, el mayor puente entre el *ius commune* y la práctica jurídica internacional se derrumbó.

41. LESAFFER, “Charles V, *monarchia universalis*, and the Law of Nations (1515-1530)”, 71 *Legal Hist Rev* (2003) 79.

42. Esta confusión y evolución en los términos fue utilizada recientemente para explicar la transición de normas de derecho privado al derecho de las naciones por WINKEL, “The Peace Treaties of Westphalia as an Instance for the Reception of Roman Law”, en LESAFFER, *supra* nota 39, 222 y por CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3.

43. GAYO Inst. 1.1; Inst. 1.2.1; Dig. 1.1.9.

44. MULDOON, “The Contribution of the Medieval Canon Lawyers to the Formation of International Law”,

El siglo XVI también vio el surgimiento de una nueva doctrina: el humanismo. Los humanistas no consideraron que la compilación de Justiniano sea la encarnación de una verdad absoluta y eterna como los escolásticos medievales pensaban. Ellos lo tomaban como lo que era: una colección de textos realizados por el hombre, que resultaba de un contexto histórico específico. No pensaban obtener una verdad absoluta de los libros de Justiniano, sino interpretarlos a partir de su significado original y en su contexto histórico. El derecho romano era considerado la encarnación más perfecta de la razón y de la justicia que alguna vez haya existido. Pero el derecho romano había perdido su autoridad absoluta y eterna, y, en consecuencia, no debía, como sucedió, ser aplicado por más tiempo a los problemas actuales. La legislación y la práctica jurídica contemporáneas fueron formadas basadas en su ejemplo; de esta forma, los juristas emularon al derecho romano.⁴⁵ Este enfoque humanista se aprecia en las obras de los primeros escritores que, desde alrededor de 1600, comenzaron a desarrollar una doctrina autónoma del derecho de las naciones. Gentilis y Grocio son sólo los nombres más famosos entre las generaciones de juristas y profesionales que a partir del siglo XVII trataron de liberar al *ius gentium* del *ius commune* y formarlo como una disciplina independiente. Pero para moldear la abundante masa de costumbre, tratados y normas en un marco sistemático y científico, no tuvieron otra opción que volver la única ciencia jurídica pre-existente, el *ius commune*. En primer lugar, se refirieron a los escritos de juristas medievales que, como tales, habían obtenido una formación que concebía al *ius gentium* dentro del *ius commune*. En segundo lugar, a la hora de crear nuevas normas y conceptos de derecho de gentes, a menudo recurrieron a institutos de derecho privado romano (una interpretación humanista del derecho romano clásico) como fuente de inspiración y comenzaron a usar analogías de derecho privado. La ecuación de Grocio sobre la personalidad del Estado, relacionada con la del hombre en la naturaleza (aprobada por Thomas Hobbes (1588-1679)) se convirtió en un poderoso mito. Con el tiempo, los escritores del moderno derecho de las naciones, así como sus homólogos del derecho civil, se hicieron más críticos respecto a la aplicación del derecho romano, y comenzaron a encontrar casos y situaciones en las que el derecho romano no proporcionaba la solución más razonable o más justa. Un nuevo criterio para la aplicación o no de derecho romano surgió: la razón. Aunque el derecho romano había demostrado con frecuencia abarcarla, no siempre lo lograba.

Aunque el derecho canónico había perdido su autoridad secular y los humanistas pretendían volver al derecho romano original, no pudieron deshacer la evolución a la que el derecho romano había sido sometido durante la Edad Media,

45. KELLEY, "Civil Science in the Renaissance: Jurisprudence in the French Manner", 2 *J Hist of Ideas* (1981) 261; G. KISCH, *Studien zur humanistischen Jurisprudenz* (1972), at 19; SCHOECK, "Humanism and Jurisprudence", en A. RABIL (ed.), *Renaissance Humanism: Foundations, Forms and Legacy* (1988), iii, 310.

ni podían deshacer la influencia del derecho canónico. La fusión entre el derecho romano y el derecho canónico en la doctrina medieval había, sobre todo, servido para liberar al derecho romano de sus aspectos técnico-casuísticos al incrustarlos en los preceptos y principios generales, los cuales se desprendían de la teología moral y del mismo derecho canónico. A pesar de todo, si bien algunos humanistas intentaban restablecer el sentido original de ciertas instituciones y conceptos, no pueden borrarse de la memoria doctrinas como el consensualismo en el Derecho contractual (*pacta sunt servanda*)⁴⁶ o la responsabilidad por daños. Estas ideas, que primero se desarrollaron en el derecho canónico, ya alcanzaron la condición de derecho natural. En otras palabras, el derecho romano era considerado como la fuente principal de la “razón de...”, incluso, para muchos de los “clásicos del derecho internacional” como indicara Lauterpacht,⁴⁷ del derecho natural. Cuando Lauterpacht se refería al “derecho romano”, a menudo se refería al derecho medieval romano en su estrecha vinculación con el derecho canónico. Adicionalmente, la evolución del derecho romano no se había detenido allí. En Alemania se había seguido la práctica, de la mano de abogados naturalistas, de extraer porciones de derecho romano en la forma de institutos y de normas individuales, para utilizarlos como cimientos para la construcción de su propio sistema contemporáneo de derecho (privado), el cual poco tenía en común con el derecho romano clásico.

A partir de estas ideas en el papel histórico del derecho romano, podemos afinar los puntos de vista de Lauterpacht sobre las tres posibles funciones del derecho romano en la práctica jurídica actual. Desde los escritos de Lauterpacht, tres funciones diferentes del derecho romano se pueden distinguir: el derecho romano como fuente histórica directa del derecho internacional, el derecho romano como una fuente histórica indirecta y el derecho romano como *ratio scripta*, inspirando a nuevas analogías de derecho privado en el derecho internacional contemporáneo. Tenemos que agregar algunas observaciones respecto a las dos primeras funciones. Este ajuste fino del enfoque realizado por Lauterpacht supone, principalmente, tener en cuenta que el contenido del concepto de “derecho romano” resulta cambiante.

En primer lugar, el derecho privado romano ha desempeñado de manera directa un papel histórico en el desarrollo del derecho de gentes. Pero este papel, durante el período formativo de dicha rama del derecho (siglos XVI a XVII), como Lauterpacht declaró, no fue el único. Su influencia data ya del siglo XI. La influencia directa del derecho romano fue sin duda en la segunda mitad del siglo XVII. Para una mejor comprensión de lo que consistió ese derecho “romano”, cuál fue su significado exacto en la «fecha crítica» y su impacto sobre el derecho de las naciones es conveniente realizar una interpretación histórica o incluso contemporánea

46. X. 1.35.1: “Universi dixerunt, pax servetur pacta custodiantur”.

47. H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, 12.

del derecho internacional. Por lo tanto, como se ha indicado anteriormente, hay que aclarar qué se entiende bajo el concepto de derecho romano. ¿Es el derecho clásico, el de Justiniano –lo cual sólo es probable para el período del humanismo, de los siglos XVI y XVII– o es el derecho romano como parte del *ius commune* medieval? Y si esto último fuera cierto ¿Hubiera el “derecho romano” evitado realizar referencias al derecho canónico?

En segundo lugar, las posteriores analogías con el derecho privado que se realizaran durante los siglos XVIII, XIX o incluso XX que han servido a la formación del derecho internacional, a menudo hacen referencia a elementos que originalmente fueron sacados del derecho romano. Una vez más, será relevante saber si el derecho romano es derecho clásico, el de Justiniano o *ius commune* medieval, o si sólo se refiere a algunos restos que han sido recogidos por la supuesta ciencia jurídica “romana” del siglo XIX conocida como Pandect-Ciencia.

IV. OCUPACIÓN DE *TERRA NULLIUS*

Ahora vamos a virar nuestra atención al uso de argumentos provenientes del derecho romano por la CIJ desde 1945. No es nuestro propósito catalogar todas las referencias al derecho romano que podrían recogerse en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte. Este esfuerzo no sería imposible, pero su resultado sería decepcionante. En ningún momento la CIJ expresamente justificó el uso de una norma por el solo hecho de que ésta derivase del derecho romano. Algunos de los jueces en sus votos particulares, sin embargo, lo han hecho, entre los cuales se destaca al juez Federico De Castro, quien sirvió en la Corte en la década de 1970. De esta manera, rara vez la corte apela a una analogía con el derecho privado a fin de introducir un nuevo concepto o regla.⁴⁸ Por otra parte, el Tribunal a menudo aplica normas y conceptos del derecho privado, los cuales en el pasado fueron receptados por el derecho internacional. Además, a menudo utiliza los principios generales del Derecho, sin referirse expresamente al art. 38 (1) (c) del Estatuto de la Corte o a sus orígenes de derecho privado.⁴⁹ Muchos de ellos se remontan, aunque sea en parte, al derecho romano. Enumerarlos sería emprender la misma tarea que Lauterpacht en la década de 1920 y daría lugar a un resultado similar.⁵⁰ Por otra parte, realizar tal inventario nos enseñaría poco sobre el uso y la función del derecho romano, aparte

48. THIRLWAY, *supra* nota 20, 127.

49. *Ibid.*, 121.

50. FITZMAURICE, *supra* nota 20, 29 (1952), 30 (1953) 1, 32 (1955-1956) 203, y 33 (1957) 203; THIRLWAY, *supra* nota 20, 60 (1989) 1, 61 (1990) 1, 63 (1992) 1, y 66 (1995) 1.

de que el derecho internacional adoptó normas de derecho privado, muchas de las que tienen una base en el derecho romano.

Según la doctrina, hay cinco modos tradicionales de adquisición de territorio en el derecho internacional: cesión, ocupación, acumulación, conquista y prescripción.⁵¹ Estos cinco modos son todos derivados del derecho privado en general y tienen sus raíces en la época del derecho romano.⁵² Se ha dicho que en la mayoría de los casos los distintos modos de adquisición no pueden ser aislados y separados unos de otros y que la mayoría de los títulos son compuestos. Sin embargo, como el presente trabajo no se plantea estudiar el derecho de la adquisición de territorio en el derecho internacional, vamos a tratar las dos cuestiones que nos ocupan, al menos en la medida de lo posible.

Robert Jennings define a la ocupación como “la apropiación por parte de un Estado de un territorio que en ese momento no está sujeto a la soberanía de ningún Estado”. Según él, esto no implica que (en los días de la colonización, cuando la ocupación se invocaba) el territorio haya estado deshabitado: “Los nativos que vivían bajo una organización tribal no se consideraban como a un Estado”. Reconoció que esta actitud, que surgió a partir del siglo XIX, “podría producir un poco de vergüenza ahora”. Debido a que el mundo entero está ahora sujeto a la soberanía de algún Estado, a excepción de las regiones polares, la ocupación ha quedado obsoleta.⁵³ En diciembre de 1974, la Asamblea General de la ONU pidió a la CIJ la opinión consultiva sobre el Sahara Occidental. La resolución 3.292 (XXIX), del 13 de diciembre 1974 fue presentada a la Corte sobre la cuestión de si el Sahara Occidental fue, en el momento de su colonización por España, un territorio sin dueño, o *terra nullius*. En su dictamen, el tribunal aceptó claramente que la ocupación había sido considerada como un modo de adquisición de territorio en el derecho internacional durante el siglo XIX. Sin embargo, para que un territorio esté abierto a ocupación, la Corte sostuvo que “en ese momento el territorio no debía pertenecer a nadie, en el sentido que esté entonces abierto a la adquisición a través de la modalidad de ocupación”.⁵⁴ La CIJ se refirió también a la condición jurídica de Groenlandia Oriental (1931) donde el Tribunal Permanente de Justicia Internacional ha reconocido la ocupación de *terra nullius* como “un medio original de adquirir pacíficamente soberanía”.⁵⁵

51. I. BROWNLEE, *Principles of Public International Law* (4º ed., 1980), 131; R. JENNINGS y A. WATTS (eds.), *Oppenheim's International Law* (9º ed., 1992), ii, 679.

52. I. A. SHEARER (ed.), *Starke's International Law* (11º ed., 1994), 146.

53. R. JENNINGS, *The Acquisition of Territory in International Law* (1963), 20. Respecto a una definición similar: véase también L. OPPENHEIM, *International Law* (1905), i, 275.

54. [1975] ICJ Rep 11, 39.

55. PCIJ Series A/B, N° 53, 21, 44 y 63.

El Tribunal rechazó la posibilidad de que las tierras tribales, como el Sahara Occidental, sean apropiadas como *terra nullius* a través de la ocupación durante la colonización del siglo XIX. Por lo tanto, se opuso a la *communis opinio* de los juristas internacionales del siglo XX. La CIJ señaló que “al margen de las diferencias de opinión que pueda haber habido entre los juristas, la práctica de los Estados del período en cuestión parece señalar que el territorio habitado [sic] por las tribus o pueblos con alguna organización social o política, no era considerado como *terra nullius*”. Por otro lado, en muchos casos el poder colonial llegó a concluir acuerdos con los gobernantes locales y tribales, y adquirió la soberanía por medio de cesión, o por otras maneras derivadas.⁵⁶ De esta manera, la CIJ también rechazó la afirmación de que la ocupación haya sido una forma válida de adquirir territorios habitados que no estaban bajo la autoridad de un Estado —lo que significa un Estado según la tradición occidental— y exigió una interpretación más estricta de la *terra nullius*.⁵⁷

En casos posteriores, el Tribunal de La Haya también se refiere a la ocupación de *terra nullius* en relación con la doctrina del *uti possidetis juris*.⁵⁸ En la controversia fronteriza (1986) entre Burkina Faso y Malí, la Corte alegó que los Estados independientes de América Latina invocaron esta doctrina durante el siglo XIX para impedir que las potencias coloniales declararan soberanía sobre “territorios deshabitados o sin explorar”. Al adoptar las fronteras entre las diferentes partes administrativas del extinto imperio colonial español como sus fronteras internacionales, los nuevos Estados podrían aferrarse a las mismas reivindicaciones relativas a las tierras “deshabitadas e inexploradas” dentro de esas fronteras que el colonizador español había delimitado. Esas tierras habían sido sometidas a la soberanía de un Estado durante un largo periodo de tiempo. Por lo tanto, no eran *terrae nullius*.⁵⁹

56. [1975] ICJ Rep 39; véase también la opinión del Juez Ammoun en el caso *Legal Consequences of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* [1971] ICJ Rep 86. En cuanto a la función de los tratados en las colonizaciones del Siglo XIX véase ALEXANDROWICZ, “The Role of Treaties in the European-African Confrontation in the Nineteenth Century” en A. K. MENSAH-BROWN (ed.), *African International Legal History* (1975), 27; ANDREWS, “The Concept of Statehood and the Acquisition of Territory in the Nineteenth Century”, 94 *LQR* (1978) 408; ANGHIE, “Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law”, 40 *Harvard ILJ* (1999) 36.

57. J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law* (1979), 176; SHAW, “The Western Sahara Case”, 49 *BYbIL* (1978) 119, y *Title to Territory in Africa: International Legal Issues* (1986), at 31.

58. Véase CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3; MUNKMAN, “Adjudication and Adjustment – International Judicial Decisions and the Settlement of Territorial and Boundary Disputes”, 46 *BYbIL* (1972) 22; RATNER, “Drawing a Better Line: *Uti possidetis juris* and the Borders of New States”, 90 *AJIL* (1996) 593; SHAW, “The Heritage of States: The Principle of *Uti possidetis juris* Today”, 67 *BYbIL* (1996) 98.

59. *Frontier Dispute* (1986) [1986] ICJ Rep 554, y 566. CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3, muestra como desde su adopción en derecho internacional, durante el proceso descolonizador en América Latina, el principio *uti possidetis* sirvió como una manera de detener el uso de la doctrina de la *terra nullius*: véase 64-87, 230, y 235.

En la disputa por fronteras terrestres, insulares y marítimas (1992) entre Guatemala y Honduras, el Tribunal reiteró este razonamiento, esta vez refiriéndose a un laudo arbitral de 1922 emitido por el Consejo Federal Suizo entre Colombia y Venezuela:

Este principio general [uti possidetis juris] ofrece la ventaja de establecer una regla absoluta que no existía en la legislación sobre la antigua América española, la cual no dejaba ninguna *terra nullius*, aun cuando podrían existir muchas regiones que nunca habían sido ocupadas por los españoles y muchos rincones sin explorar o habitar por nativos no civilizados. Estas regiones tenían fama de pertenecer a cualquiera de las Repúblicas que sucedieron a las provincias españolas en estos territorios que estaban unidos por la virtud de las antiguas ordenanzas reales de la madre patria española.⁶⁰

Aunque la CIJ había encontrado poco uso práctico para la ocupación de *terra nullius*, lo había sostenido como uno de los modos teóricos de adquisición de soberanía sobre territorio en el derecho internacional.⁶¹ Es un claro ejemplo de adopción por parte del derecho internacional de un concepto que tenía base en el derecho romano. En este caso, la analogía con el derecho romano se remonta al período de formación del derecho internacional.

Terra nullius no es una noción clásica del derecho romano. La ocupación, sin embargo, sí lo es. Según los juristas de la época clásica (50 AC-250 DC) la *occupatio* fue uno de los modos naturales de adquisición de territorio. No pertenece al *ius civile* ni al *ius praetorium* (cuya aplicación se limitaba a los ciudadanos romanos) sino al *ius gentium*: el derecho aplicado en los tribunales romanos a los casos en que extranjeros se veían involucrados. Sin embargo, la *occupatio* no fue originalmente concebida como una forma de adquirir título alguno sobre la tierra. Hubo tres situaciones jurídicas en las que se podía invocar la *occupatio*. En primer lugar, era una forma de adquisición de *res nullius*. En la práctica, esto sólo se aplica a los animales silvestres, peces y *res hostilis*, la propiedad enemiga tomada en suelo romano durante la guerra.⁶² Gayo (hacia el año 160) formuló la regla general de que todo lo que no pertenecía a nadie se podía adquirir mediante la ocupación. Según él, se podía llevar a cabo sobre todo lo que se encuentra en tierra, mar y aire. La tierra misma no estaba incluida.⁶³ La única referencia explícita a la tierra que se recoge

60. RIAA 1, 223, 228. Citado en [1992] ICJ Rep 351, 387.

61. Recientemente, en el caso *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (2002), ambas partes sostenían que las islas no debían ser consideradas *terrae nullius*. La CIJ no analizó el concepto: véase [<http://www.icj-cij.org>], párr. 108.

62. GAYO Inst. 2.66-69; Dig. 41.1.3-6; Dig. 41.2.1.1.

63. GAYO Inst. 2.66; Dig. 41.1.3 pr.: “Lo que a nadie pertenece se convierte por motivo natural propiedad del primero que la toma”: *The Digest of Justinian* (trad. A. Watson, 1998), Inst. 2.1.12.

en este contexto es el caso de una isla que surge del mar (*insula in mari nata*).⁶⁴ La aplicación de la regla de la ocupación en esta situación poco frecuente es, probablemente, resultado de una interpretación analógica de la adquisición de pescado y otras cosas extraídas del mar.

En segundo lugar, también los *res derelictae* o bienes abandonados podrían ser objeto de *occupatio*.⁶⁵ Esta categoría podía incluir a la tierra sólo si la cosa derelicta era *res Mancipi*. Los terrenos en Italia estaban, por lo tanto, excluidos.⁶⁶ En el marco del *ius civile* las tierras provinciales siempre fueron de propiedad estatal, por lo que un título de propiedad en el derecho civil no era posible allí. Este tipo de tierras sólo podían ser adquiridos en el marco del *ius gentium*. En cualquier caso, la cosa derelicta fue, al igual que la tercera, una categoría distinta de la *res nullius*. En tercer lugar, se podía adquirir la propiedad por ocupación de un tesoro perdido y encontrado. El tesoro se debía perder por un período de tiempo que haga imposible determinar quién era el legítimo propietario.⁶⁷

No hay mucho más por descubrir en el derecho romano que pueda servir de base para la ocupación de *terra nullius* en el derecho internacional. La *occupatio* como una forma de adquirir terrenos baldíos salió a la luz sólo en la era de la migración de los pueblos germánicos y la caída del Imperio Romano (siglo V y posteriores).⁶⁸ La ocupación de *terra nullius* tuvo una fuerte implantación en el derecho de las naciones durante la Era de los descubrimientos (siglos XVI a XVII). El descubrimiento del Nuevo Mundo obligó a las potencias europeas a desarrollar normas sobre la atribución de las tierras recién descubiertas. A tal efecto, el derecho consuetudinario feudal y local utilizado para las divisiones territoriales en el Occidente latino resultaron inadecuados. No hubo títulos feudales o consuetudinarios respecto de los nuevos territorios que puedan llegar a justificar el reclamo de un príncipe *vis-à-vis* para con sus homólogos europeos, mientras que los sistemas de derecho feudal y locales eran completamente irrelevantes para los pueblos nativos. La autoridad del Papa para disponer de las tierras no cristianas, que tenía sus fundamentos en algunos preceptos tomados del Derecho canónico medieval (en particular de los escritos del cardenal Ostiense (c. 1200-1270))⁶⁹ fue igualmente insatisfactoria. Entre 1493 y 1506, los papas Alejandro VI (1492-1503) y Julio II (1503-1511) promulgaron varios edictos, entre ellos la bula *Inter Caetera* (1493),

64. Inst. 2.1.22 = Dig. 41.1.7.3.

65. Dig. 41.7.1.

66. Para adquirir un bien *res Mancipi*, la consecución de la prescripción era necesaria.

67. Inst. 2.1.39. W.W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (1921), 207-210; M. KASER, *Das Römische Privatrecht* (2° ed., 1971), i, 425-427.

68. J. P. LÉVY y A. CASTALDO, *Histoire du droit civil* (2002), 534.

69. Hostiensis 3.34.8.

que atribuye todos los territorios más allá de una línea de cien millas al oeste de las Azores y las islas de Cabo Verde a España o a Portugal. Mientras que España y Portugal más tarde invocaban los edictos papales para defender sus títulos en los territorios recién descubiertos y su derecho exclusivo de navegar los océanos “más allá de la línea”,⁷⁰ lejos estaba de ser cierto que los papas tuvieran intención alguna de otorgar poder político a los poderes de la Península Ibérica. Según una lectura, las decisiones papales sólo les concedieron a los monarcas de la Península Ibérica el derecho de extender la fe cristiana a las indias.⁷¹ En cualquier caso, la autoridad papal para dividir el mundo exterior-europeo fue cuestionada desde el principio, tanto por Ibéricos escritores católicos como Vitoria,⁷² y por otros no ibéricos, católicos y protestantes, como los escritores Gentilis y Grocio.⁷³ Por lo tanto, se hizo necesario formular nuevos títulos en los territorios en las Indias. Uno de estos títulos alternativos fue la *occupatio* de las *terra nullius*.

Vitoria expresamente sostuvo que las tierras de los indígenas no podían ser consideradas *terra nullius*. Afirmó que “los bárbaros tenían cierto dominio público y privado”.⁷⁴ Pero al mismo tiempo, reconoció que la ocupación de *terra nullius* fue, en general, un título válido para el territorio bajo derecho de gentes:

El derecho de gentes, por el contrario, señala expresamente que los bienes que no pertenecen a ningún propietario pasan al ocupante. Dado que los productos de que se trata aquí había un propietario, no caen bajo este título.⁷⁵

70. A. HELPS, *The Spanish Conquest in America* (1900), i, 264; TRUYOL y SERRA, “Staatsräson und Völkerrecht in der Zeit Karls V.”, en F. A. VAN DER HEYDTE (ed.), *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross* (1960), 273, y “The Discovery of the New World and International Law” [1971], *U Toledo LR* 305.

71 Respecto a este debate véase GREWE, *supra* nota 35, 233-237.

72. DE VITORIA, Francisco, *De Indis* 2.2.

73. S.J. ANAYA, *Indigenous People in International Law* (1996), at 9-19; COHEN, “The Spanish Origin of Indian Rights in the Law of the United States”, 31 *Georgetown LJ* (1942) 1; J. FISCH, *Die europäische Expansion und das Völkerrecht* (1984), 187-263; GREWE, *supra* nota 35, 240-250; L. HANKE, *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America* (1965); DICKASON, “Jus Gentium Takes on a New Meaning”, en L. C. GREEN y O. P. DICKASON, *The Law of Nations and the New World* (1989), 227; A. PAGDEN, *Lords of All the World. Ideologies of Empire in Spain, Britain and France c. 1500-c. 1800* (1995); R. J. WILLIAMS, *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest* (1990), 59-232; ZIEGLER, “Völkerrechtliche Aspekte der Eroberung Lateinamerikas”, 23 *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* (2001) 1.

74. VITORIA, *De Indis* 2.3, trad. en A. Pagden and J. Lawrence, *Vitoria. Political Writings* (1991).

75. VITORIA, *De Indis* 2.3. Véase también PAGDEN, “Introduction”, en PAGDEN y LAWRENCE, *supra* nota 74, pp. xxiv-xv; PAGDEN, *supra* nota 73, 80.

A finales del siglo XVI, la ocupación de *terra nullius* fue establecida como un modo de adquirir territorio en virtud de la doctrina de la mayoría de los escritores del derecho de las naciones.⁷⁶ Escritores de la escuela neo-escolástica española como Domingo de Soto (1495-1560), así como juristas protestantes, como Gentilis y Grocio, aceptaban que la ocupación constituía una forma válida de adquisición de *terra nullius*. Sus argumentos, así como los de la mayoría de los escritores de los siglos XVII y XVIII, se referían a lo que constituía *terra nullius* y si las tierras indígenas se consideraron *terra nullius* o no. La propia norma no fue puesta en duda. Contrariamente a lo que había sostenido Vitoria, Grocio y algunos escritores posteriores del siglo XVII encontraron que en algunas circunstancias las tierras indígenas, aun habitadas, se consideraban *terra nullius*.⁷⁷

Vitoria fundamentaba el derecho a ocupar tierras ociosas en el derecho natural.⁷⁸ Se refirió a un fragmento de las Institutas de Justiniano (2.1.12), donde se afirma que el derecho a ocupar *res nullius* fue dictado por la razón natural. Los compiladores del libro de Justiniano habían tomado el fragmento de las Institutas de Gayo.⁷⁹ Para Gentilis también “la incautación de plazas vacantes se considera ley de la naturaleza”.⁸⁰ Él incluyó referencias al digesto (41.1.3), así como a algunos textos jurídicos medievales y romanos del siglo XVI, textos de derecho canónico, así como (de acuerdo con la tradición humanista) ejemplos históricos tomados de los historiadores romanos, como Tito Livio o Tácito.

Al hacer referencias a la Recopilación y la tradición medieval del derecho romano, Gentilis se encontró con el problema de que la ocupación, como se entendía por los juristas y canonistas de la Edad Media y del siglo XVI, no se aplicara a las tierras. El humanista Alciatus Andreas (1492-1550) había defendido la idea de que el derecho romano no sancionara la expropiación de tierras, ya que toda la tierra tenía que pertenecer a alguien. Por lo menos, era común y correctamente

76. Al igual que en la práctica: A. S. KELLER, O. J. LISSITZYN, and F. J. MANN, *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts 1400-1800* (1938).

77. FISCH, *supra* nota 73, 187-263 y 297-298; TUCK, *supra* nota 8, 47-50, 89-93, 102-108, 120-126, 156-158, 175, 181-183. La aplicación de la doctrina fue, sin embargo, discutida durante el siglo XVI. Véase VAN DER HEYDTE, “Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law”, 29 *AJ* (1935) 459.

78. Entre algunos juristas y canonistas medievales tardíos, la ocupación de *res nullius* estaba ampliamente aceptada como una norma de derecho natural. Esto era de importancia para la doctrina medieval, ya que probaba que la propiedad individual estaba protegida por el derecho natural. Véase K. PENNINGTON, *The Prince and the Law 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition* (1993), 124-125; B. TIEMEY, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625* (1997), 135-145.

79. GAYO Inst. 2.66. Las Institutas de Gayo se obtuvieron en el siglo XIX.

80. ALBERICUS GENTILIS, *De jure belli libri tres* 17.131 (*Classics of International Law* 16 (1933)).

sostenido que la ley romana determinaba que toda tierra pertenecía a un amo, y que suyo era el derecho de disponer de esa tierra.⁸¹ Un abogado canónico del siglo XV, Franciscus Aretinus, aceptó que los particulares podrían obtener el título de terrenos baldíos mediante el cultivo de ellos.⁸² Pero como observó recientemente Richard Tuck, ninguno de los juristas y canonistas de la tradición *ius commune* ha aceptado que la tierra “vacante” podrían tomarse de esta forma en contra de la voluntad del gobernante.⁸³

En su obra principal, *De jure belli ac pacis libri tres*, el humanista holandés Grocio distingue propiedad (privada) (*Dominium*) de competencia (pública) (*Imperium*). Las tierras desechadas eran plausibles de ocupación. Grocio considera a las tierras sin cultivar o carentes de cazadores nómadas o pastores como dichas tierras. La propiedad podría ser adquirida por cualquier persona física que decida establecerse en la tierra o cultivarla. El gobernante, quien detentaba la competencia, no tenía permitido evitar que un individuo, sea un extranjero o no, lo haga ya que se trataba de un derecho natural del individuo. Como tal, estaba en el mismo nivel que el derecho de libre paso, en el que Grocio había fundado la libertad de navegación. Al hacer esta distinción, Grocio no tenía como objetivo adaptar su doctrina con el *ius commune*. Sus propósitos eran oportunistas. El doble enfoque de Grocio permitió a las empresas de comercio holandés reclamar el derecho natural a reclamar terrenos baldíos —en las que también se entiende sin cultivar y sin colonizar, como los cotos de caza y pastizales de los pueblos nómadas— sin tener que desafiar en todo momento a la autoridad política de los gobernantes locales, que se referían a lo positivo comprendido por el derecho doméstico.⁸⁴ Lo que es más importante, Grocio también detalló la distinción entre la propiedad y la competencia de negar la posibilidad de propiedad sobre el alta mar, sin rechazar del todo la posibilidad de tener competencia respecto de determinados tramos de agua. Su doble enfoque se adecuaba a las políticas de las empresas Indo-Holandesas en detrimento de sus competidores europeos, así como de los gobernantes nativos en el siglo XVII.⁸⁵

81. ANDREAS ALCIATUS, *Consilia* 52.20 en *Opera omnia* (1571), vi, 143-144, según apuntara GENTILIS, *De jure belli* 17.131.

82. FRANCISCUS (Accolti) ARETINUS, *Consilia* 15.3 (1536), según apuntara GENTILIS, *De jure belli* 17.131

83. TUCK, *supra* nota 8, 49.

84. GROCIO, Hugo, *De jure belli ac pacis libri tres*, 2.2.17, 2.3.4, y 2.3.19.2 (1625). Este doble estándar de derecho positivo y natural aun servía para justificar la apropiación de tierra sin cultivar, según EMER DE VATEL, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (1758), 3.37-38 (*Classics of International Law* 4 (1916)). Véase PAGDEN, *supra* nota 73, 78-79.

85. E. KEENE, *Beyond the Anarchical Society. Grocio, Colonialism and Order in World Politics* (2002), at 52-57; TUCK, *supra* nota 8, 89-93 y 103-108; YANAGIHARA, “Dominium and Imperium”, en Y. ONUMA (ed.), *A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grocio* (1993), 151 y 164. Sobre otros escritores del siglo XVII que se pronunciaron sobre *terra nullius* véase PAGDEN, *supra* nota 73, 76-77.

La colonización de los siglos XVIII y XIX, en particular en África y Australia, puso en tela de juicio a la doctrina de la ocupación de terrenos baldíos.⁸⁶ La mayor parte del debate se refería a la cuestión de lo que iba a ser considerado como *terra nullius* y cuáles eran las condiciones para una ocupación efectiva. Los abogados internacionalistas positivistas del siglo XIX, sostenían que sólo reconocían como sujetos de derecho internacional a los Estados en su forma occidental, sostuvieron que las entidades no estatales no podían detentar soberanía, de modo que sus tierras eran *terra nullius*. Las investigaciones recientes sobre la colonización de África durante el siglo XIX han demostrado que, a diferencia de lo que la Corte Internacional de Justicia afirmó en su dictamen sobre el Sáhara Occidental, de 1975, la doctrina de *terra nullius* fue invocada con frecuencia.⁸⁷ El segundo debate, sobre las condiciones de la ocupación, se desarrollaba en relación con la cuestión de si el descubrimiento constituye un título válido o no.⁸⁸ Aceptar el descubrimiento como título suficiente por lo menos suponía una interpretación muy amplia del elemento corporal en el concepto romano de ocupación. Pero el concepto básico sobre *terra nullius* se mantenía intacto.⁸⁹

La ocupación de terrenos baldíos como un modo de adquisición de territorio se introdujo en el derecho internacional durante la Edad de los Descubrimientos. El concepto de *occupatio* fue tomado desde el derecho romano clásico y la noción de *terra nullius* estaba estrechamente relacionada con otro concepto de derecho romano: el *res nullius*. Inst. 2.1.12 y Dig. 41.1.3 pr. declaraban que, de acuerdo a la razón natural, algo que no pertenecía a nadie puede ser “ocupado”. Los escritores de la

86. GREWE, *supra* nota 35, 548; KEENE, *supra* nota 85, 60-96.

87. CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3, 96-118; FISCH, “Africa as *Terra nullius*: The Berlin Conference and International Law”, en S. FORSTER, W.J. MOMMSEN, y R. ROBINSON (eds.), *Bismarck, Europe and Africa* (1988), 349, 360.

88. Bajo normas federales de los Estados Unidos, los nativos americanos no fueron reconocidos como plenos sujetos de derecho internacional, pero se les concedieron algunos derechos para que el mero descubrimiento y arribo de europeos en el nuevo mundo no fuera considerado como una violación y negación de absolutamente todos sus derechos. El descubrimiento solo sirvió para excluir a todos las restantes facultades que los europeos tenían para adquirir tierras de los indios: ANAYA, *supra* nota 74, 16-18; COHEN, *Felix S. Cohen's Handbook of Federal Indian Law* (2º ed., 1989), 46-66 y 291-294; GREEN, “Claims to Territory in Colonial America”, en GREEN y DICKASON, *supra* nota 73, 1, 81-84 y 99-124.

89. CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3, 48-51; FISCH, *supra* nota 73, 87-91, 298-314, 349-377; GREWE, *supra* nota 35, 395-402 y 545-550; PAGDEN, *supra* nota 73, 80-86. Como ya fuera detallado, al mismo tiempo que su futura aplicación fuera bloqueada por los nuevos Estados independientes de Latinoamérica en los inicios del siglo XIX a través de la aplicación del principio *uti possidetis*. Esto, sin embargo, no sirvió completamente para evitar que se produzcan disputas con potencias europeas por territorios en Latinoamérica y ciertamente no ocasionó su desacreditación general bajo el derecho internacional: CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3, esp. 77-79.

Edad Moderna articulaban este dominio sobre la base de una estrecha analogía con el derecho romano clásico.

Sin embargo, la aplicación de la norma a la tierra era un asunto distinto. El derecho romano no reconoció la ocupación de tierras. Ambos juristas, tanto medievales como modernos, han sido conscientes de esto y de haber acogido el concepto. Sólo en el derecho canónico la ocupación de los bienes raíces podría constituir título. Frente a este problema Gentilis y Grocio se dirigieron a una solución que Gayo había ofrecido y que Vitoria y otros neo-escolásticos habían estudiado. Los primeros escritores modernos de derecho internacional consideraban que la ocupación de tierras ociosas era un precepto de derecho natural. Tomaron el concepto romano de ocupación, lo despojaron de sus datos y detalles técnicos, los cuales fueron prohibidos desde la esfera del derecho positivo, y así se creó un principio general del derecho natural. A partir de ese momento, la exclusión de la tierra en el derecho romano podía considerarse una concreción en el derecho positivo del derecho natural.⁹⁰ Esto abordaba el problema para el cual los escritores del derecho de las naciones de los siglos XVII y principios del XVI intentaban formular una respuesta. En relación con los “indios” y otros pueblos no europeos, el *ius gentium* medieval como parte del *ius commune* era obsoleto. El derecho natural vino a sustituirlo, ya que tenía que servir como base para un nuevo *ius gentium* que trascendiera el Occidente latino. Sobre la base de algunos preceptos generales de derecho natural, un cuerpo de normas universales más detalladas debía de ser construido. En la práctica, estos preceptos generales se destilaron de la “experiencia jurídica” del cristianismo, lo que incluye a la tradición académica de la filosofía tomista de la moral y el *ius commune*. De la abundancia de normas técnicas y sofisticadas, procedimientos y conceptos que el derecho romano ofrecía, principios generales y normas se fueron derivando. Se había renunciado a sus aspectos técnicos como parte del derecho positivo, que ya no tenían la autoridad para la redacción de la ley de las naciones.

Este proceso de generalización era nada más que una continuación de un proceso largo y gradual iniciado en el contexto del *ius commune* de finales de la Edad Media, bajo la influencia del derecho canónico. En este proceso, la postura de Vitoria acerca de la *occupatio* en la ley natural fue fundamental, pero no definitiva. Su derecho natural no era aún un derecho natural verdaderamente universal en el sentido de que sea independiente de las nociones de la moral cristiana. Su objetivo era hacer un juicio sobre los indios de América a la luz de preceptos morales naturales que estaban en la tradición tomista de la filosofía moral y leyes naturales.⁹¹

90. Desde luego, no obstante la asociación realizada por Gayo sobre el *ius gentium* con el naturalismo racional, el *ius gentium* del cual la *occupatio* provenía era derecho positivo (privado).

91. A. PAGDEN, *The Fall of Natural Man. The American Indian and the Origins of Comparative Ethnology* (1982), 59-80; PAGDEN, “Dispossessing the Barbarian: The Language of Spanish Thomism and the Debate

Sin embargo, Vitoria rechazó la idea de que los indios estaban sujetos a la autoridad o ley imperial o papal, lo que justificaba divorciarse de los conceptos positivos del derecho romano y despojarlo de sus tecnicismos. Sólo a partir de Grocio el derecho natural se vuelve menos coincidente con la moral cristiana y la tradición tomista, para llegar a ser percibido como verdaderamente universal. Esto estimularía aún más el proceso de abstracción de viejas nociones jurídicas.⁹²

Cuando los abogados internacionalistas de los siglos XVIII y XIX volvieron al concepto de ocupación del territorio en un concepto de derecho internacional positivo, el círculo de la historia se cerró. Fuera de la práctica específica del pretor romano *peregrinus* en relación a los animales silvestres, peces y otros similares, Gayo había interpretado un precepto general de la “razón natural” que hizo que todas las *res nullius* sean susceptibles de ocupación. Los escritores de los siglos XVI y XVII hicieron lo mismo otra vez. El puente entre el derecho romano privado y la nueva ley de las naciones era el derecho natural. De los datos del derecho romano, como era conocido en la tradición de *ius commune*, los fundadores del derecho moderno de gentes empleaban la regla general de la ocupación como un precepto de derecho natural. Solo a partir de entonces los abogados internacionalistas podrían interpretar las normas específicas del derecho internacional positivo a su alrededor. En otras palabras, los abogados internacionalistas modernos habían adoptado un principio general que los romanos habían articulado como un principio de “derecho natural”, pero dándosele un nuevo campo de aplicación en el derecho positivo.

La confusión terminológica milenaria en torno al *ius gentium* —¿Derecho privado o ley universal de las naciones?— fue decisiva para legitimar el uso del derecho romano y el *ius commune* para determinar cuáles son las reglas del derecho natural y el *ius gentium* nuevos. Pero fue su asociación al derecho natural la que verdaderamente cubrió esa brecha. El *ius gentium* nuevo (derecho de gentes) se basaba ahora en el derecho natural,⁹³ al igual que el *ius gentium* de los antiguos romanos (en el sentido del derecho privado) se había asociado al mismo por algunos juristas romanos.⁹⁴

over the Property Rights of the American Indians”, en A. PAGDEN (ed.), *The Languages of Political Theory in Early Modern Europe* (1987), 79. Anghie y Onuma hicieron énfasis en la universalidad del derecho natural y del *ius gentium* postulado por Francisco de Vitoria: ANGHIE, “Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law”, 5 *SocL and Leg Stud* (1996) 321; ONUMA, “Eurocentrism in the History of International Law”, en ONUMA, *supra* nota 85, 371.

92. Véase el famoso fragmento “Etiamsi daremos” de GROCIO, *De jure belli ac pacis*, Prol. 11. Sobre la posterior evolución del derecho natural en general, véase T. J. HOCHSTRASSER, *Natural Law Theories in the Early Enlightenment* (2000), así como ONUMA, *supra* nota 91; R. TUCK, *Natural Rights Theories. Their origins and development* (1979) y TUCK, *supra* nota 8, y sus citas.

93. VITORIA, *De Indis* 3.1.2.

94. GAYO Inst. 1.1, conocido a través de Inst. 1.2.1 y Dig. 1.1.9. Véase también RUBIN, “International Law

V. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA - USUCAPIÓN

La prescripción adquisitiva se encuentra entre los cinco modos de adquisición de territorio en el derecho internacional. Se ha definido como “el resultado del ejercicio pacífico de soberanía de facto por un período muy largo en territorio sujeto a la soberanía de otro”.⁹⁵ No se aplica a la *Terra nullius*.⁹⁶ La doctrina distingue tres tipos diferentes de adquisición en razón del tiempo.⁹⁷ En primer lugar, está la “posesión inmemorial”. Se trata de una situación que ha estado vigente durante tanto tiempo que no hay certeza acerca de sus orígenes. Puede ser legal o ilegal, pero se presume legal. La “Posesión Inmemorial” no se deriva del derecho romano. Se deriva del derecho consuetudinario medieval y, por tanto, no es materia de discusión bajo el presente.⁹⁸ En segundo lugar, hay un tipo de prescripción adquisitiva, que los juristas internacionales han reconocido cercano a la *usucapio* romana. Las condiciones de adquisición en virtud de *usucapio* en el derecho romano eran, como los enumeró Johnson: “(a) Una cosa susceptible de propiedad (*res habilis*), (b) Un, si bien defectuoso, título de algún tipo (*justus titulus*), como la venta, donación, o legado; (c) La buena fe (*fides*), (d) La posesión (*possessio*), implicando el control físico (*corpus*) y la intención de poseer como propietario (*animus*), (e) La posesión debe ser ininterrumpida por un período de tiempo definido por la ley (*tempus*)”.⁹⁹ En tercer lugar, a partir de este segundo tipo, puede distinguirse la *usucapio mala fide*. Johnson afirmó que el derecho romano permitía este tipo en, al menos, un caso.¹⁰⁰ En ambos casos, *usucapio bona* y *mala fide*, la prescripción sirve para validar un título, que es (sin saberlo o sin ser conocido por el poseedor) defectuoso en origen.¹⁰¹ Desde los días de Grocio ha habido un considerable debate sobre el contenido y la función de estos dos últimos tipos, mientras que algunos de los principales especialistas en derecho internacional del siglo XIX tales como Fedor von Martens (1845-1909) y Alfonso Rivier (1835-1898) discutieron sobre su lugar en derecho internacional.¹⁰² Según Johnson, estaban en falta al hacerlo, porque “prestaban demasiada

in the Age of Columbus”, 39 *NRIL* (1992) 25; WINKEL, *supra* nota 42.

95. SHEARER, *supra* nota 52, 153.

96. J. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective* (1970), iii, 381-382.

97. BROWNLIE, *supra* nota 51, 154; Johnson, “Acquisitive Prescription in International Law”, 27 *BYBIL* (1950) 332.

98. LÉVY y CASTALDO, *supra* nota 68, 612.

99. JOHNSON, *supra* nota 97, 334.

100. *Usucapio pro herede*: JOHNSON, *supra* nota 97, 338.

101. JENNINGS, *supra* nota 53, 21.

102. F. VON MARTENS, *Traité de droit international* (1883), 460-461; A. RIVIER, *Principes du droit des gens* (1896), i, 182-183. Véase también GROCIO: *De jure belli ac pacis*, 2.4.1, 7 y 9, y, mas recientemente,

atención al detalle y atención insuficiente al principio”. Se refería a su argumento de que, a diferencia del derecho privado, el derecho internacional no ha establecido un tiempo necesario para la prescripción adquisitiva.¹⁰³

A lo que Johnson, Brownlie y otros abogados internacionalistas se han referido como *usucapio*, provenía en realidad de antes de Justiniano, ergo, del derecho romano clásico. Era un concepto de *ius civile* y se refería a todos los bienes sujetos a la propiedad en virtud de dicho derecho. Como tal, incluye tanto *res Mancipi* como la tierra dentro de Italia (*praedia Itálica*).¹⁰⁴ Según la legislación de Justiniano, sin embargo, la *usucapio* sólo se aplica a bienes muebles. Para otros productos, como la tierra, no había *longi temporis praescriptio*, que también requería *justus titulus* y la buena fe. Un período de diez (por la tierra italiana) o veinte años (por la tierra provincial) tendría tal efecto. Además, estaba el *temporis praescriptio longissimi* de treinta años. Aquí ningún título era necesario, pero la prescripción solamente tendría un efecto adquisitivo si mediase buena fe. En caso contrario, la prescripción de treinta años era sólo extintiva.¹⁰⁵ Fueron estos conceptos de la obra de Justiniano lo que juristas tanto de la Edad Media como modernos retomaron. Tanto abogados continentales y canonistas de la Edad Media continuaron demandando la buena fe para la transferencia de la propiedad. Durante los siglos XVII y XVIII, algunos juristas como Antoine Loysel (1536-1617) y Joseph Pothier (1699-1772) la abandonaron como condición. A partir de entonces, la *praescriptio temporis longissimi* de *mala fides* ha encontrado su camino hasta verse consagrada en el *Code Civil*.¹⁰⁶

La prescripción se ha invocado como un modo de transferir soberanía sobre el territorio mucho antes del siglo XVIII. En el siglo XIV, Bartolo aplicó la prescripción a la autoridad pública. Según el jurista de Bolonia, la autoridad universal del Emperador podría perderse en lo que respecta a un determinado territorio a través este instituto.¹⁰⁷ Bartolo no propuso este punto de vista en el contexto de un debate sobre los diferentes modos de transferencia de territorio. Sus declaraciones se sitúan en un contexto de distinción entre jurisdicción y soberanía *de facto* y *de iure*, la cual

Juez MORENO QUINTANA en *Right of Passage over Indian Territory* (1960) [1960] ICJ Rep 88, 88.

103. JOHNSON, *supra* nota 97, 334.

104. KASER, *supra* nota 67, 418-425.

105. Cod. 7.31.1 y 7.39.8.1. Véase LÉVY y CASTALDO, *supra* nota 68, 608-609; M. KASER, *Romeins privaatrecht* (2º ed., 1971), 125, y *Das Römisches Privatrecht* (2º ed., 1975), ii, 285.

106. Art. 2262. Véase LÉVY y CASTALDO, *supra* nota 68, 614-615. También el argumento sostenido por CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3, 52-53, citando a JOHNSON, *supra* nota 97, 338, sobre el hecho de que las doce tablas permitían la *usucapio* sin buena fe no aporta mucho a la discusión sobre el impacto histórico del derecho romano en la doctrina de la prescripción en derecho internacional, así como no fueron desde un primer momento las doce tablas las que dieron lugar a la discusión durante el período de formación del derecho internacional.

107. BARTOLUS ad Dig. 27.1.6. Véase Van der Heyde, *supra* nota 77, 449.

servió para defender la autonomía de los príncipes y las repúblicas italianas en la faz de la autoridad universal del emperador romano.¹⁰⁸ Muchos juristas y canonistas de la Edad Media y del siglo XVI repitieron esta postura.¹⁰⁹ Grocio expresó sus dudas acerca de la aplicación de la prescripción para la transferencia de la soberanía sobre el territorio. En primer lugar, declaró que la prescripción no entraba dentro del derecho natural. En segundo lugar, cuestionó si era aplicable en virtud del derecho positivo de las naciones. Argumentó que, como los legisladores-soberanos no estaban obligados ni por sus propias leyes ni por su voluntad, era difícil considerarlos obligados por su comportamiento. La prescripción adquisitiva, que pertenecía al *ius civile* romano, por lo tanto, no se podría aplicar al derecho de gentes.¹¹⁰ Durante los siglos XVII y XVIII la aplicación de la prescripción amparada en el derecho natural y en el derecho de las naciones sigue siendo motivo de debate.¹¹¹ En los siglos XIX y principios del siglo XX, ganó aceptación como uno de los modos de adquisición de territorio entre muchos juristas especializados en derecho internacional, la mayoría de ellos de países del Common Law.¹¹² Dado que en el sistema del Common Law un plazo fijo no es constitutivo de prescripción, sino que el paso de tiempo sólo sirve como prueba de la regularidad de la situación, la adopción de la prescripción en derecho internacional resultaba más natural para los abogados del Common Law que para sus colegas provenientes de sistemas de Derecho Continental.¹¹³ La prescripción, sin embargo, no

108. PENNINGTON, *supra* nota 78, 183; C. WOOLF, *Bartolus of Sassoferrato* (1913), 108.

109. GROCIO, *De jure belli ac pacis* 2.4.12.1

110. GROCIO, *De jure belli ac pacis* 2.4.12. Véase Y. BLUM, *Historic Titles in International Law* (1965), 15-16. OPPENHEIM, BLUM, 16-17, y Johnson acertadamente relata que Grocio aceptó a la posesión inmemorial como una parte del derecho de las naciones. Esto no servía para sanar a un título defectuoso, sino que aplicaba cuando no había certeza sobre el origen de una situación que existe desde tiempos inmemoriales. Como Grocio (de acuerdo con esta tradición) aceptaba ese tiempo como un siglo, queda probado que no se trata de tiempos de relevancia al derecho internacional actual. Asimismo, Blum accedió con Johnson en que la doctrina tenía poco valor en derecho internacional. GROCIO, *De jure belli ac pacis* 2.4.11; JOHNSON, *supra* nota 97, 334; L. OPPENHEIM, *International Law* (1905), ii, 705.

111. S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium libri octo* (1688), 4.12 (*Classics of International Law* 17 (1934)); C. WOLFF, *Ius naturae et gentium methodo scientifica pertractatum* (1749-1764), 3.7 (*Classics of International Law* 13 (1934)); VATTEL, *Le droit des gens* 2.11.

112. P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public* (8° ed., 1925), ii, 760-761; W. E. HALL, *A Treatise on International Law* (8va ed., 1924), 143; M. LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law* (1926), 178; R. PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law* (3° ed., 1879), i; J. WESTLAKE, *International Law* (1904), i, 92-94; H. WHEATON, *Elements of International Law* (1860), párr. 164-165.

113. BLUM, *supra* nota 110, 8, 13-14, y 18. Recientemente, Harry Post discutió sobre la influencia del derecho romano y del *common law* sobre la prescripción adquisitiva en derecho internacional. No arriba a conclusión alguna que sea distinta a la que sostiene que el derecho romano se posiciona en las raíces de ambos sistemas de derecho, continental y del *common law*.: POST, "International Law Between Dominium and Imperium: Some Remarks on the Foundation of the International Law of Territorial

fue considerado uno de los argumentos legitimantes de la expansión europea fuera del viejo continente, ni gozaba de mucho valor práctico en los tiempos del descubrimiento y la colonización.¹¹⁴

Esto no es diferente hoy en día. No existen instancias que den prueba de una aplicación pura de la *praescriptio* de buena o mala fe en la práctica jurídica internacional reciente.¹¹⁵ La prescripción adquisitiva sirve para afirmar los derechos del titular de un título defectuoso. Supone atribuir al Estado un título, el cual puede llegar a probarse que supone una posesión del territorio apacible e ininterrumpida durante un largo período de tiempo.¹¹⁶ No implica una evaluación de los reclamos o títulos de otros Estados, ante los cuales dicho título debe hacer caso omiso. Pero lo cierto es que en todos los casos llevados ante tribunales internacionales o arbitrales, los actos de soberanía o posesión entre diferentes Estados, tuvieron que ser sopesados comparativamente.¹¹⁷ En consecuencia, no hay ningún ejemplo de adjudicación en derecho internacional a ser mencionado como “prescripción adquisitiva” en el sentido de la *usucapio* romana que sirviera como único título. En resumen, la “prescripción” en el sentido de la *usucapio* resultó ser un instituto demasiado estricto e insatisfactorio para los fines de solución de controversias relativas al territorio. Una categoría más amplia se necesitaba.

Esto no implica que la prescripción adquisitiva carezca de objeto en la conformación del derecho internacional. Se ha dicho que el derecho internacional en este contexto comenzó “a superar sus orígenes, ubicados en categorías de derecho romano”.¹¹⁸ La prescripción adquisitiva ha evolucionado más allá de sus fuentes en algo diferente, conocido como “exposición pacífica y continua de la autoridad del Estado” u “ocupación efectiva”. En el desarrollo de esta doctrina, la prescripción se conjugaba junto con la ocupación *stricto sensu*. La doctrina jurídica internacional distingue a la prescripción adquisitiva de la ocupación. Mientras la ocupación se refiere a *terra nullius*, la prescripción se refiere a territorio sobre el que otro Estado

Acquisition”, in T. GILL y W. HEERE (eds.), *Reflections on Principles and Practices of International Law. Essays in Honour of Leo J. Bouchez* (2000), 147.

114. Bajo normativa de los Estados Unidos, un tipo de posesión inmemorial, sin embargo, se atribuye a los nativo-americanos: véase BERMAN, “The Concept of Aboriginal Rights in the Early History of the United States”, 27 *Buffalo Law Review* (1978) 637; COHEN, *supra* nota 88, 291-294; MORRIS, “International Law and Politics. Towards a Right of Self-Determination for Indigenous Peoples”, en M. A. JAIMES (ed.), *The State of Native America. Genocide, Colonization and Resistance* (1992), 53, 64.

115. S. SHARMA, *Territorial Acquisition, Disputes and International Law* (1997), 113.

116. Véase la definición de OPPENHEIM, *supra* nota 53, 294.

117. VERZIJL, *supra* nota 96, 381-383.

118. Por Hersch LAUTERPACHT: véase R. JENNINGS y A. WATTS (eds.), *Oppenheim's International Law* (9^o ed., 1992) i, 708. Véase también PINTO, “La prescription en droit international”, 87 *RCADI* (1955) 387, 397.

tiene soberanía de manera previa.¹¹⁹ Sin embargo, existe una zona gris entre los dos conceptos. En ambos casos, la ocupación efectiva del territorio tiene relevancia. Mientras que en el caso de la *terra nullius* existe una analogía con el concepto romano de *occupatio*, en el caso de la prescripción se hace referencia a una ocupación efectiva en lo relativo al concepto romano de la *possessio*.¹²⁰ La ampliación de la prescripción era ya evidente en el pensamiento de aquellos que avalaban a la prescripción adquisitiva, entre los cuales encontramos a Paul Fauchille (1858-1926).¹²¹ Fauchille había marcado cuatro condiciones para la prescripción adquisitiva en el derecho internacional. Primero, la posesión tiene que ser ejercida bajo *à titre de souverain*. No es suficiente que el Estado exponga una hipotética soberanía, sino que también debía evitar reconocer la soberanía de cualquier otro Estado en el territorio en cuestión. En segundo lugar, la posesión debe ser pacífica y sin interrupciones. En su interpretación más extrema, esto significa que la posesión tuvo que quedar sin respuesta por la comunidad internacional. En tercer lugar, la posesión debe ser pública. Cuarto lugar, debe persistir.¹²² Fauchille tomó estas condiciones del Código civil francés.¹²³ Estos postulados nos recuerdan a la máxima *nec vi, nec clam, nec precario* del instituto romano de la *possessio*.¹²⁴ Pero Fauchille no examinó si la posesión era de buena fe o no, ni si hubo un *justus titulus*. Al hacer el concepto más adecuado para los fines de los Estados, Fauchille recorrió un largo camino en emparentar al concepto de la prescripción adquisitiva con algo muy cercano a la ocupación efectiva, como fuera desarrollado posteriormente por los tribunales internacionales y árbitros. Posteriormente¹²⁵ los autores desecharon *justus titulus* y *bona fides* de las condiciones necesarias y fueron incapaces de prever un lapso de tiempo fijo.¹²⁶ Al final, solo la posesión pacífica y constante, en el sentido del ejercicio de la autoridad soberana —*corpore y animo*— se mantuvo.

Ya por los años 1900 en varios laudos internacionales de arbitraje y en diversos casos ante tribunales locales, la “prescripción” era invocada en disputas

119. BROWNIE, *supra* nota 51, 139.

120. *Ibid.*, 138-139.

121. Respecto a otros ejemplos, véase BLUM, *supra* nota 110, 19-20.

122. FAUCHILLE, *supra* nota 112, 760-761. Las cuatro fueron adoptadas por JOHNSON, *supra* nota 97, 343.

123. Art. 2229.

124. KASER, *supra* nota 67, 396-397.

125. SHARMA, *supra* nota 115, 115

126. BECKET, “Questions d’intérêt général dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale”, 50 *RCADI* (1934) 192, 249; LINDLEY, *supra* nota 112, 178; H. LAUTERPACHT (ed.), *Oppenheim’s International Law* (8° ed., 1948), 526-527; SCHWARZENBERGER, “Title to Territory: Response to a Challenge”, en L. GROSS (ed.), *International Law in the Twentieth Century* (1969), 287; P. A. VERYKIOS, *La prescription du droit international public* (1934).

territoriales.¹²⁷ También en estos casos resultó ser una categoría más amplia que en el derecho romano y se acercó a la ocupación efectiva. A fin de considerar la prescripción, el plazo no era utilizado en sede internacional, ni tampoco aplicado por los tribunales ni por los propios árbitros. En el caso sobre *Límites entre la Guayana Británica y Venezuela* (1899) las condiciones expresadas por Phillimore para la prescripción fueron citadas de la siguiente manera: “publicidad, continuación de la ocupación, carencia de interrupción, a lo que contribuye la aceptación tanto moral como legal por el empleo de mano de obra y de capital... o la ausencia de cualquier intento de ejercer los derechos de propiedad por el anterior poseedor”.¹²⁸ En *Grisbadarna* (1909) las partes basaron sus posturas en la prescripción. Aunque los árbitros no usaron un plazo para su consideración, reconocieron que “es un principio establecido que es necesario que se abstengan, en lo posible, de cambiar el orden de las cosas”.¹²⁹ En *Chamizal* (1911) los EE.UU. reclamaron el título de unas vías en disputa que se encontraban en la frontera con México sobre la base de la prescripción, la cual definieron como una posesión “sin perturbaciones, sin interrupciones, y no impugnada” desde 1848. “Sin considerar que sea necesario discutir sobre la controvertida cuestión relativa a si el derecho de la prescripción... es un principio aceptado por el derecho de las naciones”, los árbitros rechazaron la demanda porque la posesión no estuvo a la altura de las condiciones expresadas por los EE.UU. Según ellos, la posesión del territorio tuvo que haber sido pacífica. Sin embargo, más que la simple ausencia de violencia debía entenderse por ese concepto; la protesta diplomática, por ende, resultaría suficiente para evitar la prescripción. La posesión debía involucrar la exposición de soberanía por el poseedor y la otra parte no debía haberse opuesto a ello. “Pacífico”, por lo tanto, significó la aquiescencia de la parte contraria.¹³⁰ En varios otros casos tanto locales como internacionales, la aquiescencia de la otra parte también ha resultado ser un elemento importante en la evaluación de una demanda basada en la prescripción.¹³¹

El caso *Isla de Las Palmas* (1928) es un punto de referencia clásico en la doctrina sobre ocupación efectiva. Max Huber, el árbitro, afirmó que existe un núcleo común entre la prescripción y la ocupación: la posesión pacífica. Huber atribuye a

127. Por un estudio al respecto véase BLUM, *supra* nota 110, 20-34. La prescripción también ha sido invocada en negociaciones bilaterales y adaptada en un tratado, pero esto sirve mas como un indicador de que no resulta generalmente aceptada como una norma de derecho internacional en el siglo XIX. BLUM, *supra* nota 110, 34-37; *Settlement of the Boundary between British Guiana and Venezuela* del 2 de febrero de 1897, 89 *BFSP* 57.

128. 92 *BFSP* 944. Véase PHILLIMORE, *supra* nota 112, párr. 260.

129. IIAA 11, 155, 161. Véase H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, 264-265.

130. IIAA 11, 309, 328.

131. MACGIBBON, “The Scope of Acquiescence in International Law”, 31 *BYbIL* (1954) 143, 154.

esta posesión un poder autónomo para crear título. Los actos de ocupación o posesión de esta manera fueron ascendidos por Huber a elementos constitutivos de título. En el contexto de la prescripción, estos actos constituyen pruebas de la posesión que, a su vez, es condición para la prescripción.¹³² Al elemento de la posesión, ahora conocido como “continua exposición pacífica de la soberanía territorial”, se le permitió entonces trascender de sus fuentes de derecho romano.¹³³ En el caso *Groenlandia del este* (1931), la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró que para constituir título, la “exposición continua de autoridad” también requiere “la intención y voluntad de actuar como soberano, y ejercicio y exposición real de dicha autoridad”.¹³⁴ El elemento volitivo, el *animus*, tiene tanto un aspecto positivo como un aspecto negativo: el Estado ocupante tiene que reclamar soberanía y no puede aceptar la soberanía de otro Estado.¹³⁵ La limitación que provee el elemento material de la ocupación o posesión, la “exposición continua de autoridad”, hace que la efectiva ocupación se vaya alejando aun más de sus orígenes de derecho privado.¹³⁶ Por otra parte, tanto el asentamiento de las personas privadas que operan en su propio nombre (salvo en el caso de autorización estatal posterior) como el descubrimiento caen dentro de la definición de la ocupación efectiva. Pero, como dijera Huber, lo que constituye una “pantalla de soberanía territorial” debe evaluarse a la luz de las circunstancias específicas del caso:

Las manifestaciones de la soberanía territorial pueden tomar, es cierto, distintas formas de acuerdo a las condiciones de tiempo y lugar. Aunque continua en principio, la soberanía no puede ser ejercida, de hecho, en cada momento en todos los puntos de un territorio.¹³⁷

Huber parecía dar a entender que el derecho internacional no podría acercarse más al instituto de la prescripción del derecho privado, mientras indicaba a la continua y pacífica exposición de soberanía “conocida como prescripción”.¹³⁸

132. JENNINGS, *supra* nota 53, 23-26.

133. RIAA 2, 829, 839.

134. PCIJ A/B No. 53, 45-46.

135. BROWNIE, *supra* nota 51, 140; FITZMAURICE, *supra* nota 20, and 32 *BYbIL* (1955-1956) 56.

136. Sobre dicha evolución, véase SHARMA, *supra* nota 115, 97-98.

137. RIAA 2, 840. Véase también: BROWNIE, *supra* nota 51, at 141-143; H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court of Justice* (1958), 240-242, y “Sovereignty over Submarine Areas”, 27 *BYbIL* (1950) 415.

138. RIAA 2, 840.

La doctrina de la ocupación efectiva ya recorrió un largo camino en la práctica jurídica internacional.¹³⁹ Se construye en elementos de las doctrinas tanto de la ocupación de *terra nullius* como de la prescripción adquisitiva y, al mismo tiempo, los comprende.¹⁴⁰ Los tribunales internacionales y los árbitros hacen uso de criterios bastante disímiles para ponderar los reclamos específicos de las partes y les atribuyen valor en función de las circunstancias específicas del asunto. Es decir que la posesión y el ejercicio de la soberanía son sólo dos elementos a valorar entre otros, tales como el reconocimiento, la aquiescencia, la preclusión, las afiliaciones de los habitantes y las condiciones geográficas, económicas e históricas.¹⁴¹

La prescripción adquisitiva tal como se derivara del derecho romano había servido de elemento constitutivo en la formación de la doctrina de la ocupación efectiva. ¿Esto también se desprende de la práctica de la Corte Internacional de Justicia? ¿Cuál es su papel actual en la aplicación de la doctrina por el Tribunal? En ninguno de los casos relacionados con el territorio los jueces se han referido a la prescripción adquisitiva. Algunas opiniones individuales muestran que sí se discute si la prescripción adquisitiva es reconocida por el derecho internacional. En su opinión separada sobre la Determinación de competencia y la admisibilidad en *Nicaragua* (1986), el juez Mosler declaró que la prescripción adquisitiva es “un principio general del Derecho en el sentido del art. 38, párrafo 1 (c) de los Estatutos, por el cual un lapso de tiempo puede subsanar las deficiencias de los actos jurídicos formales”.¹⁴² Sin embargo, en su opinión separada en el caso sobre *Fronteras de tierra, insulares y marítimas* (1992), el juez Torres Bernárdez llamó a la prescripción adquisitiva como “un concepto muy controvertido que, por mi parte, tengo grandes dificultades para aceptar como un instituto establecido del derecho internacional”.¹⁴³

Hay bastantes casos relativos a zonas terrestres en que la ocupación efectiva ha desempeñado un papel significativo. En *Minquiers y Ecrehos* (1953), los jueces de la CIJ pesaron los respectivos derechos históricos de Francia e Inglaterra en estos

139. El internacionalista belga Charles De Visscher introduce una categoría aun más amplia: consolidación de títulos históricos. La *ratio legis* para este concepto fue, de acuerdo a De Visscher, “el interés fundamental para la estabilidad territorial desde el punto de vista del orden y la paz”. “Consolidación” resulta mas amplio que prescripción en tanto no se encuentra limitado a casos de posesión controvertida. También podría tratarse de *terra nullius*: *supra* nota 21, 199. Fue aplicado por la CIJ en el caso *Anglo-Norwegian Fisheries (1951)* [1951] ICJ Rep 116, 138. Recientemente la CIJ señaló que la teoría no se había aplicado en otros casos y sostuvo que “es muy controvertido y no puede remplazar a los modos establecidos de adquisición de títulos bajo la orbita del derecho internacional”: *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (2002)*, disponible on line en [www.icj-cij.org], párr. 65.

140. N. HILL, *Claims to Territory in International Law and Relations* (1945), 157.

141. MUNKMAN, *supra* nota 58, 95.

142. [1984] ICJ Rep 461, 464.

143. [1992] ICJ Rep 629, 678.

islotas del Canal, los cuales se remontan al siglo XIII.¹⁴⁴ El Tribunal analizó cuál de las partes ha mantenido la posesión, siendo este un concepto que equivaldría a soberanía. Diferentes tipos de elementos fácticos y jurídicos, que van desde los derechos feudales a estudios hidrográficos, se tuvieron en cuenta. Si bien la Corte no ha definido la “norma” en que se basó, a partir de las pruebas que consideró se pueden deducir los elementos que constituyen al título de acuerdo a la Corte. Como había sido establecido con anterioridad en jurisprudencia y doctrina, la posesión significaba el ejercicio de la soberanía. No era tanto un hecho sumado a un elemento intencional. Si bien la Corte se concentró en la actividad del Estado, también consideró que algunas cuestiones fácticas demostraban la voluntad del Estado para actuar como soberano. Lo que la Corte llama “posesión” y “soberanía” no era nada menos que “ocupación efectiva”.¹⁴⁵

Alrededor de los años “60 la ocupación efectiva fue mencionada en varios fallos”.¹⁴⁶ La Corte Internacional de Justicia en gran medida sostuvo lo que hizo en *Minquiers y Ecrehos* hasta el punto de no definir claramente las condiciones para el título mediante la ocupación efectiva. Un ejemplo de la falta de definición que el Tribunal de Justicia ha creado en torno a la prescripción y la posesión puede encontrarse en el caso sobre *Derecho de paso por territorio indio* (1960). Portugal alegó un derecho de paso a favor de algunos pueblos sobre los cuales sostenía tener soberanía, y que estaban rodeados por territorio indio. El Tribunal aceptó la interpretación india del Tratado de 1779, sobre la base del cual Portugal defendió su soberanía. Según la India y la Corte, el Tratado había concedido sólo el derecho a aplicar un impuesto a los pueblos. Pero cuando los británicos reclamaron soberanía sobre la India, habían:

encontrado y dejado... a los portugueses en ocupación y en ejercicio de autoridad exclusiva sobre los pueblos. Los portugueses se extendieron como soberanos sobre los pueblos. Los británicos, como sucesores de los Marathas, no reclamaron soberanía, ni tampoco el reconocimiento expreso de la soberanía portuguesa, sobre ellos. La autoridad exclusiva de los portugueses sobre los pueblos nunca se ha presentado en cuestión. Así, la soberanía portuguesa sobre los pueblos fue reconocida por los británicos, de hecho y por implicancia y, posteriormente, tácitamente por la India. Como consecuencia

144. “The Court being now called upon to appraise the relative strength of the opposing claims...” [1953], ICJ Rep 47, 67.

145. *Ibid.*, 53.

146. Tales como *Sovereignty over Certain Land* (1959), *Right of Passage* (1960), *Temple of Preah Vihear* (1962).

de ello los pueblos comprendidos en la concesión de Maratha adquirieron el carácter de enclaves portugueses en el territorio indio.¹⁴⁷

Según la sentencia, Portugal había ganado la soberanía sobre los pueblos a través de la aquiescencia de los gobiernos británico e indio en una situación que, en el mejor de los casos, los británicos malinterpretaron. Pero la Corte no especificó qué modo de adquisición de soberanía territorial aplicó. Elementos de la ocupación efectiva, incluida la aquiescencia (continua y pacífica exposición de soberanía) estuvieron presentes, pero la Corte decidió no entrar en el fundamento jurídico de su decisión.¹⁴⁸

Además, en este y en posteriores casos, la Corte no ha sido coherente o clara en su uso de conceptos.¹⁴⁹ En sus sentencias, el Tribunal de Justicia responde a las pretensiones formuladas por las partes y con frecuencia no va más allá de la adopción de su terminología. *Effectivités*, posesión, exhibición de soberanía territorial, ocupación efectiva y la eficaz administración se han utilizado sin mayor distinción. Se puede decir que todos estos son términos que se refieren a una doctrina amplia de “ocupación efectiva”. Con el tiempo, *effectivités* se ha convertido en el término más preciso.

Durante las dos últimas décadas, la Corte ha arrojado más luz sobre la doctrina de la ocupación efectiva. En primer lugar, el Tribunal no hace uso de una definición estricta de las acciones que constituyen una ocupación efectiva, simplemente, porque no puede. Al igual que en *Minquiers y Ecrehos*, los jueces de la Corte se pronuncian sobre la ocupación efectiva en términos relativos. Su peso es el de las *effectivités* diferentes remitidas por las partes. Esto no sólo incluye una evaluación de las acciones positivas de las partes, sino también de sus reacciones a las acciones de la otra, o la falta de ella (tolerancia).¹⁵⁰ No hay requisitos previos absolutos, sino relativos. Esto, lógica y necesariamente, también se refiere a la condición “pacífica” de la posesión (aquiescencia). Esta es otra diferencia con la prescripción como

147. [1950] ICJ Rep 39.

148. Según Thirlway, debido a la existencia de un peor título (derecho a cobrar impuestos), la prescripción, tal como se la conoce en derecho privado, no tiene aplicación aquí. Mientras haya verdad en ello podría reclamarse también que el peor título serviría como base para un título defectuoso a ser mejorado a través de la prescripción. Esto acerca a la prescripción al instituto de derecho privado. De cualquier forma, la Corte no se entrevió en esta discusión: THIRLWAY, *supra* nota 20, 66 BYIL (1995) 14.

149. Casos posteriores a 1962 que involucraron ocupación efectiva: *Frontier Dispute* (1986), *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (1992), *Territorial Dispute* (1994), *Kasikili/Sedudu Island* (1999), *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (2001), *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (2002), *Sovereignty over Pulau Litigan and Pulau Sipadan* (2002).

150. JENNINGS, *supra* nota 53, 6 y 13; Post, *supra* nota 113, 154.

fuera interpretada por Fauchille y otros autores, así como por los árbitros en el caso *Chamizal*. La aquiescencia es sólo un elemento, importante desde ya, que debe tenerse en cuenta en la ponderación de las acciones de las partes.¹⁵¹

En segundo lugar, algunos casos recientes ofrecen un poco más de información sobre los criterios que la CIJ aplica en la evaluación de actuaciones objetivas. Las actividades que impliquen un ejercicio de jurisdicción deben pertenecer al territorio en disputa en sí mismo.¹⁵² Pueden ser acciones por parte del Estado en el ejercicio de su soberanía,¹⁵³ o acciones de personas individuales autorizadas por el Estado,¹⁵⁴ o acciones de las empresas autorizadas por el Estado.¹⁵⁵ De acuerdo con lo sostenido en el caso *Groenlandia del este*, el Tribunal reconoció en varias ocasiones que en algunas circunstancias (como en una disputa sobre una isla muy pequeña) muy pocas acciones pueden ser suficientes.¹⁵⁶

En tercer lugar, en la *Controversia fronteriza* (1986), el tribunal aclaró la posición relativa a los reclamos basados en la ocupación efectiva en lo que respecta a los reclamos basados en el título y la aquiescencia a un título ya existente. El Tribunal indicó que sólo recurre a la ponderación de actuaciones objetivas si ninguno de los litigantes goza de título.¹⁵⁷ Esto ha sido transparente en dos sentencias de la Corte a partir de 2002. En *frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (2002), la CIJ no ha atribuido gran valor a la ocupación efectiva, ya que uno de los litigantes gozaba de un título convencional sobre los territorios en disputa.¹⁵⁸ En *Soberanía sobre Pulau Sipadan y Pulau Litigan* (2002), la CIJ constató que ninguna de las partes tenía título y se volvió así a pesar las actuaciones objetivas (*effectivités*) como prueba de la ocupación efectiva.¹⁵⁹ Como tal, el concepto de ocupación efectiva parecería haber crecido como un modo distinto y autónomo del de adquisición.

En cuarto lugar, una lectura de los casos pertinentes de la CIJ nos indica que el elemento clave de la ocupación efectiva o *effectivités* (actuaciones objetivas) es el

151. SHARMA, *supra* nota 115, 100 y 108-110. Véase *Land, Island and Maritime Frontier* (1992) [1992] ICJ Rep 351, 577; *Territorial Dispute* (1994) [1992] ICJ Rep 6, 35.

152. *Sovereignty over Pulau Litigan and Pulau Sipadan*, disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párr. 136.

153. *Minquiers and Ecrehos* [1953] ICJ Rep 47, 65 y 69.

154. *Sovereignty over Pulau Litigan and Pulau Lipadan*, disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párr. 140.

155. *Kasikili/Sedudu Island* [1999] ICJ Rep 1045 y 1105.

156. *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (2001), disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párr. 197; *Sovereignty over Pulau Litigan and Pulau Sipadan* (2002), disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párr. 147, con referencia a *Eastern Greenland*, párr. 134. Véase también *Clipperton Island* (1931) sobre el caso de una isla deshabitada: RIAA 22, 1107.

157. [1986] ICJ Rep 587.

158. Disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párrs. 68-70 y 223-224.

159. Disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párrs. 134-149.

ejercicio efectivo de jurisdicción territorial o soberanía (*corpus*).¹⁶⁰ De las pruebas consideradas por el tribunal en los distintos casos, también es claro que la intención de actuar como soberano está implícita (*animus*). En *Soberanía sobre Pulau Sipadan y Pulau Litigan* (2002) la Corte declaró expresamente la necesidad de que las actividades sean “*acts à titre de souverain*” que reflejen la intención y voluntad de actuar en tal carácter.¹⁶¹

La ocupación efectiva en el sentido de ejercicio de la jurisdicción territorial que emana de la soberanía es muy similar a la “posesión” del derecho privado de bienes.¹⁶² La doctrina de la ocupación efectiva toma más de la prescripción del derecho privado que el elemento de la posesión, equivalente a la soberanía. Aunque teóricamente la ocupación efectiva podría no implicar un lapso de tiempo y la ocupación momentánea podría ser suficiente, la CIJ (y la mayoría de los expertos) no tuvo este enfoque. Con el fin de determinar si un Estado tomó el control efectivo sobre un territorio, la Corte examina normalmente los actos realizados durante un cierto periodo de tiempo.¹⁶³ Por otra parte, en la valoración de hechos y pretensiones, no importa si el ejercicio de la soberanía ha sido pacífico o no, ininterrumpido o no, público o no, incluso si la Corte no ha sido explícita sobre estos puntos. La frase “demostración continua y pacífica ‘de soberanía’”, tal como se utiliza en la muy citada sentencia de *Las Palmas*, ya parece abarcar todas estas condiciones.

Pero, esto no constituye una prescripción facultativa en el sentido de (cualquier) derecho romano. No hay plazos fijos. Tampoco es el público o pacífico carácter continuo de la posesión una condición absoluta. Las alegaciones de las partes se pesan, y la que aporte las pruebas más convincentes así como mantenga el comportamiento más convincente como soberano (incluyendo la aquiescencia) gana el caso. Así, la ocupación efectiva se ha despojado de la mayor parte de los elementos del derecho romano, así como se encuentran adjuntos a la *usucapio*, *praescriptio Longi terminis* e incluso *terminis praescriptio longissimi*. Este proceso de generalización es históricamente análogo a lo sucedido en el derecho privado. Ya existía este tipo de evolución desde el derecho romano clásico al derecho romano Justiniano. Para el siglo XVIII, los abogados civiles aceptaron que la prescripción

160. “El efectivo ejercicio de jurisdicción territorial”: *Frontier Dispute* (1986) [1986] ICJ Rep 586. “Ejercicio de autoridad en su territorio”: *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (2001), disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párr. 96.

161. Disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párras. 141. La CIJ hizo referencia a *Eastern Greenland*, donde se sostenía que ambos *corpus* y *animus* eran necesarios, párr. 134.

162. Post, *supra* nota 113, 158 y 166-169. Brownlie se refiere a un “better right to possess familiar in common law”: *supra* nota 51, 124.

163. En *Right of Passage*, la CIJ aceptó una “práctica constante y uniforme” de paso por más de un siglo como una base sólida para el título en disputa relativo al derecho de paso sobre territorio indio: [1960] ICJ Rep 40.

podría llevar a título después de treinta años, aun cuando la posesión era de mala fe. Lo que los modernos y actuales abogados especializados en derecho internacional han hecho de la prescripción adquisitiva puede haber sido bastante irreconocible para los juristas de la época romana, pero el proceso de transformación es análogo a lo ocurrido en la tradición del derecho civil.

Queda por verse si la doctrina de la ocupación efectiva deja algún margen para la prescripción adquisitiva como una categoría distinta, más fiel al derecho privado. Mientras que algunos libros de texto siguen nombrando a la prescripción como a una categoría distinta, no está claro cuál podría ser su relación con la ocupación efectiva. Como se indicó anteriormente, no tiene ninguna utilidad práctica como medio para afirmar un título putativo o defectuoso.¹⁶⁴ ¿Y cuál sería su contenido exacto? La Corte Internacional de Justicia aún no ha derramado luz sobre el asunto. El caso *Kasikili/Sedudu* (1999) es interesante en este sentido. Namibia había invocado la “prescripción” como un título alternativo al tratado de 1890 sobre el cual versaba el litigio. Sin embargo, lo que quiere decir Namibia con prescripción adquisitiva no era otra cosa que lo que había entendido Fauchille que era en sus cuatro condiciones. Como se dijo antes, esta no era la “prescripción adquisitiva” del derecho privado, sino algo que se había diluido y adaptado al contexto del derecho internacional. Si el título que Namibia alegó tener con razón puede llamarse “prescripción” y si, como parece dar a entender Namibia, se diferencia de la ocupación efectiva, son cuestiones que no fueron abordadas por el tribunal. La Corte Internacional de Justicia eludió un debate sobre la cuestión al afirmar que las partes acordaron que la prescripción es una norma de derecho internacional. Entonces los jueces encontraron que Namibia, sin embargo, no había cumplido los cuatro requisitos que había llevado al estrado.¹⁶⁵

VI. CONCLUSIONES

Tres posibles funciones del derecho romano en el derecho internacional actual se han expuesto en una forma hipotética. En primer lugar, tanto la ocupación como la prescripción fueron debatidas por los padres del derecho de gentes moderno de los siglos XVI y XVII. En la medida en que estos precoces “abogados internaciona-
listas” atravesaban aun el proceso de emancipación del *ius gentium* respecto del *ius*

164. De la misma manera que BROWNLIE, *supra* nota 51, 154. Brownlie no ve ningún uso practica para tal concepto: 159 (véase n. 17 en dicha pagina para ver una nomina de autores que piensan de la misma manera).

165. Disponible *on line* en [www.icj-cij.org], párr. 90. Véase también CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3, 145-146.

commune, al extraer al derecho de las naciones del marco intelectual del derecho en general, de manera natural se vieron obligados a inspirarse en el *ius commune* así como de su parte romana. Por otra parte, en ambos casos se siguieron aplicando las normas de derecho romano a las relaciones entre los príncipes y los pueblos, como se había hecho en la época medieval. Como tal, el derecho romano jugó un papel histórico en la formación del moderno derecho de las naciones. Sin embargo, bajo el encabezado de “Derecho Romano” debe entenderse al derecho civil aprendido como parte de la tradición medieval del *ius commune*. Este “Derecho Romano” cumple la primera de las tres funciones potenciales que han sido definidas.

En segundo lugar, desde el siglo XVI hasta el siglo XX, tanto la ocupación como la prescripción fueron moldeadas para adaptarse a las necesidades de las relaciones internacionales.¹⁶⁶ En general, esto significaba que los tecnicismos particulares que limitaban el alcance y la aplicación de las normas de Derecho Romano fueron desechados, mientras que los conceptos fueron reconstruidos como principios generales. Hasta el siglo XVIII, los doctrinarios del derecho de las naciones se sintieron obligados a legitimar sus afirmaciones derivadas del derecho romano. La construcción intelectual de la que se nutría el derecho natural tuvo un rol importante aquí. Se cernía como un cuerpo ideal y general de derecho sobre todos los sistemas del derecho positivo. Estaba lleno de conceptos y reglas tomadas de la tradición medieval del *ius commune* y, bajo la influencia de la jurisprudencia humanista, del derecho Romano clásico y Justiniano, que se transformaron luego en principios más abstractos y generales. A partir de ahí, estas normas fueron adaptadas al derecho de las naciones moderno. Como tal, el derecho natural se convirtió en más o menos lo que el *ius gentium* había sido para los romanos.¹⁶⁷ Más que solamente un interesante paralelo en la historia, basado en parte en la confusión terminológica, esto indica hasta qué punto el derecho de gentes se entrelazó con la tradición jurídica occidental del derecho en general. Los puntos de vista que expresa Lauterpacht en su *Fuentes del Derecho Privado y sus Analogías con el Derecho Internacional* respecto al rol del derecho natural durante los inicios del período moderno y sus relaciones con el derecho romano llevan a un mismo resultado.¹⁶⁸ Él, sin embargo, subestimó el hecho de que en muchos casos el proceso de generalización y abstracción que se realizó bajo el ala del derecho natural, continuó los procesos iniciados durante la Baja Edad Media bajo el ala del derecho canónico.

166. Algo similar ocurrió con *uti possidetis*: véase CASTELLINO y ALLEN, *supra* nota 3, esp. 13-20, 24-27 y 229-238.

167. Como se señalara en *Venezuelan Preferential Claim (1903)*, *supra* nota 30; véase H. LAUTERPACHT, *supra* nota 2, 251.

168. *Ibid.*, 8-17.

Así, desde el siglo XVI al siglo XX, el derecho romano continuó alimentando de analogías con el derecho privado al derecho internacional. Su influencia era sobre todo indirecta. El derecho romano sirvió para inspirar al derecho natural y fue (junto con el derecho canónico) una zona gris entre los sistemas de derecho privado más importantes de Occidente. A medida que los conceptos y las normas adoptadas por el derecho romano eran adaptados a los propósitos de los Estados, el derecho romano clásico, justiniano y medieval se usaba y abusaba sin el menor margen de dudas. En el siglo XVIII el derecho romano había perdido su autoridad, pero aún así mostraba su brillo como la veta dorada de la tradición occidental del derecho privado, donde todos los grandes principios y las ideas del derecho en general se encontraban.

En tercer lugar, no hay instancias en las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en las que se recurra directamente al derecho romano como prueba de lo que es comúnmente aceptado como derecho, o como principios generales del derecho. El derecho romano históricamente ha inspirado a las analogías con el derecho privado, pero esto ha cesado. El derecho romano ha dejado de ser considerado *ratio scripta*.

Hoy, el derecho romano sólo tiene un lugar en el derecho internacional a través de la historia. En primer lugar, una gran cantidad de preceptos fueron adoptados del derecho romano durante el período formativo del moderno derecho de las naciones ya que pertenecían al *ius commune*, que durante siglos había sido el derecho aplicado a las relaciones entre los príncipes y los pueblos como individuos. En segundo lugar, una vez que el derecho de gentes se había convertido en una rama de derecho independiente, el derecho romano lo siguió alimentando. Muchas normas generales provenientes del derecho natural, que se dice que forman la base del derecho de las naciones, fueron extraídas del derecho romano a través del razonamiento inductivo. Es un ejemplo de lo que Lauterpacht llama “la generalización de la experiencia jurídica de la humanidad”. Al margen, estas conclusiones son paralelas a la función que Lauterpacht le había atribuido al derecho romano, dicho de una forma intuitiva.

Este análisis de la interacción entre el derecho romano y el derecho internacional confirma a la afirmación de Lauterpacht respecto a que el derecho internacional no es una rama totalmente autónoma del derecho. A través del derecho romano, el derecho internacional comparte gran parte de su historia con los principales sistemas internos de derecho privado. El hecho de que el derecho romano fuera radicalmente moldeado de acuerdo a las necesidades del derecho internacional no reafirma que el Estado sea diferente en una *manera absoluta* respecto de la personalidad del individuo como persona jurídica y moral, ni que el derecho internacional sea un sistema absolutamente voluntario como los positivistas de principios del siglo XX entendían. Los cambios no son diferentes de las adaptaciones que las mismas reglas sufrieron en los sistemas de derecho interno. La mayoría implica un grado

de abstracción necesario para aplicar la regla a un contexto diferente del contexto original del derecho romano.

Así como el derecho internacional moderno tuvo que adaptar las normas que tomó del derecho privado en toda su extensión, la investigación de estas afiliaciones históricas colaborará, aunque someramente, en el estudio (no tan de moda) de la propia historia del hombre. Pero al mismo tiempo, esta historia nos recuerda que las normas que rigen las relaciones entre hombres y cuerpos políticos se derivan de las mismas fuentes y comparten las mismas reglas y conceptos básicos.

BIBLIOGRAFÍA

- AKEHURST, "Equity and General Principles of Law", 25 *ICLQ*, 1976.
- ALCIATUS, Andreas, Consilia 52.20 en *Opera omnia*, 1571.
- ALEXANDROWICZ, "The Role of Treaties in the European-African Confrontation in the Nineteenth Century", en A.K. MENSAH-BROWN (ed.), *African International Legal History*, 1975.
- ANAYA, S. J., *Indigenous People in International Law*, 1996.
- ANDREWS, "The Concept of Statehood and the Acquisition of Territory in the Nineteenth Century", 94 *LQR*, 1978.
- ANGHIE, "Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law", 40 *Harvard ILJ*, 1999.
- "Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law", 5 *SocL and Leg Stud*, 1996.
- ANZILOTTI, D., *Cours de droit international*, traducción. G. Gidel, 1929.
- BALDUS, C., *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, 2 vols., 1998.
- BATTAGLINI, "Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto" en *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, 1987.
- BECKET, "Questions d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale", 50 *RCADI*, 1934.
- BELLOMO, M., *The Common Legal Past of Europe 1000 - 1800*, 1995.
- BERMAN, "The Concept of Aboriginal Rights in the Early History of the United States", 27 *Buffalo Law Review*, 1978.
- BLUM, Y., *Historic Titles in International Law*, 1965.
- BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 4° ed., 1980.
- BUCKLAND, W. W., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 1921.
- CASTELLINO, J. y ALLEN, S., *Title to Territory in International Law. A Temporal Analysis*, 2003.
- CHENG, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1987.

- COHEN, "The Spanish Origin of Indian Rights in the Law of the United States", 31 *Georgetown LJ*, 1942.
- *Felix S. Cohen's Handbook of Federal Indian Law*, 2° ed., 1989.
- CRAWFORD, J., *The Creation of States in International Law*, 1979.
- DE VISSCHER, C., *Théories et réalités en droit international public*, 4° ed., 1970.
- DICKASON, "Jus Gentium Takes on a New Meaning", en L.C. GREEN y O.P. DICKASON, *The Law of Nations and the New World*, 1989.
- EMER DE VATEL, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle*, 1758.
- FAUCHILLE, P., *Traité de droit international public*, 8° ed., 1925.
- FISCH, "Africa as *Terra nullius*: The Berlin Conference and International Law", en S. FORSTER, W.J. MOMMSEN, y R. ROBINSON (eds.), *Bismarck, Europe and Africa*, 1988.
- FISCH, J., *Die europäische Expansion und das Völkerrecht*, 1984.
- FITZMAURICE, "The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law", 27 *BYbIL*, 1950.
- "The Problem of Non Lique: Prolegomena to a Restatement" en R. Ago *et al.* (eds.), *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, 1974.
- FRIEDMANN, "The Use of "General Principles" in the Development of International Law" en L. Gross (ed.), *International Law in the Twentieth Century*, 1969.
- GENTILIS, Albericus, *De jure belli libri tres*, 1758.
- GILL, T. y HEERE, W. (eds.), *Reflections on Principles and Practices of International Law. Essays in Honour of Leo J. Bouchez*, 2000.
- GRAVESON, "Hersch Lauterpacht", 10 *ICLQ*, 1961.
- GREWE, W. G., *The Epochs of International Law*, Trad. de M. Byers, 2000.
- GROCIO, Hugo, *De jure belli ac pacis libri tres*, 1625.
- *Mare liberum*, 1609.
- GUGGENHEIM, P., *Traité de droit international public*, 1967.
- HALL, W. E., *A Treatise on International Law*, 8° ed., 1924.
- HANKE, L., *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America*, 1965.
- HELPS, A., *The Spanish Conquest in America*, 1900.
- HERCZEGH, G., *General Principles of Law and the International Legal Order*, 1969.
- HILL, N., *Claims to Territory in International Law and Relations*, 1945.
- HOCHSTRASSER, T.J., *Natural Law Theories in the Early Enlightenment*, 2000.
- HOLLAND, H. E., *Studies in International Law and Diplomacy*, 1898.
- JENKS, "Hersch Lauterpacht: The Scholar as a Prophet", 36 *BYbIL*, 1960.
- JENNINGS, R. y WATTS, A. (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9° ed., 1992.
- JENNINGS, R., *The Acquisition of Territory in International Law*, 1963.
- KASER, M., *Das Römische Privatrecht*, 2° ed., 1971.
- KEENE, E., *Beyond the Anarchical Society. Grocio, Colonialism and Order in World Politics*, 2002.

- KELLER, A. S., LISSITZYN, O.J. and MANN, F. J., *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts 1400-1800*, 1938.
- KELLEY, "Civil Science in the Renaissance: Jurisprudence in the French Manner", 2 *J Hist of Ideas*, 1981.
- KISCH, G., *Studien zur humanistischen Jurisprudenz*, 1972.
- KOSKENNIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, 2001.
- LAMMERS, "General Principles of Law Recognized by Civilized Nations" en F. Kalshoven (ed.), *Essays on the Development of the International Legal Order*, 1980.
- LAUTERPACHT, E., "Sir Hersch Lauterpacht, 1897-1960", 8 *EJIL*, 1997.
- , *International Law*, 1973.
- LAUTERPACHT, H. (ed.), *Oppenheim's International Law*, 8° ed., 1948.
- "General Rules of the Law of Peace", en LAUTERPACHT E. (ed.), *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, 1970.
- "Some Observations on the Prohibition of "Non Lique" and the Completeness of the Law", en VAN ASBECK, F.M. al. (eds.), *Symbolae Verzijl*, 1958.
- "The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law", 12 *BYbIL*, 1931.
- *Private Law Sources and Analogies of International Law (With Special Reference to International Arbitration)*, 1927.
- *The Development of International Law by the International Court of Justice*, 1958.
- *The Function of Law in the International Community*, 1933; 2° ed., 1973.
- LESAFFER, "An Early treatise on Peace Treaties: Petrus Gudelinus between Roman Law and Modern Practice", 23 *J Legal Hist*, 2002.
- "Charles V, *monarchia universalis*, and the Law of Nations (1515-1530)", 71 *Legal Hist Rev*, 2003.
- "The Grotian Tradition Revisited: Change and Continuity in the History of International Law", 73 *BYbIL*, 2002.
- "The Scholar as a Judge: Romeins recht en algemene beginselen van privaatrecht bij sir Hersch Lauterpacht (1897-1960)", en E. J. BROERS y B. VAN KLINK (eds.), *De rechter als rechtsvormer*, 2001.
- "The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law", 2 *J. Hist. Int'l L*, 2000.
- LÉVY, J. P. y CASTALDO, A., *Histoire du droit civil*, 2002.
- LINDLEY, M., *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, 1926.
- MACGIBBON, "The Scope of Acquiescence in International Law", 31 *BYbIL*, 1954.
- MCNAIR, "Hersch Lauterpacht", *Proceedings of the British Academy*, 1961.

- “The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations”, 33 *BYbIL*, 1957.
- MORENO QUINTANA en *Right of Passage over Indian Territory*, 1960.
- MORRIS, “International Law and Politics. Towards a Right of Self-Determination for Indigenous Peoples”, en M.A. JAIMES (ed.), *The State of Native America. Genocide, Colonization and Resistance*, 1992.
- MULDOON, “Medieval Canon Law and the Formation of International Law”, 81 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kanonistische Abteilung*, 1995.
- “The Contribution of the Medieval Canon Lawyers to the Formation of International Law”, 28 *Traditio*, 1972.
- MUNKMAN, “Adjudication and Adjustment – International Judicial Decisions and the Settlement of Territorial and Boundary Disputes”, 46 *BYbIL*, 1972.
- OPPENHEIM, L., *International Law*, 1905.
- PAGDEN, “Dispossing the Barbarian: The Language of Spanish Thomism and the Debate over the Property Rights of the American Indians”, en A. PAGDEN (ed.), *The Languages of Political Theory in Early Modern Europe*, 1987.
- PAGDEN, A., *Lords of All the World. Ideologies of Empire in Spain, Britain and France c. 1500-c. 1800*, 1995.
- *The Fall of Natural Man. The American Indian and the Origins of Comparative Ethnology*, 1982.
- PENNINGTON, K., *The Prince and the Law 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, 1993.
- PHILLIMORE, R., *Commentaries upon International Law*, 3° ed., 1879.
- PINTO, “La prescription en droit international”, 87 *RCADI*, 1955.
- PUFENDORF, S., *De jure naturae et gentium libri octo*, 1688.
- RATNER, “Drawing a Better Line: *Uti possidetis juris* and the Borders of New States”, 90 *AJIL*, 1996.
- RIVIER, A., *Principes du droit des gens*, 1896.
- ROSENNE, “Sir Hersch Lauterpacht’s Concept of the Task of the International Judge”, 55 *AJ*, 1961.
- SCHOECK, “Humanism and Jurisprudence”, en A. RABIL (ed.), *Renaissance Humanism: Foundations, Forms and Legacy*, 1988.
- SCHWARZENBERGER, “Title to Territory : Response to a Challenge”, en L. GROSS (ed.), *International Law in the Twentieth Century*, 1969.
- SCHWARZENBERGER, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 3° ed., 1957.
- SCOBIE, “The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht’s Concept of the International Judicial Function”, 8 *EJIL*, 1997.
- SHARMA, S., *Territorial Acquisition, Disputes and International Law*, 1997.

- SHAW, "The Heritage of States: The Principle of *Uti possidetis juris* Today", 67 *BYbIL*, 1996.
- "The Western Sahara Case", 49 *BYbIL*, 1978.
- *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, 1986.
- SHEARER, I. A. (ed.), *Starke's International Law*, 11° ed., 1994.
- SÖRENSEN, "Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées", 101 *RCADI*, 1960.
- STONE, "Non Liqueur and the Function of Law in the International Controversy", 35 *BYbIL*, 1959.
- TAMMELO, "Logical Aspects of the Non Liqueur Controversy in International Law", 5 *Rechtstheorie*, 1974.
- THIRLWAY, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989", 61 *BYbIL*, 1990.
- TIEMEY, B., *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural. Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, 1997.
- TRUCK, R., *The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, 1999.
- TRUYOL y SERRA, "Staatsräson und Völkerrecht in der Zeit Karls V.", en F. A. VAN DER HEYDTE (ed.), *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross*, 1960.
- TUCK, R., *Natural Rights Theories. Their origins and development*, 1979.
- TUNKINS, G., *Theory of International Law*, traducción de W. E. Butler, 1974.
- VAN DER HEYDTE, "Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law", 29 *AJ*, 1935.
- VERYKIOS, P. A., *La prescription du droit international public*, 1934.
- VERZIJL, J., *International Law in Historical Perspective*, 1968.
- *International Law in Historical Perspective*, 1970.
- VITANYI, "Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées"", 86 *RGDIP*, 1982.
- VON MARTENS, F., *Traité de droit international*, 1883.
- WALDOCK, "The Common Law of the International Community - General Principles of Law", 106 *RCADI*, 1962.
- WEIL, "The Court Cannot Conclude Definitively...? *Non Liqueur* Revisited", 36 *Columbia J Transnat'l L*, 1997.
- WESTLAKE, J., *International Law*, 1904.
- WHEATON, H., *Elements of International Law*, 1860.
- WILLIAMS, R. J., *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, 1990.
- WOLFF, C., *Ius naturae et gentium methodo scientifica pertractatum*, 1749-1764.
- WOOLF, C., *Bartolus of Sassoferrato*, 1913.

YANAGIHARA, “*Dominium and Imperium*”, in Y. ONUMA (ed.), *A Normative Approach to War. Peace, War and Justice in Hugo Grocio*, 1993.

ZIEGLER, “Die römische Grundlagen des europäischen Privatrechts”, 4 *Ius Commune*, 1972.

— “The Influence of Medieval Roman Law on Peace Treaties”, en R. LESAFFER (ed.), *Peace Treaties and International Law in European History*, 2004.

— “Völkerrechtliche Aspekte der Eroberung Lateinamerikas”, 23 *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 2001.

ZIEGLER, K. H., *Volkerrechtsgeschichte*, 1994.

ZIMMERMANN, R., *Roman Law, Contemporary Law*, European Law, 2001.