

|  |    |
|--|----|
| CAPÍTULO I   |    |
| INTRODUCCIÓN . . . . .   | 1  |
| 1. El concepto de derecho internacional . . . . .  | 1  |
| A. Definición . . . . .  | 1  |
| B. Delimitación del derecho internacional respecto de otros complejos normativos . . . . .             | 4  |
| C. El derecho internacional como ordenamiento jurídico . . . . .                                       | 8  |
| 2. Línea de desarrollo del derecho internacional . . . . .   | 14 |
| A. Orígenes del derecho internacional moderno en el sistema de Estados territoriales . . . . .         | 14 |
| B. Concepto de un orden legal universal y la escolástica tardía española . . . . .                     | 15 |
| C. Grotius y la desteoologización del derecho internacional . . . . .                                  | 17 |
| D. La época del <i>ius publicum europaeum</i> (1648–1815) . . . . .                                    | 17 |
| E. La era de los Estados nación hasta la Primera Guerra Mundial . . . . .                              | 20 |
| F. La época entre las dos guerras mundiales . . . . .  | 22 |
| G. La creación de las Naciones Unidas y el desarrollo del derecho internacional de posguerra . . . . . | 23 |
| 3. Fundamento de la validez del derecho internacional . . . . .  | 27 |
| 4. Funciones del derecho internacional en materia normativa y de estructuración . . . . .              | 33 |
| A. Primacía del derecho internacional sobre la política . . . . .                                      | 33 |
| B. Efecto legitimador . . . . .  | 36 |
| C. Estabilización de las relaciones interestatales . . . . .   | 39 |
| D. Prevención de conflictos . . . . .  | 41 |
| E. Protección de los derechos humanos . . . . .  | 43 |
| F. Influencia del derecho internacional en la estructura interna de los Estados . . . . .              | 44 |
| G. Medio ambiente . . . . .  | 46 |
| H. Orden económico internacional . . . . .   | 46 |

|  |    |
|--|----|
| 5. Los Estados del mundo como comunidad jurídica y el derecho internacional como orden objetivo de valores . . . . . | 48 |
| A. La doctrina de la comunidad jurídica internacional . . . . .  | 48 |
| B. El derecho internacional como expresión de un orden de valores objetivos . . . . .                                | 52 |
| C. “Objetivos comunes de la humanidad” y “Patrimonio común de la humanidad” . . . . .                                | 58 |
| 6. Relaciones con las ciencias políticas (doctrina de las relaciones internacionales) . . . . .                      | 59 |

## CAPÍTULO I

### INTRODUCCIÓN

#### 1. EL CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL

##### A. *Definición*

En forma similar a como ocurre en la comunidad humana, dentro de la comunidad estatal, el orden mundial estatal requiere también de reglas vinculantes, con base en las cuales se estructuran las relaciones entre los Estados. A este fundamento básico compuesto por preceptos legales pertenecen, desde hace varios siglos, las reglas no escritas y las consignadas en tratados sobre el territorio estatal, la adquisición de territorios, los asuntos diplomáticos o la utilización de los mares. Durante largo tiempo, estas reglas le han impuesto límites al ámbito de decisión política de los Estados. Su violación, por motivos de oportunidad política o por simple negligencia, se considera como indebida en la comunidad internacional.

Desde finales del XIX, y en especial desde finales de la Segunda Guerra Mundial, la red de normas interestatales se ha refinado y profundizado cada vez más. La libertad de los Estados para declarar la guerra como instrumento político, existente hasta comienzos del siglo XX, se transformó, luego de la Primera Guerra Mundial y de la Carta de las Naciones Unidas (1945), en una prohibición plena de la violencia. La colaboración de los Estados y la solución de conflictos se controlan en creciente medida a través de la creación de las organizaciones internacionales (por ejemplo, la Sociedad de Naciones y las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la OTAN o la Organización Mundial del Comercio). Estas organizaciones, creadas por los Estados, actúan por su parte como portadoras de sus propios derechos, obligaciones y competencias, por ejemplo, para la expedición de reglas vinculantes para sus miembros o para la celebración de tratados.

Además, se han desarrollado reglas sobre la conducta de los Estados en otros importantes ámbitos, principalmente con el objeto de atar el poder estatal. En este contexto, tiene especial significado el reconocimiento de los derechos humanos frente al poder estatal y los progresivos desarrollos de los estándares en esa materia, mediante tratados mundiales o regionales. En el caso de los derechos humanos, se encuentra en primer plano la protección del individuo (protección individual), a pesar de que el derecho internacional contempla garantías para los grupos sociales (derechos humanos colectivos, protección de las minorías).

En el concepto del derecho internacional se reflejan esos desarrollos. El derecho internacional clásico reconocía esencialmente sólo a los Estados como portadores de derechos y deberes propios, durante el tiempo de paz y guerra. Esto estuvo vigente durante largo tiempo, y fue allí mismo donde se generaron las reglas para la protección de las personas individuales, por ejemplo mediante disposiciones para la protección de los prisioneros de guerra o para la protección de las poblaciones civiles durante las ocupaciones militares. Aún el derecho internacional regula básicamente las relaciones entre los Estados, como los sujetos originarios (“nacidos”) del derecho internacional y principales actores en la comunidad internacional. Al respecto, es necesario hacer una precisión: el derecho internacional regula principalmente sólo aquellas relaciones entre los Estados, que por su naturaleza soberana o que por voluntad de los Estados participantes se sustraen del derecho nacional.

Existen relaciones de derecho internacional en aquellos casos en los que dos Estados celebran un tratado para la promoción y la protección de inversiones o para la extradición de delincuentes. Por el contrario, un contrato entre el Estado de Utopía y la República Federal de Alemania que tenga por objeto la venta de un inmueble de propiedad de la República Federal de Alemania en Berlín, para la embajada de Utopía, caería al igual que cualquier otro negocio inmobiliario (entre particulares), en el ámbito del derecho alemán.

Además de las relaciones interestatales, el derecho internacional moderno regula la creación de organizaciones internacionales y otras entidades o asociaciones, que como sujetos del derecho internacional, tienen derechos y obligaciones propios (como por ejemplo, la Santa Sede, el Comité Internacional de la Cruz Roja o los movimientos de liberación). Finalmente, el concepto de derecho internacional se extiende también a

las restricciones del poder estatal, en especial a la protección de los derechos humanos.

Por consiguiente, el derecho internacional público se puede *definir* como la totalidad de las reglas sobre las relaciones (soberanas) de los Estados, organizaciones internacionales, y otros sujetos del derecho internacional entre sí, incluyendo los derechos o deberes de los individuos relevantes para la comunidad estatal (o parte de ésta).

El concepto alemán de “derecho de los pueblos”\* conduce a error, pues oculta que en el centro de la comunidad mundial se encuentran, todavía, los Estados, así como que el derecho internacional constituye en esencia el derecho de las relaciones entre Estados. A efectos de dar claridad, es necesario recurrir al concepto en lengua alemana, que es una traducción directa de la expresión latina *ius gentium* (o del *droit des gens*) de la escolástica tardía española, al igual que para los clásicos del derecho internacional en los siglos XVII y XVIII. En inglés, el concepto “derecho internacional” corresponde al concepto de (*public*) *international law* (initialmente *law of nations*), acuñado por Jeremías Bentham en 1789; en francés, se encuentra el concepto de *droit international public* y, en español, “derecho internacional público”.

El concepto de “derecho internacional” amerita adicionalmente una justificación especial. Por una parte, el ordenamiento internacional sirve no solo al equilibrio de los intereses entre los Estados o de los gobiernos que actúan en ellos, sino también a los pueblos y seres humanos individualmente. Por otra, el desarrollo actual ha ido desbordando paulatinamente a las naciones y minorías de la “mediatización” a través del Estado. Se puede pensar aquí en el derecho de autodeterminación de los pueblos, la protección de las minorías, la intervención de las Naciones Unidas en caso de un colapso total del poder estatal, o para la protección de la voluntad democrática aun en contra del régimen que se encuentre gobernando. En lo que respecta al ámbito de validez espacial, se debe distinguir, principalmente, entre derecho internacional universal (válido en todo el mundo) y derecho internacional particular, que se aplica solo a un segmento de la comunidad de Estados, o inclusive solo a dos Estados (por ejemplo, el derecho consuetudinario o de los tratados de una región).

\* El término en alemán es *Völkerrecht*, que traducido literalmente significa derecho de los pueblos.

BIBLIOGRAFÍA: A. D'Amato, *International Law: Process and Prospect*, 2a. ed., 1995, cap. 1; W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964; M. W. Janis, "Jeremy Bentham and the Fashioning of International Law", *AJIL*, 78 (1984), pp. 405 ss.; R. Jennings, "What is International Law and How Do We Tell it When We See It?", *SchwJIR*, 37 (1981) pp. 59 y ss.

B. *Delimitación del derecho internacional respecto de otros complejos normativos*

El derecho internacional se tiene que delimitar respecto de otros complejos normativos que se ocupan igualmente de asuntos de carácter internacional.

a. Derecho comunitario europeo

El derecho comunitario europeo surgido de los Tratados de Constitución de la Comunidad Europea (la Comunidad Europea del Acero y el Carbón, ya extinta desde 2002, la Comunidad Europea y la Comunidad de la Energía Atómica) se fundamenta también en los acuerdos de derecho internacional celebrados por los Estados miembros (a partir de mayo 2004, en total 25 Estados). Debido al traslado de los derechos soberanos de los Estados miembros a la Comunidad y de los especiales efectos de los tratados comunitarios, así como de los actos jurídicos de los órganos comunitarios sobre el derecho interno de los Estados miembros, el sistema del derecho comunitario no se puede seguir analizando con las consideraciones propias del derecho internacional. Más aún, los tratados constitutivos de las comunidades han creado un orden jurídico autónomo:

A diferencia de los tratados tradicionales del derecho internacional, el Tratado de la Comunidad Europea creó un orden jurídico propio, que una vez entró en vigencia debió ser adoptado por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y aplicado por sus tribunales. A través del establecimiento de una Comunidad por un tiempo ilimitado, que se encuentra dotada de órganos propios, con capacidad jurídica y negocial, con capacidad internacional y especialmente, con derechos soberanos que provienen de la limitación de la competencia de los Estados miembros o del traslado de los derechos soberanos de los Estados miembros a la Comunidad, los

Estados miembros han limitado su soberanía y de este modo han creado un ordenamiento legal que es vinculante para sus miembros y para él mismo (TJE, caso 6/64, Costa/ENEL, RJ 1964, 1251 [1256]).

El Tribunal Europeo ha señalado que los Estados miembros deben cumplir satisfactoriamente el sistema del tratado en sus elementos centrales y no a voluntad (TJE, opinión 1/94, RJ 1991, I-6079 núm. 72). El Tribunal Europeo se refiere en este contexto a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea como el “instrumento constitucional de una comunidad jurídica” (*Ibid.*, párrafo 21). Finalmente, el derecho comunitario europeo constituye un orden jurídico, que a lo largo de su desarrollo ha ido añadiéndole cada vez mas elementos a su base de derecho internacional, en una forma tal que sólo se encuentra en un sistema estatal federal. Esta situación, que no se puede considerar dentro de las categorías comunes del derecho internacional, impide contestar con facilidad las preguntas que se suscitan sobre la medida en que los Estados miembros de la Comunidad (de la Unión Europea) son aún los “soberanos de los Tratados”, hasta qué punto tienen facultades para modificar el sistema comunitario o ponerle fin, y bajo qué presupuestos es posible separarse de él.

Por el contrario, en el ordenamiento jurídico de las tres comunidades “supranacionales” (con el traslado de los derechos soberanos y el efecto directo de los actos jurídicos de los órganos comunitarios en el derecho interno) se conserva dentro de los criterios tradicionales de la cooperación regulada por el derecho internacional, la cooperación intergubernamental de los Estados miembros de la Unión en el campo de la política conjunta externa y de seguridad, y en los ámbitos de la cooperación política y judicial en asuntos penales.

*b. El derecho de conflicto de ordenamientos jurídicos (el derecho internacional privado, el derecho público internacional y el derecho penal internacional)*

El derecho de conflicto de leyes de cada Estado determina qué derecho se aplica a un asunto que se relaciona con varios Estados (o varios ordenamientos jurídicos). Para el juez nacional son aplicables siempre las reglas del derecho de su país (*ius fori*), que de conformidad con el asunto le ordenan o la aplicación de su propio derecho o le remiten al ordenamiento legal de otro Estado. Dependiendo del campo de especializa-

ción, se tratará de las reglas del derecho internacional privado, del derecho penal internacional, o del derecho público internacional. El derecho internacional privado determina el derecho nacional aplicable en el marco de las relaciones de derecho privado (por ejemplo, el derecho de las obligaciones, el derecho societario, o el derecho de bienes). Por ejemplo: Una empresa francesa celebra un contrato con una firma alemana para el suministro de materias primas en Rusia. Aquí, el derecho internacional privado (el derecho de los respectivos Estados del fuero) determina en qué medida el derecho francés, alemán y ruso se aplican a las relaciones contractuales.

En el caso del derecho público internacional, se trata de cuál derecho nacional se aplica a las relaciones de derecho público en asuntos en los que se encuentran implicados dos o más Estados. Así, el derecho de conflictos del Estado del fuero debe decidir hasta qué punto tienen efectos más allá de las fronteras las órdenes de las autoridades extranjeras en materia de derecho ambiental, en el caso de una empresa que daña el medio ambiente. Sobre este particular, los respectivos Estados pueden celebrar un acuerdo internacional (véase por ejemplo, el Tratado entre la República Federal de Alemania y Austria sobre el manejo del aeropuerto fronterizo de Salzburgo, TCF, 72, 66).

En ocasiones, el derecho internacional mismo contempla reglas para la aplicación de las normas (públicas) extranjeras. Así, por ejemplo, la adquisición o pérdida de la nacionalidad se rige por el derecho del Estado patria. Algunos Estados conceden la nacionalidad solo cuando se comprueba que existe una relación suficientemente estrecha entre el individuo y el Estado que concede la nacionalidad (véase, por ejemplo, el apartado 26,1 de este libro).

La aplicación del derecho penal local a asuntos que tienen relación con un país extranjero (por ejemplo, colaboración de un nacional en la construcción de una fábrica de gas en el extranjero o que se ocupa de la actividad de espionaje en el extranjero) las regula el derecho penal internacional (en Alemania, por ejemplo, los §2 y ss. del Código Penal).

Se debe separar el derecho penal internacional (rama el derecho nacional) del derecho internacional penal, el cual contempla reglas de derecho internacional sobre sanciones penales (por ejemplo, en contra de las graves violaciones de los derechos humanos o crímenes de guerra).

### c. Lex mercatoria

El desarrollo de determinadas reglas para el comercio internacional (privado) se acerca a la idea de que habría para las relaciones entre los socios comerciales un ordenamiento legal propio, constituido con base en las costumbres comerciales internacionales, la práctica de los tratados internacionales y los principios generales del derecho: *lex mercatoria* (algunos hablan en ese contexto también de un “derecho transnacional”). La existencia de un ordenamiento jurídico a-nacional de este tipo es discutible. Durante largo tiempo, la opinión prevaleciente consideró que todas las relaciones jurídicas deben someterse o bien al derecho internacional o bien al derecho nacional, sin darle ningún espacio a la existencia de un tercer orden jurídico entre estas dos posibilidades. En la jurisprudencia nacional reciente, especialmente la de los tribunales de Europa occidental, existe una disposición cada vez más marcada, en el caso de negocios comerciales internacionales —principalmente en el marco de los procesos arbitrales— a remitir el tema de los acuerdos contractuales a los principios consuetudinarios de la *lex mercatoria* o a los principios generales del derecho contractual, como “derecho” aplicable a la reglamentación de las relaciones negociales (véanse por ejemplo, Cour de Cassation, *Compania Valenciana de cementos Portland c. Primary Coal*, Rev. Arb. 1992, p. 663; Court of Appeal inglesa, *Deutsche Schachtbau- und Tiefbaugesellschaft vs. R'As Al-Khaimah National Oil Co.*, [1987] 3, W. L. R. 1023; el caso del derecho arbitral alemán el §1051 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil).<sup>1</sup> El fundamento para este tipo de reconocimiento lo constituye, desde el punto de vista de los Estados del fuero, la autonomía privada de las partes contractuales que quieren separar su relación de la intervención del derecho nacional. Esta posibilidad es bastante significativa especialmente en los contratos entre particulares y Estados extranjeros (o empresas estatales), cuando ambas partes quieren evitar someterse tanto al derecho de la parte contractual estatal como al derecho del Estado patria del particular, o al ordenamiento jurídico de un tercer

<sup>1</sup> §1051 “Derecho aplicable (1) El tribunal de arbitramento deberá decidir la controversia de conformidad con las disposiciones que las partes hubieren señalado como aplicables al contenido de la controversia. El señalamiento del derecho o del ordenamiento jurídico de un determinado Estado es, en tanto que las partes no hubieren acordado expresamente otra cosa, una remisión directa a las disposiciones específicas de ese Estado y no ha su derecho de conflictos de ley”.

Estado. Se debe tener en cuenta, además, que un Estado y una empresa privada extranjera también pueden someter su relación contractual directamente al derecho internacional (véase nuestro apartado 13).

BIBLIOGRAFÍA: sobre Comunidad Económica Europea: U. Everling, “Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft noch Herren der Verträge? Zum Verhältnis von Europäischem Gemeinschaftsrecht und Völkerrecht”, *Festschrift für H. Mosler*, 1983, pp. 173 y ss.; *id.*, “Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union als “Herren der Verträge””, en: *Festschrift für R. Bernhardt*, 1995, pp. 1161 y ss.; M. Herdegen, “Vertragliche Eingriffe in das “Verfassungssystem” der Europäischen Union”, *Festschrift für U. Everling*, 1995, t. I, pp. 447 y ss.; *id. Europarecht*, 6a. ed., 2004.

Sobre derecho de conflicto: C. von Bar, *Internationales Privatrecht*, t. I (1987), t. II (1991); G. Kegel/K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, 8a. ed., 1999; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 4a. ed., 2001; D. Oehler, *Internationales Strafrecht*, 2a. ed., 1983.

Sobre *lex mercatoria*: K. P. Berger, *Formalisierte oder “Schleichen-de” Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, 1996; B. Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, Clunet 106, 1979, pp. 475 y ss.; E. Langen, *Transnationales Recht*, 1981; U. Stein, *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, 1995.

### C. El derecho internacional como ordenamiento jurídico

Desde la perspectiva del derecho interno, persiste la idea de que el “derecho” se encuentra vinculado a la posibilidad de imponer mandatos o prohibiciones por la vía de la fuerza. El derecho aparece así caracterizado por el elemento de la fuerza y de la sanción en caso del incumplimiento de un deber. En el derecho nacional los instrumentos del derecho políctico y algunos ordenamientos especiales, la ejecución administrativa, la ejecución judicial y las sanciones del derecho penal aseguran el cumplimiento de la ley dentro de una comunidad constituida en forma de Estado. El cumplimiento del derecho internacional no se puede asegurar con la misma efectividad. No existe una jurisdicción general y vinculante, que conozca de las controversias en materia de derecho internacional, ni una instancia central que legisle mundialmente, ni se dispone de

una “fuerza de policía” permanente que imponga efectiva y homogéneamente los principios del derecho internacional. Con estos déficit en la aplicación del derecho internacional, quienes le niegan al derecho internacional el carácter de un verdadero ordenamiento legal, especialmente en el último siglo, argumentan que la comunidad de Estados encontró formas modestas de cooperación institucionalizada en el ámbito global o regional, y que el ámbito de acción de los Estados en época de paz o de guerra, se encuentra limitado en forma similar por unas pocas reglas. En la falta de una autoridad superior para la aplicación del derecho interestatal y en la debilidad de las sanciones del derecho internacional se ha apoyado de manera especial la escuela positivista de John Austin (*Lectures on Jurisprudence*, t. I, 1885, Conferencia I, pp. 86 y ss.; Conferencia V, p. 172). De acuerdo con ésta, el derecho internacional puede reclamar sólo una obligatoriedad moral.

Las controversias acerca del carácter legal del derecho internacional son, sin embargo, desde hace algún tiempo, cosa del pasado. Esto es válido especialmente para el indiscutible poder de direccionamiento y la legitimización de las reglas del derecho internacional, que en el último siglo se hizo más evidente. Ciertamente, el mundo estatal actual se caracteriza, por regla general, por el alto grado de acatamiento de las obligaciones de derecho internacional, a pesar de que para algunos polí-tólogos y medios, el caso patológico de un incumplimiento de las obligaciones del derecho internacional pasa a un primer plano cuando se trata de justificar la dominación de las relaciones de poder y la oportunidad política.

Ciertamente, la apelación a la “soberanía” de los Estados como el bastión de la libertad de acción goza de gran popularidad aún hoy en día, frente a las restricciones experimentadas. Pero ningún Estado deriva de su propia soberanía la libertad para incumplir los tratados o de otras reglas del derecho internacional. Por el contrario, la soberanía se entiende como un estatus que se caracteriza por el cumplimiento de las reglas del derecho internacional, que se origina en la vinculación de un Estado a la comunidad internacional:

La soberanía, finalmente, es un estatus, la vinculación de la existencia del Estado como miembro del sistema internacional. En la actualidad, la única forma en que muchos Estados pueden realizar y expresar su soberanía es a través de la participación en los diferentes regímenes que regulan y orde-

nan el sistema internacional. El aislamiento del dominante y rico contexto significa que el potencial del Estado para el crecimiento económico y la influencia política no se podrá realizar. La conexión con el resto del mundo y la habilidad política para ser un actor dentro de éste, son más importantes que cualquier beneficio tangible para explicar el acatamiento del acuerdo regulatorio internacional (A. Chayes/A. Handler Chayes, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, 1995, p. 27).

La indeterminabilidad de algunas reglas del derecho internacional y la ostensible debilidad en la aplicación colectiva del derecho, no ponen en tela de juicio la validez del derecho internacional. Incluso, algunos ejemplos de aplicación unilateral de una posición jurídica acudiendo al uso de la violencia, indican más bien la debilidad en la capacidad de actuación de las Naciones Unidas y menos un rechazo al imperio del derecho internacional. Esto se aplica, por ejemplo, a las recientes intervenciones militares de los Estados Unidos —que se pueden traer a colación en este contexto— prevalentemente en contra de las organizaciones terroristas y de su apoyo por ciertos Estados: los ataques en contra de Libia (1986) así como en contra de algunas instalaciones en Afganistán y Sudan (1998); la ocupación de Grenada (1983) por invitación del Gobernador General; las intervenciones militares en Panamá (1989) para derrocar un mandatario que se encontraba implicado con el tráfico internacional de drogas, y la protección de los nacionales americanos.

Aun en los casos especialmente problemáticos (como la intervención en Nicaragua y la invasión de Panamá, condenadas por la Corte Internacional) la declaración de los Estados Unidos para justificar sus intervenciones se ha movido en el marco de una argumentación sustentada en el derecho internacional vigente (véase, por ejemplo, A. D'Amato, "The Invasion of Panama was a Lawful Response to Tyranny", *AJIL*, 84 (1990), pp. 516 y ss.).

La orientación de la práctica estatal en las reglas del derecho internacional encuentra expresión en una frase del internacionalista norteamericano Louis Henkin: "Casi todas las naciones observan casi todos los mismos principios del derecho internacional y casi todas las obligaciones casi todo el tiempo" (L. Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2a. ed., 1979, p. 47).

Para la conformación de un sistema universal de principios legales fundamentales es decisiva la Carta de las Naciones Unidas como "Cons-

titución” de la comunidad internacional. En la actualidad, casi todos los Estados son miembros de las Naciones Unidas o, por lo menos (como sucede con Suiza), reconocen expresamente sus principios.

Con bastante frecuencia se asegura constitucionalmente el reconocimiento de las obligaciones del derecho internacional. Así lo prevé, por ejemplo, el artículo 25 de la ley fundamental alemana: “Las reglas generales del derecho internacional público hacen parte integrante del derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”.

La cultura política de la mayor parte de los Estados justifica la separación de las obligaciones de derecho internacional, con fundamento en la razón de Estado, aun cuando no se trate de los intereses supremos del Estado. En efecto, algunos miembros de la comunidad de Estados han roto por largo tiempo sus relaciones con la normatividad del derecho internacional. Para la validez universal del derecho internacional, como orden legal, esto ha significado, por consiguiente, un paso importante, como ocurrió cuando la Unión Soviética, en la fase final de su existencia, reconoció expresamente en el marco de la *Perestroika* la primacía del derecho internacional en relación con su política externa.

Hoy en día, el poder normativo de direccionamiento del derecho internacional vive esencialmente de su introyección en los Estados. Esto significa que, en el ámbito interno del Estado, la garantía jurídica de las obligaciones del derecho internacional y el consenso social guían el proceso de decisión política por las vías del derecho internacional. Así, por ejemplo, en la República Federal Alemana, al igual que lo que ocurre con la violación de la Constitución, es un tabú el incumplimiento de una obligación de derecho internacional por parte de los órganos políticos.

La violación abierta de una obligación del derecho internacional se considera en el mundo estatal actual como una falta de cultura jurídica. La laxitud con la que en ocasiones los Estados Unidos da cumplimiento a sus obligaciones contractuales ha recibido severas críticas en la doctrina del derecho internacional (D. Vagts, “Taking Treaties Less Seriously”, *AJIL*, 92, 1998, pp. 458 y ss.).

En los Estados federales se pueden presentar problemas especiales, cuando un Estado individualmente se distancia de las obligaciones internacionales, que vinculan a la totalidad del Estado, y cuya violación se atribuye a todo el Estado. Un caso bastante escandaloso fue la ejecución de un ciudadano paraguayo en el Estado de Virginia (ya que en los Esta-

dos Unidos no se le garantizó ninguna asistencia consular en el sentido de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y del Tratado de Amistad entre ambos Estados), desconociendo una orden provisional de la Corte Internacional (*Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations, Paraguay vs. USA, ICJ Reports, 1998*, pp. 248 y ss.); al respecto, el informe de W. J. Aceves, *AJIL*, 92 [1998], pp. 517 y ss.; ver también *La Grand Case [Germany vs. USA]*, *ICJ Reports, 1999*, pp. 9 y ss.; *ICJ Reports, 2001*, vol. 40, p. 119). Antes de la ejecución la Suprema Corte negó la suspensión con el argumento de que ni el condenado ni Paraguay podían hacer valer como causal para impedir el cumplimiento de la sentencia, la violación de los tratados (*B. vs. Greene, ILM, 37 [1998]*, p. 824). El caso enseña también cómo, dentro de un mismo gobierno, son marcadas las diferencias frente al cumplimiento de las obligaciones de derecho internacional. El Departamento de Estado americano estuvo a favor de la suspensión de la ejecución y se refirió al tema de la reciprocidad en interés de los ciudadanos americanos en el extranjero. El Ministerio de Justicia, por el contrario, parece que sólo tuvo en cuenta el castigo del delito mediante la ejecutoria de la sentencia en firme.

En la comunidad de Estados moderna, las violaciones al derecho deben contar en mayor medida con sanciones más fuertes, que hace algunos años. Parte esencial de este desarrollo ha sido la revitalización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas desde finales de la guerra fría (especialmente desde el segundo conflicto del Golfo de 1990-1991 con la expulsión de Irak de Kuwait, ordenada por una resolución del Consejo de Seguridad, y las medidas adicionales para la protección de las minorías iraquíes, así como la domesticación del potencial militar iraquí). Adicionalmente, otras organizaciones internacionales (por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio o la OTAN) y las organizaciones no gubernamentales (como Amnistía Internacional) prestan una importante colaboración a la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones internacionales. De ahí proviene la creciente disponibilidad de los Estados a reaccionar en caso de violaciones en contra de la prohibición de hacer uso de la fuerza, en el caso de las graves violaciones a los derechos humanos o del apoyo al terrorismo internacional.

Las sanciones económicas por parte de los más importantes socios comerciales, en esos casos, sensibilizan existencialmente a quienes violan la ley. La configuración de las relaciones económicas internacionales se

encuentra también en ocasiones en estrecho contacto con los estándares de seguridad del derecho internacional. Los tratados de cooperación, por ejemplo, de la Comunidad Europea con los países en desarrollo, contemplan en muchos casos cláusulas sobre derechos humanos. En este sentido, por ejemplo, el tratado de cooperación entre la Comunidad Europea y la República de India sobre Asociación y Desarrollo, de 1994, contempla (*D. O.* 1994 núm. L 223, p. 23): “El respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos es el fundamento de la cooperación entre las Partes del Tratado y de las disposiciones de este Acuerdo así como parte esencial de este acuerdo” (artículo 1o., inciso1).

En los ordenamientos del comercio mundial, en el marco de la Organización Mundial de Comercio, se creó un procedimiento de solución de controversias efectivo, y se le dotó de un potencial sancionatorio importante. Aun para las grandes potencias económicas, la violación de las reglas del orden mundial del comercio representa un riesgo sensible.

No obstante, la controversia sobre las normas proteccionistas del mercado de banano de la Comunidad Europea (que restringían las importaciones de banano provenientes de Centro y Sudamérica, y que eran claramente violatorias del GATT) es un ejemplo de cómo en ocasiones, con una cierta indiferencia, aduciendo la prevalencia de los intereses económicos, se puede violar un tratado. Sin embargo, lo que es más deplorable es que el Tribunal Europeo no evaluó la resolución del Consejo de la Unión Europea con base en las obligaciones que se generaban en el marco del GATT (TJE, 280/93, RJ 1994, I-4973 núm. 110).

En el contexto de algunos tratados regionales (especialmente de la Convención Europea de Derechos Humanos), se asegura la observancia y la vigilancia de los estándares de derechos humanos en forma similar o mejor que la garantía interna en muchos ordenamientos legales. En el caso de Somalia, con fundamento en las resoluciones del Consejo de Seguridad, la atribución provisional a las Naciones Unidas de funciones en materia de organización ante el resquebrajamiento del poder estatal (la creación de un Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia y para Rwanda, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), es un paso importante para hacer realidad el cumplimiento de los deberes individuales contemplados en el derecho internacional.

En la actualidad, el derecho internacional no se ve en peligro por la carencia de principios o por la falta de acatamiento. Lo que sí es cada

vez más problemático es el intento de desarrollar siempre nuevos derechos y principios, cuyo contenido no es fácilmente determinable (como por ejemplo, el derecho al desarrollo).

El mayor déficit del ordenamiento internacional lo constituyen las debilidades para la aplicación colectiva o individual en el caso de graves violaciones de los derechos humanos. En estos casos, la protección del violador del derecho (por ejemplo, en el caso de apoyo al terrorismo internacional por parte de ciertos Estados) mediante la estricta prohibición del uso de la fuerza es problemática, ya que el derecho de autodefensa se ve disminuido ante la autoridad del derecho internacional (por ejemplo, la difícil justificación de la acción militar de liberación de Israel, luego del secuestro de un avión israelí en Entebbe, 1976).

La intervención humanitaria de los Estados de la OTAN para la protección de las minorías albanas en Kosovo (primavera, 1999) desató una fuerte discusión en la doctrina del derecho internacional sobre los límites de la prohibición del uso de la fuerza. Desde ese momento, ha ganado fuerza en la ciencia del derecho internacional una corriente que obliga a ponderar la prohibición del uso de la fuerza frente a la protección de los derechos humanos más elementales (véase al respecto nuestro apartado 34, f).

BIBLIOGRAFÍA: P. Allot, “The Concept of International Law”, *EJIL*, 10 (1999), pp. 31 y ss.; T. M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, 1990; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2a. ed., 1994; L. Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2a. ed., 1979; H. H. Koh, “Why Do Nations Obey International Law?”, *Yale Law Journal*, 106 (1997), pp. 2599 y ss; H. Mosler, “Völkerrecht als Rechtsordnung”, *ZaöRV*, 36 (1976), pp. 6 y ss; G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8a. ed., 1973, 28.

## 2. LÍNEA DE DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL

### A. *Orígenes del derecho internacional moderno en el sistema de Estados territoriales*

La idea de un sistema legal (de derecho internacional) completo, que regulará las relaciones entre las Estados independientes no existió en la Antigüedad ni en el Medioevo. En el reino romano el *ius gentium* reglamentó, como parte del derecho romano, las relaciones entre romanos y

extranjeros. Sólo hasta mucho más tarde, el concepto experimentó un cambio de significado: como expresión de un ordenamiento contentivo de los derechos y deberes entre Estados y otras asociaciones. El derecho internacional en el sentido “moderno” es una creación de los tiempos modernos. El desarrollo de reglas fijas para el servicio exterior, la adquisición de territorio, la solución de controversias a través de instancias neutrales así como para la forma y manera de conducir la guerra, se encuentran ligadas a la creación de los Estados territoriales en Europa. Para el desarrollo del derecho internacional como un ordenamiento legal de coordinación de los Estados, el concepto de poder estatal pleno, sin límites externos, juega un papel esencial. De ahí partió el doctrinante francés *Jean Bodin* para la creación del concepto de soberanía (*Seis libros de la República*, 1576, Primer Libro, capítulo X). La línea de continuidad que siguieron individualmente las instituciones en los períodos tempranos se debe considerar con reservas. No obstante, la idea de un orden universal se remonta hasta las doctrinas de los antiguos sobre el Estado.

#### B. *Concepto de un orden legal universal y la escolástica tardía española*

A la idea de un orden jurídico válido para cristianos, judíos y paganos (así como para sus organizaciones), le dio cuerpo en el Medievo la Escolástica, especialmente la doctrina del derecho natural de Tomás de Aquino (1227-1274). Se trataba de la idea de un derecho natural válido para todos, producto de la razón humana —independiente de la orientación religiosa del individuo. Sin embargo la universalidad de un ordenamiento de este tipo en el Medievo fue relativizada por la contraposición de una comunidad cristiana (*res publica christiana*) y una comunidad de todos los pueblos (*communitas omnium gentium*). La doctrina de Tomás de Aquino permitía ejercer la fuerza en contra de los paganos, cuando esta se dirigía en contra de las blasfemias, en contra de las convicciones religiosas dañinas o en contra de la persecución de los cristianos (*Summa theologiae*, II, 2 *quaestio* 10, 8). En esa doctrina de la guerra justa (*bellum iustum*) se apoyaron más tarde los apologetas de las conquistas coloniales. En la época de las cruzadas se discutió si los Estados cristianos y paganos pudiesen o no entrar en relaciones contractuales entre sí.

Posteriormente, en la época del descubrimiento, las pretensiones colonizadoras de España y Portugal representaron un difícil desafío para la

idea de un orden universal. La bula del papa Alejandro VI —*Inter caetera*— de 1493, y el Tratado de Tordesillas de 1494 entre la Corona española y la portuguesa, dividieron entre España y Portugal el Nuevo Mundo a lo largo de una línea norte-sur (todas las islas y territorios continentales descubiertos o por descubrir), desconociendo por completo los derechos de los pueblos paganos. En la escolástica tardía española, el dominico Francisco de Vitoria (1486-1546) dio los impulsos esenciales para el reconocimiento de un ordenamiento internacional universal en la época colonial. Del fundamento natural del derecho internacional, en el contexto de la conquista de Latinoamérica por España, Vitoria concluyó que también los pueblos aborígenes eran titulares de derechos, pero sin que fueran iguales a los de los Estados cristianos de Europa. La guerra de la conquista en contra de los pueblos aborígenes le exigió a Vitoria una justificación especial, que él encontró en la protección frente a los sacrificios humanos o el canibalismo, así como en el cumplimiento de los objetivos misionales frente a la oposición de los pueblos paganos (*De Indis recenter inventis* y *De iure belli Hispanorum en barbaros*, 1557).

Otro internacionalista clásico de la escolástica española tardía, el jesuita Francisco Súarez (1548-1617), colocó en el centro de su sistema de derecho internacional a la comunidad mundial de Estados y pueblos, cuyos principios legales generales, se fundaban en el derecho natural (*Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, 1613). Súarez situó junto al contenido inmutable de un derecho natural primario, el mandato de un derecho natural de segundo orden, que admitía su ampliación como respuesta a las necesidades de cambio, y por tanto a las modificaciones. De aquí parte la prudente emancipación del derecho internacional de los postulados religiosos. Las doctrinas del internacionalista de Oxford Alberico Gentili (1552-1608), que se convirtió al protestantismo y emigró de Italia a Inglaterra, tuvieron una influencia decisiva en la secularización del derecho internacional que se dio en la escolástica tardía española. A él se remonta la justificación teológica del uso de la fuerza fundada en un sistema objetivo de derechos y deberes mutuos de los Estados.

La mirada a la práctica estatal, por ejemplo, para la configuración de las relaciones contractuales, desplaza la deducción de las reglas del derecho internacional de la influencia religiosa hacia unos principios de derecho natural, superiores y supremos. Bastante importante es el trabajo de Gentili sobre el Derecho de Guerra (*De iure belli*, 1598). Gentili consideró la

guerra como un suceso procesal y un arte de duelo, al que ambos contendientes como titulares de los mismos derechos tendrían que atender. Con la doctrina de la paz justa, el trabajo de Gentili sentó las bases para la actual discusión sobre la “*fairness*” como punto central del derecho internacional.

#### C. Grotius y la deseologización del derecho internacional

La mayor influencia en el desarrollo de un derecho natural “mundial” se expresa en el doctrinante holandés Hugo Grotius (1583—1645), a quien se le conoce en la actualidad como el “padre del derecho internacional”. En su trabajo principal *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), Grotius presenta la práctica estatal como fuente del derecho internacional, junto al derecho natural derivado de la razón humana. La voluntad de los Estados documentada en los tratados, y por tanto en el consenso de la comunidad de Estados, sería el fundamento de validez propio del derecho internacional. La relación en que se encontraban las reglas derivadas del derecho natural y aquellas fundadas en la práctica estatal, la contraposición entre el *ius gentium naturalis* y el *ius gentium voluntarium*, termina con Grotius.

En la tradición de las doctrinas del derecho internacional de influencia religiosa, persistía aún la preocupación, de encontrar los fundamentos para una guerra justa (*iusta causa*). Al respecto, Grotius admitió únicamente la defensa para reconquistar los territorios que hubieren sido ocupados y la pena para los infractores. Ante los horrores de las guerras confesionales, Grotius desarrolló reglas formales para la conducción de la guerra y la situación jurídica de la neutralidad.

En contraposición a las pretensiones de España y Portugal de controlar el tráfico marítimo en los nuevos territorios, Grotius propuso la libertad de los mares (*Mare liberum*, 1609). A esto se opuso posteriormente el inglés John Selden (1584-1654), que, con la tesis de la capacidad de apropiación de los mares, defendió los intereses del poder marítimo de Gran Bretaña (*Mare clausum*, 1635).

#### D. La época del *ius publicum europaeum* (1648-1815)

La época entre la culminación de la guerra de los Treinta Años (tratados de paz de Münster y Osnabrück, 1648) y el Congreso de Viena

(1815) se caracterizó por el ordenamiento territorial de Europa y de los territorios de ultramar mediante Conferencias de Estados y el logro del equilibrio entre los grandes poderes.

Ésta se conoce como la época clásica del derecho internacional europeo (*ius publicum europaeum*). Francia erigió al reino español como el poder hegemónico del continente europeo, colocándose así en contraposición con los intereses de la Gran Bretaña. Las relaciones diplomáticas experimentaron un desarrollo creciente mediante organizaciones con reglas refinadas sobre privilegios e inmunidades. La jurisdicción internacional como mecanismo para la solución de controversias, que había entrado en paulatina decadencia, hacia finales del siglo XVIII tuvo un resurgimiento con el tratado Jay de 1794, entre los Estados Unidos y la Gran Bretaña. Las reglas relativas a la delimitación de las pretensiones de soberanía sobre los territorios y mares se siguieron desarrollando, así como el ordenamiento legal de altamar y el derecho de neutralidad.

El dualismo del trabajo de Grotius entre la fundamentación naturalista del derecho internacional y el enfoque “positivista” (con base en la práctica de los Estados) continuo influyendo la doctrina del derecho internacional del siglo XVIII, aunque con diferente acento. En éste se impone paulatinamente la perspectiva positivista del derecho internacional a la fundamentación naturalista de las reglas del derecho internacional. Esto es válido especialmente para el doctrinante Emer de Vattel (1714-1767), quien ayudó al surgimiento del principio de la igualdad de los Estados (*Droit des gens*, 1758). Vattel era de la idea de que los Estados del mundo como comunidad, estaban investidos de un concepto programático: *société des nations*. Las potencias vencedoras en la Primera Guerra Mundial adoptaron ese concepto para la federación de Estados en 1919. Para Vattel y para el holandés Cornelis van Bynkershoek (1673-1743), finalmente, la práctica de los Estados desempeñaba un papel decisivo.

Immanuel Kant (1724-1804) desarrolló en su visionario escrito *La paz perpetua* (1795) la idea de una comunidad de Estados permanente e institucional, y con esto la idea de una organización mundial para garantizar la seguridad colectiva de los territorios. Kant proponía una “asociación de Estados para evitar todas las guerras”, organizada en forma de federación, (II, artículo definitivo). Kant adoptó los viejos principios para la domesticación de la conducción de la guerra: “ningún Estado en guerra con otro debe permitirse unos sentimientos de odio, que hagan imposible la confianza mutua en una paz futura” (*ibidem*, VI, artículo preliminar).

nar). Con esto se anticipó Kant a una idea que la mayor parte de las teorías modernas de las relaciones internacionales se atribuyen para sí: la idea de que los Estados constituidos democráticamente (también debido a la creciente sensibilidad ante la amenaza de perder) evidencian mayor disposición constitucional a la paz que los regímenes autocráticos. En forma bastante perspicaz, Kant vinculó la disposición de los Estados a la paz con su orden interno, el cual debía corresponder a una constitución republicana (representativa) (*ibidem*, I, artículo definitivo: “La constitución de los ciudadanos en todos los Estados debe ser republicana: si se requiriera de la aprobación de los ciudadanos para decidir si se debe hacer o no una guerra, por todos los desastres de la guerra, nada es más natural que el que ellos estuvieran muy dudosos de iniciar un juego tan terrible...”.

Para el caso de las guerras civiles y de las controversias internas de carácter similar, Kant desarrolló el principio de la no-intervención: un pueblo tiene el derecho a resolver sus conflictos internos sin la intervención de otros Estados: en la medida en que estas controversias internas no se haya decidido, la inmisdisción de las potencias externas constituiría por sí misma una violación al derecho de combatir las enfermedades internas sin la intervención de ningún otro pueblo, lo que constituiría un escándalo, restándole seguridad a la autonomía de todos los Estados (V, artículo preliminar).

A finales del siglo XVIII el *Bill of Rights* (la garantía de los derechos fundamentales) de las colonias norteamericanas y posteriormente de los Estados federales norteamericanos, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), así como las enmiendas constitucionales a la Constitución americana de 1791, llevaron una serie de derechos fundamentales, fundados en la ideas de los derechos humanos, al cuerpo del derecho internacional.

En Latinoamérica, las colonias españolas comenzaron a luchar por su independencia de la madre patria. El Congreso de Viena (1814-1815) impuso la idea de un equilibrio de las grandes potencias (Francia, Gran Bretaña, Prusia, Rusia y Austria), que caracterizó por largo tiempo el orden territorial de Europa. Ésta fue la última de las grandes conferencias estatales que gobernó completamente a las monarquías que actuaban conjuntamente en el “concierto europeo”.

### E. La era de los Estados nación hasta la Primera Guerra Mundial

Las pretensiones de independencia nacional llevaron a Grecia y a las colonias españolas y portuguesas de Latinoamérica a su liberación de las potencias extranjeras. En Alemania, los “Estados libres y los principados soberanos” se organizaron en la Federación Alemana (1815-1866), que tenía el carácter de una “asociación de derecho internacional”. En Alemania se creó en un principio, luego de la guerra austriaco-prusiana de 1866, la Federación norte-alemana y luego, mediante la inclusión de los Estados del sur, el Imperio Alemán (1871). Bajo la dirección del rey de Cerdeña (Piemonte) se completó la unificación de Italia. En el Tratado de Paz de París, que terminó con la guerra de Crimea (1856), fue adoptado expresamente el Imperio Otomano (la sublime puerta) en la comunidad jurídica europea (*droit public européen*) y en el “concierto europeo” de las grandes potencias (artículo 7).

La independencia de los Estados latinoamericanos y la ascensión de los Estados Unidos a potencia, cambio el contexto del poder político mundial. La primera Conferencia Panamericana de Washington (1890) proscribió las guerras de conquista y rechazó la anexión violenta como título efectivo (pronunciamiento sobre el derecho de conquista).

En el lejano oriente, Japón se abrió hacia el exterior y con la orientación del modelo europeo, organizó la economía y las fuerzas armadas. Estos desarrollos convirtieron el derecho internacional europeo, inicialmente “cristiano”, en un orden universal. Esto le permitió al constitucionalista e internacionalista suizo Johann Kaspar Bluntschli hablar de un “derecho humano mundial” y escribió: “El derecho internacional vincula, como derecho humano general, a cristianos, mahometanos, brahmanistas, budistas, a los seguidores del confusianismo y a los veneradores de las estrellas, a los creyentes y no creyentes” (*Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 1868, pp. 49, 55).

En el siglo XIX se dio gran impulso a la práctica de los tratados internacionales, con las Convenciones en los campos técnicos y humanitarios, así como en la cooperación con Acuerdos Bilaterales como los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación. Las preocupaciones por una paz duradera llevaron a las dos grandes Conferencias de Paz de la Haya (1899 y 1907). Fruto de ese movimiento es la Convención para la Reso-

lución Pacifica de las Controversias Internacionales de 1899 (RGBI., 1901, p. 393).

Para la humanización de la conducción de la guerra por tierra y mar, se celebraron una serie de acuerdos. La piedra angular la constituye (todavía vigente) la Convención de la Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre, con un anexo sobre las reglas de la Haya para la guerra terrestre (de 1899-1907).

Al contrario de lo que ocurrió con la limitación de los medios para la conducción de la guerra (*ius en bello*), hasta finales de la Primera Guerra Mundial no se pudo imponer en la práctica estatal y en la doctrina del derecho internacional una verdadera limitación al derecho de la guerra (*ius ad bellum*). No fue posible someter la idea de la guerra como vehículo para imponer los intereses políticos existentes.

La doctrina del derecho internacional del siglo XIX vio la imposición de los intereses mediante el uso de la fuerza como una forma del derecho fundamental de cada uno de los Estados, en la medida en que se trataba de la imposición a otro Estado de una posición jurídica que estaba en discusión: “Todo Estado... tiene el derecho a acudir a la fuerza como único medio de responder a las injurias que le hubieren infligido otro Estado, de la misma manera como los individuos tendrían el derecho a recurrir a ésta si no estuvieran sujetos a las leyes de la sociedad civil. Todo Estado tiene también el derecho de juzgar por sí mismo, la naturaleza y la magnitud del interés que justificaran este tipo de respuesta” (H. Wheaton, *Elements of International Law*, 8a. ed., 1866, 290, p. 309).

En la ciencia alemana del derecho también estuvo vigente, hasta la Primera Guerra Mundial, la idea de que la autoconservación y la autovigilancia de los Estados en forma individual era uno de los intereses elementales del derecho internacional. Lo que decidía la guerra era la legitimidad de los intereses en controversia E. Kaufmann (*Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, 1911) afirma: “Es así como, la vinculación tendrá un contenido tan amplio como quiera el Estado, es el Estado el que debe cuidar de sí mismo, debe estar pendiente siempre de sus deseos y de sus intereses. El derecho de coordinación debe ser permanentemente el resultado de los deseos y de los intereses solidarios de todos los participantes” (p. 179). “Cuando el consenso pacífico sobre determinados intereses menores no es posible, la guerra tendrá que determinar cuál es el derecho de autoconservación más fuerte”.

#### F. La época entre las dos guerras mundiales

Luego de la experiencia de la Primera Guerra Mundial, en el Tratado de Paz de 1919-1920 se creó la Liga de Naciones (*Société des Nations, League of Nations*), “para la promoción y el trabajo conjunto de las Naciones y para garantizar la paz internacional y la seguridad internacional” (preámbulo de la convención). Sin embargo, la iniciativa de una asociación de Estados fue descartada por el presidente Woodrow Wilson, y los Estados Unidos no entraron a formar parte de la organización. El sistema de la Liga de Naciones, que tenía por objeto la realización de un sistema colectivo de seguridad, fracasó debido a la política agresiva de las potencias individuales, que se volcaron hacia fuera con ánimo de conquista, para establecer un orden soberano totalitario. El Imperio Alemán (miembro desde 1929) y Japón, declararon en 1935 su separación de la Liga de Naciones. Italia (a la que la Liga de Naciones le había impedido la anexión de Etiopía) se separó en 1939, y España en 1941. La Unión Soviética fue excluida de la Liga de Naciones luego del ataque a Finlandia en 1939.

En el círculo de la Liga de Naciones se creó la Corte Permanente de Justicia Internacional (*Cour Permanente de Justice Internationale, Permanent Court of International Justice*) en La Haya, que inició sus actividades en 1922. Dentro de las organizaciones creadas por la Liga de Naciones, existe todavía la Organización Internacional del Trabajo (*International Labour Organization*).

El Pacto de no agresión de 1928 (*Pacto Briand-Kellogg*, RGBl., 1929, II, p. 97) prohibió acudir a la guerra como medio para la imposición de los objetivos de la política nacional: “Las altas partes contratantes declaran solemnemente en nombre de sus respectivos pueblos, que condenan el recurso a la guerra para la solución de las controversias internacionales y por tanto renuncian a ella, como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas” (artículo I).

La consignación en un tratado de la prohibición de la guerra, fue precursora de la prohibición general del uso de la fuerza consignada en la Carta de la ONU (artículo 2o., número 4).<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Artículo 2o. Para la realización de los propósitos consignados en el artículo 1o., la Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: (...) 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

### *G. La creación de las Naciones Unidas y el desarrollo del derecho internacional de posguerra*

Desde la época de la Segunda Guerra Mundial, los aliados tenían planes concretos, bajo la dirección de los Estados Unidos de América, de crear una verdadera organización universal para la comunidad de Estados, con mecanismos efectivos para asegurar la paz. En la conferencia constitutiva de San Francisco se amplió la Carta (estatutos) de las Naciones Unidas y el 25 de junio de 1945 fue adoptada por unanimidad por los participantes en la conferencia de Estados. En octubre de 1945 entró en vigencia la Carta de las Naciones Unidas. La estructura organizacional creada en ese entonces, con la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, la Secretaría (con el secretario general en la cúspide) y la Corte Internacional de Justicia, permanecen sin modificaciones hasta hoy. Asimismo, continúan dominando los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Francia, Gran Bretaña, la Unión Soviética —desde 1992, Rusia—, los Estados Unidos y China) con su “derecho de voto” en el Consejo de Seguridad, que es competente para adoptar medidas para la protección y el restablecimiento de la paz mundial y la seguridad internacional.

Los procesos ante los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio (1945-1948) para la persecución de los atentados en contra de la paz, las graves violaciones del derecho internacional de guerra, y los atentados en contra de la humanidad, constituyeron la piedra angular para la concreción de los deberes de conducta más elementales de los individuos. Medio siglo más tarde, se suscribió en la Conferencia de Roma de las Naciones Unidas (1998), la convención para el establecimiento de la Corte Penal Internacional.

La Asamblea General de las Naciones Unidas (compuesta por todos los Estados miembros) le ha dado siempre el impulso necesario al desarrollo del derecho internacional. La Declaración de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, adoptada por la Asamblea General, le dio un impulso decisivo al reconocimiento universal de los derechos humanos y solidez a la protección de los mismos por medio de tratados en el plano universal y regional. Sin embargo, hasta hoy no todos los derechos humanos contemplados en la declaración son vinculantes para los Estados individualmente por virtud del derecho consuetudinario (esto es, sin una obligación contractual). Además de esto, la Asamblea General de

las Naciones Unidas ha expedido una serie de resoluciones sobre los principios básicos del derecho internacional. Estas resoluciones tienen diferente valor (dependiendo del grado de consenso de los Estados miembros). La de mayor significado es la Declaración de la Asamblea General sobre “los principios del Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” (*Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations*) de 1970 (Anexo a GA/Res, 2625, XXV, UNYB, 1970, p. 788). Esta Declaración es partidaria de los siguientes principios fundamentales del derecho internacional en las relaciones entre los Estados:

- la prohibición del uso de la fuerza en contra de la integridad territorial o de la independencia política de un Estado;
- la solución pacífica de las controversias;
- la prohibición de la intervención en los asuntos internos de un Estado;
- la obligación de los Estados de cooperar entre sí;
- la igualdad y la libre determinación de los pueblos;
- la igualdad soberana de los Estados, y
- el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

La polaridad Este-Oeste paralizó durante largo tiempo el sistema de seguridad de las Naciones Unidas y sólo estableció a través de la organización mundial la pacificación continua para el caso de focos de conflicto individuales. La era Gorbachov, con la caída de la Unión Soviética, condujo a la finalización del conflicto Este-Oeste.

La superación de este conflicto creó el presupuesto para una larga actividad del Consejo de Seguridad, que no se consideraba posible, y que, en especial desde el segundo conflicto del Golfo (1990-1991), ejerció su competencia para la conservación de la paz mundial con una dinámica creciente y se hizo cargo también de la amenaza al interior de los Estados de los bienes jurídicos más importantes (graves violaciones a los derechos humanos, el colapso del poder estatal, el desconocimiento de los principios democráticos).

En el contexto de las Naciones Unidas, se ha impulsado una serie de codificaciones significativas sobre materias del derecho internacional (por ejemplo, derecho de los tratados, derecho de las relaciones consulares y diplomáticas, derecho del mar) mediante convenciones internacionales.

Dentro y fuera de las Naciones Unidas han aumentado en número e importancia los países en desarrollo (especialmente a través del proceso de descolonización). En este marco, existen muchas reglas, que desde la perspectiva del tercer mundo, llevan el sello del pensamiento jurídico europeo, o se ven como preferencias en favor de los Estados occidentales industrializados, lo que pone en entredicho su justificación. La búsqueda de un mejor equilibrio de intereses entre los países en desarrollo y los Estados industrializados, ha encontrado expresión con la apelación a un “nuevo orden económico mundial”. Entretanto, se han superado esas controversias mediante la creciente interdependencia y el bajo costo de algunos de los nuevos principios legales exigidos, y el mayor peso de una perspectiva más realista.

Desde un principio, la protección de los derechos humanos pertenece a los temas centrales de las Naciones Unidas, cuya asamblea general adoptó, en 1948, la Declaración General de los Derechos Humanos. Hitos del posterior desarrollo son, de manera especial, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (que ha servido de modelo para otros tratados regionales sobre derechos humanos), así como los dos pactos sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1966.

Junto a las Naciones Unidas (y por lo general en su entorno) se han constituido, especialmente desde la Segunda Guerra Mundial, una serie de organizaciones internacionales, que institucionalizan y profundizan la colaboración entre sus miembros. En éstas se decide comúnmente también sobre cuestiones centrales, con base en el principio de las mayorías. En el caso de las organizaciones altamente desarrolladas (como, por ejemplo, la recién creada Organización Mundial del Comercio), existe una tendencia creciente a solucionar las controversias entre los miembros mediante un proceso de tipo judicial, y la garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas en el tratado, con duras sanciones.

El continuo y creciente campo de actividad de las organizaciones internacionales conduce también a que el principio de las mayorías gane cada vez más significado; el derecho internacional pierde cada vez más con este desarrollo su carácter de simple “ordenamiento legal de coordinación”. El mundo de los Estados se transforma en una comunidad legal

con un creciente entrelazamiento institucional. Dentro de la organización mundial de las Naciones Unidas han ganado considerable relevancia las organizaciones regionales, así como otras formas de cooperación regional, como por ejemplo, la Organización de los Estados Americanos (OEA), el Consejo de Europa, o el extraordinariamente integrado sistema de la Unión Europea. Esto se debe tanto a la estructura organizacional de estas organizaciones como también a la creciente homogeneidad de sus miembros.

De especial importancia han sido los desarrollos en el marco de la Organización (antes Conferencia) para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). Aquí se han internacionalizado los valores y principios que se habían reservado hasta ahora a la vida constitucional (los derechos humanos, los principios del Estados de derecho, el pluralismo nacional, y la economía social de mercado).

Estos estándares se reconocen también en muchos ordenamientos legales por fuera de Europa ya que, entretanto, se han ido incorporando en la transformación económica y política de muchos Estados de Europa oriental, Latinoamérica, Asia y África. Quizá no sea prematuro ver en ese desarrollo la semilla de un nuevo orden mundial universal.

A finales del siglo XX, el ordenamiento del derecho internacional había llegado una densidad normativa digna de ser tenida en cuenta. Los fundamentos esenciales de este residen en:

- el cada vez más amplio círculo de las materias clasificadas dentro del derecho internacional (derechos humanos, derecho de los pueblos a la libre autodeterminación, las relaciones económicas internacionales, los procesos de transformación dentro de los Estados);
- la ampliación del círculo de sujetos del derecho internacional (especialmente en lo concerniente a los individuos como titulares de derechos y deberes);
- la institucionalización de la cooperación internacional (organizaciones internacionales, la creación de mecanismos de solución de controversias, los mecanismos universales y regionales para la protección de los derechos humanos);
- el creciente potencial de intervención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas;
- la creciente red de tratados multilaterales.

BIBLIOGRAFÍA: T. M. C. Asser Instituut (ed.), *International Law and the Grotian Heritage*, 1985; W. Grewe, (ed.), *Fontes Historiae Iuris Gentium*, 1992; id., “The Epochs of International Law”, 2000; K. H. Lin-gens, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Jus Publicum Europaeum, 1648-1794*, 1988; W. Preiser, *Die Völkerrechtsgeschichte, ihre Aufgabe und ihre Methode*, 1964; E. Reibstein, *Völkerrecht. Eine Geschichte seiner Ideen in Lehre und Praxis*, 1963; T. Schweisfurth, *Sozialistisches Völkerrecht?*, 1979; H. Steiger, “Rechtliche Strukturen der Europäischen Staatenordnung 1648-1792”, *ZaöRV*, 59 (1999), pp. 609 y ss.; F. Tesón, “The Kantian Theory of International Law”, *Columbia Law Review*, 92 (1992), pp. 54 y ss.; J. H. W. Verzijl, *International Law en Historical Perspective*, 1968-1979, t. 9; K. H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte*, 1994.

### 3. FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

Aún en el siglo XX, la cuestión del fundamento de la validez del derecho internacional, como el más profundo y último para el efecto vinculante de las obligaciones del derecho internacional, ha fascinado a la doctrina de éste. Para tal efecto, se puede acudir a un sistema de referencia por fuera del derecho internacional, como por ejemplo, las ideas religiosas o los supuestos sobre la naturaleza humana, o el resultado de un examen sociológico (aceptación fáctica de las reglas del derecho internacional en la comunidad de Estados).

La derivación racional del derecho internacional, caracterizada por determinadas premisas antropológicas o enraizada en la doctrina cristiana del derecho natural, es hoy obsoleta: el derecho internacional moderno debe sostener su validez universal en un mundo de Estados heterogéneo. En esta medida, el reconocimiento de los valores fundamentales del derecho internacional se quedó siempre en las inmediaciones de determinados principios básicos, que la ideología de la iluminación (especialmente en lo concerniente a la protección del individuo) le exigía a todo orden legal positivo. Sin embargo, los recientes desarrollos legales se remontan a un canon de valores que sirve de presupuesto al derecho internacional. Esto es válido para los estándares imperativos en materia de derechos humanos (no para los dispositivos contenidos en los tratados), así como

para los nacientes requisitos que debe llenar la estructura interna de un Estado (como un mínimo de elementos democráticos).

La Escuela de Viena desarrolló un fundamento normativo propio. En el sentido de la “teoría pura del derecho” de Hans Kelsen, se va subiendo una escala de normas ordenadas jerárquicamente, hasta llegar a la “norma fundamental”: principalmente aquella norma que “la costumbre, constituida a través del comportamiento recíproco de los Estados, instaura como base para la producción jurídica” (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., 1969, pp. 324 y ss.). El efecto vinculante de los tratados (*pacta sunt servanda*) se enraiza a su vez en una norma del derecho consuetudinario. La norma fundamental, que deriva su efecto vinculante de la costumbre, requiere sólo de un fundamento último desde la perspectiva interna del derecho internacional, que se presupone como existente. Ella no requiere de una aclaración sólida para el poder del derecho internacional en la práctica estatal.

Para tal efecto se requiere una retroalimentación fáctica (sociológica), principalmente de la aceptación de la comunidad de Estados. Desde la perspectiva moderna, esta aceptación ya no se aplica únicamente a una determinada norma fundamental, sino también a los valores elementales de la comunidad de Estados, que sirven tanto a un ordenamiento interestatal estable, como también al reconocimiento del ser humano individual como persona. De acuerdo con esto, la doctrina que prevalece en el derecho internacional se orienta hacia una perspectiva positivista, con el retorno a una validez del derecho internacional fundada en la aprobación de los Estados: el principio del consenso.

Detrás de esto, está la idea de que el derecho internacional (de acuerdo con lo expuesto) constituye ante todo un orden legal interestatal en el doble sentido. Por una parte se dirige en primer lugar a los Estados como destinatarios de la norma. Por la otra, los Estados son al mismo tiempo los actores esenciales para la producción del derecho internacional (tratados internacionales y derecho consuetudinario, así como los principios generales del derecho internacional). En esto reside la principal diferencia con los ordenamientos nacionales, los cuales son legislados completamente en forma centralizada, a través de los órganos estatales.

La doctrina del derecho internacional ha desarrollado diversas formas del principio del consenso. Una doctrina que se deriva (por ejemplo, Georg Jellinek o Erich Kaufmann) de la filosofía del derecho de Hegel

(*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, apartados 30 y ss.), fundamenta la validez del derecho internacional en la auto-vinculación individual de los Estados

La doctrina de la autovinculación, aplicada consecuentemente, genera dificultades en los casos en que un Estado individualmente cambia su voluntad y tampoco puede aclarar por qué un nuevo Estado que surge se encuentra vinculado directamente al derecho internacional. Se requiere, por tanto, una doctrina que haga abstracción de la aprobación de los Estados individualmente, fundada en forma individual y continua, que deje fuera el acuerdo de voluntades de las partes, y que no deje de ser exigible en forma unilateral. Se trata de la voluntad de obligarse en el caso de los tratados, o del consenso fundamental de la comunidad de Estados sobre determinados principios del ordenamiento. Al respecto, las doctrinas del derecho internacional, que insisten de manera especial en la libertad de decisión individual de los Estados (por ejemplo en relación con sus propios nacionales) o temen a determinadas valoraciones conceptuales de las mayorías estatales, subrayan en forma especial la necesidad de aprobación para la vinculación a un derecho consuetudinario internacional (como por ejemplo, la antigua doctrina del derecho internacional socialista). Una forma de examinar en forma significativa y práctica el principio del consenso la constituyen las situaciones en las que no se justifica claramente (*non liquet*) o una autorización de derecho internacional para un determinado comportamiento de los Estados, o una norma del derecho internacional que lo prohíbe. De acuerdo con el principio del consenso, la imposibilidad de comprobar la aprobación de una regla que prohíbe un comportamiento, opera a favor de la libertad del Estado individualmente. De acuerdo con esto, existe una presunción en contra de las restricciones del ámbito de libre actuación de los Estados. En este sentido se expresó también la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Caso Lotus*:

El derecho internacional gobierna las relaciones entre los Estados independientes. Las reglas del derecho vinculantes para los Estados emanan entonces de su propia voluntad libre, como se expresa en las convenciones o en los usos generalmente aceptados como expresión de los principios del derecho y establecidos con el objeto de regular las relaciones entre aquellas comunidades independientes que coexisten o con el objetivo de lograr los fines comunes. No se pueden presumir por consiguiente las

restricciones a la independencia de los Estados (*CIJ Reports*, Serie A, núm. 10, p. 18).

De los conceptos de la Corte Internacional sobre la amenaza y la instalación de armas nucleares, se puede extractar una presunción en contra de las restricciones a la libertad individual de los Estados:

La Corte señala a manera de introducción, que la costumbre internacional y los tratados no contienen una prescripción específica autorizando la amenaza o el uso de armas nucleares o de cualquier otra arma en general o en ciertas circunstancias, en particular aquellas relacionadas con el ejercicio de la legítima defensa. Sin embargo, no existe un principio o regla del derecho internacional que pudiera hacer depender la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares o de cualquier otra arma, de una autorización específica. La práctica estatal muestra que la ilegalidad del uso de ciertas armas como tal, no es el resultado de una falta de autorización, sino que por el contrario, del hecho de que se encuentra formulada en términos de una prohibición (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports*, 1996, p. 226 [247, núm. 52]).

La teoría del consenso que prevalece hoy en día, se puede considerar sólo con algunas concesiones, que se relacionan con los elementos estructurales objetivos. A estos elementos objetivos pertenecen determinados valores e intereses fundamentales de la comunidad internacional, que se sustraen de la disposición contractual o unilateral de los Estados individuales (por ejemplo, los derechos humanos elementales como la prohibición de la tortura o el derecho de autodeterminación de los pueblos). Estos valores fundamentales se encuentran detrás de las normas del derecho internacional imperativo (*ius cogens*), que los Estados no pueden desconocer mediante tratados (véase el artículo 53 de la Convención de Viena).<sup>3</sup> Ciertamente, un Estado, mediante la persistente objeción (como

<sup>3</sup> Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

*persistent objector*), puede separarse de la vinculabilidad del derecho consuetudinario que ha surgido en contra de su voluntad. Esto, sin embargo, no se aplica a las normas fundamentales, cuyo cumplimiento considera la comunidad de Estados en forma casi unánime como indispensable (como ocurre con la prohibición del Apartheid).

El principio del consenso se niega como fundamento último exclusivo, en la medida en que, de acuerdo con éste, el derecho internacional funda el estándar de legitimidad en la voluntad de los Estados y en que la comunidad de Estados no toma en consideración la voluntad de un poder estatal no democrático (por ejemplo: la intervención del Consejo de Seguridad para derrocar el régimen militar en Haití, S/Res. 940, 1994, VN, 1994, p. 195). Al respecto, se presentan los primeros enfoques de que la legitimidad tiene un mayor peso que el poder estatal de facto, en estrecha relación con los requisitos del derecho internacional existentes sobre la estructura estatal interna, como se prevé en el ámbito regional, por ejemplo, en los nuevos principios de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa —OSCE— (en este sentido, ante todo, la Carta de París de 1990). Finalmente, los procesos del derecho internacional tienen efectos sobre la transformación de algunos Estados: la estructura del derecho constitucional se “internacionaliza” de este modo (por ejemplo, como ocurrió con el Tratado de Dayton sobre Bosnia-Herzegovina o el Tratado de Paz de El Salvador y Guatemala). La constitución de la autonomía territorial de Palestina señala también un entrelazamiento entre el derecho constitucional y el derecho internacional.

La atenuación esencial del principio del consenso se debe a que el moderno desarrollo del derecho internacional le ha quitado valor al requisito de la comprobación del consenso de cada Estado en forma individual, como presupuesto para la vinculabilidad del derecho, y se conforma en muchas ocasiones con un consenso implícito o aceptado, en el que la aprobación puede llegar a convertirse en una simple ficción. Esto es válido ante todo para el desarrollo legal al interior de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, cuyos órganos trabajan con base en el principio de la mayoría y a través de su práctica desarrollan el derecho a partir del tratado constitutivo, con el único límite de no modificarlo. Un ejemplo de esto es la dinámica interpretación por el Consejo de Seguridad de la ONU, del concepto de paz contemplado en el artículo 39 de la Carta de la ONU. Algunos tratados multilaterales prevén incluso que, con una mayoría cualificada, las modificaciones del tratado son vá-

lidas, aun para aquellos Estados que no las aprobaron (ver por ejemplo, el artículo 108 de la Carta de la ONU: “Las reformas a la presente Carta entrarán en vigor para todos los miembros de las Naciones Unidas cuando hayan sido adoptadas por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea General y ratificadas, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad”).

En el caso de la reforma del régimen marítimo de la Convención sobre el Derecho del Mar de la ONU (1982), una resolución de la Asamblea General constituyó en cierta forma, como sustituto de la aprobación expresa del tratado, el puente hacia una convención especial sobre la explotación minera en el fondo del mar (véase al respecto nuestro apartado 31). La continua relativización del principio del consenso surge de la actividad de las Naciones Unidas (especialmente del Consejo de Seguridad), como el foro más significativo para la conformación de la voluntad colectiva en la comunidad de Estados. Los Estados que no se hubieren adherido a la Carta, también pueden ser destinatarios de las medidas de las Naciones Unidas. Así lo determina el artículo 20., núm. 6 de la Carta de la ONU: “Para la realización de los propósitos consignados en el artículo 1º, la Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: ...La Organización hará que los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos principios en la medida que sea necesario para mantener la paz y la seguridad internacionales”.

En el caso de una violación o de una amenaza a la paz, el artículo 39 de la Carta prevé que el Consejo de Seguridad puede expedir resoluciones vinculantes aun para los Estados que no sean miembros. Esto se aplica, por lo tanto, cuando la amenaza de la paz proviene de Estados que no sean miembros. De este modo, las resoluciones de embargo son válidas de conformidad con la práctica del Consejo de Seguridad para todos los Estados (véase por ejemplo, la imposición de un embargo económico total en contra de Serbia y Montenegro en S/Res. 757, 1992, VN, 1992, p. 110: “El Consejo de Seguridad decide que todos los Estados deberán tomar las medidas que se exponen a continuación...”). El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha creado más obligaciones, que las que, desde la perspectiva tradicional, presupone un tratado.

El ejemplo más característico ha sido la práctica del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en contra del potencial armamentístico, de

carácter biológico y químico de Irak y de la posibilidad de que fabrique bombas atómicas (S/Res. 687, 1991, VN, 1991, p. 74). Irak no ha ratificado hasta ahora el “Tratado sobre la no-proliferación de Armas Nucleares” ni se ha sometido a las restricciones del tratado sobre armas químicas y biológicas.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad para la creación de la Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia (S/Res. 827, 1991, VN, 1993, p. 156) y Rwanda (S/Res. 955, 1994, VN, 1995, p. 39), con obligaciones para los Estados sobre extradición, sustituyen un tratado multilateral. En este caso, esta forma de legislar a través del Consejo de Seguridad ocupa el lugar de la aprobación concreta. El consenso de los Estados se reduce a la aprobación del Tratado de la Carta de la ONU; con base en esto, el Consejo de Seguridad dio vida, por ejemplo, a la Corte Penal Internacional.

BIBLIOGRAFÍA: J. L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law*, 1958; J. A. Carrillo Salcedo, “El fundamento del derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 50 (1998); A. Carty, “Critical International Law: Recent Trends en the Theory of International Law”, *EJIL*, 2 (1991); A. Chayes y A. Handler Chayes, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, 1995; G. Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatsverträge*, 1880; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., 1969; *id.*, *Principles of International Law*, 2a. ed., 1966; M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 1989; T. Schweisfurth, “Das Völkergewohnheitsrecht-verstärkt im Blickfeld der sowjetischen Völkerrechtslehre”, *GYIL*, 30 (1987), pp. 36 y ss.; F. R. Teson, *A Philosophy of International Law*, 1998; C. Tomuschat, “Obligations Arising for States Without or Against Their Will”, *RdC*, 241 (1993), pp. 195 y ss.; V. S. Vereshchetin y G. M. Danilenko, “Cultural and Ideological Pluralism and International Law”, *GYIL*, 29 (1986).

#### 4. FUNCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA NORMATIVA Y DE ESTRUCTURACIÓN

##### A. *Primacía del derecho internacional sobre la política*

Como orden normativo, el derecho internacional vincula a los Estados y a otros sujetos del derecho internacional. En su efecto directriz de la

conducta, las reglas del derecho internacional canalizan las decisiones políticas y excluyen determinadas opciones de actuación por considerarlas violatorias del derecho. Ese primado del derecho internacional sobre la política no es tan banal como parece serlo a primera vista. Así, por ejemplo, la doctrina del derecho internacional de la Unión Soviética, en la fase final del régimen comunista a finales de los años ochenta, reconoció el sometimiento incondicional de las decisiones de la política exterior al derecho internacional. Adicionalmente, los principios del derecho internacional influyen también en el ámbito de actuación política de los Estados.

La validez del derecho internacional como orden normativo, con un componente fijo de reglas estrictas, se ha relativizado también en las corrientes aisladas de las modernas doctrinas del derecho internacional. De este modo, por ejemplo, la Escuela de New Haven (Lasswell, McDougal, Reisman, entre otros) con su *policy-oriented jurisprudence* —jurisprudencia orientada en la política— mezcla de manera despreocupada los principios del derecho internacional con conceptos de otras disciplinas (por ejemplo, de las ciencias políticas).

Los representantes de esta Escuela vinculan el poder de control del derecho internacional sobre el direccionamiento de quienes toman las decisiones, a los factores de decisión normativos y a la preestructuración del proceso de ponderación política mediante determinadas presunciones (M. S. McDougal, *Studies en World Public Order*, 1960, pp. 157 y ss., p. 887, nota 109). La Escuela de New Haven se distancia del concepto del derecho internacional como ordenamiento de reglas y excepciones fijas. Más aún, comprende el derecho internacional como objeto de una decisión procesal (*process*). Para esta Escuela, se encuentra en primer plano el asegurar de manera efectiva un orden mundial orientado en la dignidad humana (*ibidem*, pp. 987 y ss.). Así, la Escuela de New Haven reconoce la salvación de los propios nacionales o la protección frente a las graves violaciones de los derechos humanos (como el genocidio), como título justificativo para las intervenciones violentas (intervención humanitaria). La *policy-oriented jurisprudence* de la Escuela del New Haven se presenta, con la reducción de las reglas del derecho internacional a simples factores de ponderación en el proceso político, como si negara, en principio, la estricta vinculabilidad de las reglas del derecho internacional y de este modo, cuestiona fundamentalmente el derecho inter-

nacional como orden jurídico. Ella termina —de acuerdo con algunas críticas— en una justificación demasiado generosa de la imposición de las ideas occidentales.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que el derecho internacional actual es el resultado de una larga lucha para concretar los principios existentes y el desarrollo de las reglas del derecho internacional al servicio de determinados valores. Los modernos estándares de derechos humanos, en especial, le deben a los Estados de derecho democráticos de orientación occidental el haberles dado un impulso decisivo.

La concepción del derecho internacional como proceso implica por sí misma que la conducta por valorar de los Estados o de las organizaciones internacionales y la reacción de la misma comunidad de Estados, pueden influir en la apreciación legal de la conducta. Piénsese, por ejemplo, en el empleo del poder militar para la protección de vidas humanas (como por ejemplo, en el caso de la liberación violenta del avión de Air France, que había sido secuestrado por Israel en Entebbe) o para asegurar las estructuras democráticas.

Por otro lado, al cualificar las normas del derecho internacional como determinantes de los procesos de decisión política, se corre el peligro de convertirlas en simples factores de ponderación. En lo concerniente a la necesidad de concretar algunos principios del derecho internacional, no se puede desconocer que el derecho internacional en muchos ámbitos (tratados sobre derechos humanos regionales, convenciones en el marco de la Organización Mundial del Comercio) ha alcanzado un grado de profundidad normativa y de precisión, que se asemeja a un sistema legal nacional altamente desarrollado.

La discusión sobre la intervención militar de la OTAN para la protección de la población civil en Kosovo, en la primavera de 1999, parece darle la razón a la perspectiva procesal del derecho internacional. Hasta ahora la doctrina que ha prevalecido en el derecho internacional condiciona una intervención militar de esta clase, a que exista una autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU). Por el contrario, un minoría importante en la doctrina del derecho internacional admite desde hace algún tiempo la posibilidad de una intervención militar “como intervención humanitaria” en el caso de situaciones de genocidio (y en forma similar, de graves violaciones de los derechos humanos). El que los países

de la OTAN invocaran los actos de genocidio cometidos bajo la responsabilidad del régimen serbio de Milosevic, le dio un fuerte impulso a la justificación de una intervención de carácter humanitario.

La relación de una posición digna de ser tenida en cuenta en la doctrina del derecho internacional (aunque se trate de una minoría), con un importante segmento de la comunidad de Estados actúa aquí como catalizador de una revaloración fundamental de las relaciones contrapuestas entre la soberanía estatal (prohibición del uso de la fuerza) y la protección de los derechos humanos más elementales.

### B. *Efecto legitimador*

El poder de control del derecho internacional se encuentra en estrecha relación con el efecto legitimador del proceso político. Hace parte de la cultura política no sólo del mundo occidental, ya que la observancia de las obligaciones de derecho internacional lleva en sí misma su efecto legitimador. Los mandatos del derecho internacional exoneran de la responsabilidad política. Por el contrario, la abierta violación de las normas del derecho internacional lleva consigo en todo caso la mácula de la ilegitimidad. En la comunidad de Estados crece la inclinación a actuar en contra de las graves violaciones al derecho internacional, siempre y cuando sólo se actúe internamente y no se afecte a otro Estado directamente en sus derechos.

El efecto legitimador es válido no sólo para los mandatos del derecho internacional, sino también para la aplicación, conforme al derecho internacional, de los valores fundamentales del derecho internacional. De ahí que también permitan retomar la interpretación generosa de las disposiciones en materia de competencia constitucional y legislativa, por parte de los tribunales internacionales. Esto es valido también para la justificación de las intervenciones del ejército federal alemán en el Adriático (en cumplimiento de un embargo de las Naciones Unidas) y en Somalia (al servicio de una intervención humanitaria ordenada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) por parte de la Corte Constitucional alemana (TCF, 90, 286).

El reconocimiento que se hace aquí de los intereses protegidos por el derecho internacional en el marco de las Naciones Unidas y de la OTAN (como sistema de seguridad colectiva en el sentido del artículo 24 inciso

2 de la Ley Fundamental alemana)<sup>4</sup> ha llevado a que la aceptación de una intervención de este tipo por las fuerzas armadas sea “admitida expresamente” por la ley fundamental alemana (artículo 87a, inciso 2). El reconocimiento de un vínculo con el sistema de seguridad colectiva se ha entendido como una autorización explícita de hacer cumplir los valores fundamentales del derecho internacional, aun sin que exista una disposición de derecho internacional que obligue a la participación de Alemania (en un conflicto interno como en el caso de hambrunas y las guerras de bandas locales en Somalia).

Como fundamento para el obedecimiento fáctico de la ley, se debe tener en cuenta el desarrollo de las reglas del derecho internacional en determinados estándares de legitimación. A éstos pertenecen los requisitos mínimos de la claridad del contenido, la consistencia interna y la necesaria flexibilidad. Thomas Franck, principalmente, ha desarrollado esta clase de presupuestos cualitativos para presionar la conformidad (*pull to compliance*) con las reglas de derecho internacional (Franck [1990] pp. 24 y ss.). De acuerdo con esto, el perfil de legitimidad de las reglas del derecho internacional no se puede agotar en simples estándares lógico-formales, sino que debe acudir a determinados valores fundamentales materiales. Un ejemplo del difícil paso entre la precisión de los valores deseados y la movilidad adecuada de las reglas del derecho internacional lo constituye la permanente discusión entre la prohibición del uso de la fuerza y la posible justificación del empleo de la fuerza militar.

La Carta de las Naciones Unidas justifica el uso de la fuerza en auto-defensa en el caso de un “ataque armado”, hasta la intervención del Consejo de Seguridad (artículo 51 de la Carta de la ONU).<sup>5</sup> En el caso de una

<sup>4</sup> Artículo 24.2. La Federación podrá encuadrarse en un sistema de seguridad colectiva y recíproca para la salvaguardia de la paz y consentirá con este motivo en las limitaciones a sus derechos de soberanía que sean susceptibles de conducir a un orden pacífico y duradero en Europa y entre los pueblos del mundo y de garantizar dicho orden.

<sup>5</sup> Artículo 51. Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

interpretación estricta de los elementos de la justificación (restringido a los ataques que se desarrollan con una masiva intervención militar, al territorio de un Estado extranjero o a fuerzas armadas extranjeras) al mantenerse en la prohibición del uso de la fuerza, puede limitar en forma intolerable el potencial de reacción del Estado atacado, favoreciendo a quien viola el derecho (por ejemplo, en el caso de actuaciones en contra de los centros internacionales de terrorismo).

En la doctrina del derecho internacional predomina al respecto —todavía— la idea de que el peligro de un abuso en el caso de la ampliación de las justificaciones para el uso de la fuerza es mayor que el de la protección del violador del derecho a través de la prohibición del uso de la fuerza.

Por otro lado, existen escenarios en los que se presentan graves violaciones de los derechos humanos (casos de genocidio), que más allá de casos de autodefensa pueden conducir a una relativización de la prohibición del uso de la fuerza (por ejemplo, en el sentido de que un Estado que práctica el genocidio, pierde el derecho a la protección de la integridad territorial).

Las expectativas de legitimidad persiguen también una determinada medida de justicia distributiva en el acceso a los recursos económicos y en la toma de decisiones al interior de las organizaciones internacionales. Las expectativas exageradas pueden por tanto, ser también contraproducentes. Un ejemplo lo constituyen los modelos de concesiones implementados por la mayoría de los países en desarrollo para la explotación minera marítima de conformidad con la Convención de el Derecho del Mar de la ONU de 1982.

Este régimen distributivo dirigista, con criterios irreales para la transferencia de tecnología, redujo durante largo tiempo la Convención sobre el Derecho del Mar, a un proyecto que debía ser ratificado por los Estados Unidos y otros importantes países industrializados, lo que era indispensable para poder llevar a cabo en la práctica la transformación del régimen marítimo. Un Protocolo Adicional a la Convención sobre el Derecho de Mar de la ONU, que transformó el régimen en favor de los conceptos de la economía de mercado, tenía la perspectiva de lograr la aceptación universal con la participación de los Estados industrializados (véase nuestro apartado 31. A y E.).

La aceptación de las reglas del derecho internacional exigen también trazos de estándares de legitimidad formal y abstracta. En el caso de la formación de la voluntad política en las organizaciones internacionales, el derecho internacional no puede hacer caso omiso fácilmente de las asimetrías existentes. Esto lo evidencia, por ejemplo, la ponderación de los votos de los Estados miembros en las organizaciones financieras internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional) o en las organizaciones económicas con un alto grado de integración (Comunidad Europea). En el caso del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el desarrollo consecuente de la igualdad formal (por ejemplo, en el caso de la elección periódica de todos los miembros) podría conducir a la parálisis persistente de todo el sistema de seguridad colectiva.

### C. *Estabilización de las relaciones interestatales*

Una de las funciones esenciales del derecho internacional consiste en la estabilización de las relaciones legales interestatales. Los principios fundamentales para esto son la igualdad soberana de los Estados (véase el artículo 2o., número 1 de la Carta de la ONU)<sup>6</sup> y la protección de la integridad territorial de los Estados individualmente frente al empleo y uso de la fuerza (artículo 2o., número 4 de la Carta de la ONU).

La conservación de los Estados en sus componentes territoriales es un elemento constitutivo del derecho internacional. La premiación de estos intereses se aclara en el objeto del derecho internacional y en la producción de sus reglas. Como ordenamiento interestatal, el derecho internacional descansa en la aceptación de los Estados individuales, en cuyas manos se encuentra también su desarrollo posterior (a través de los tratados internacionales y el derecho consuetudinario). Este sistema lleva directamente a privilegiar el *status quo*. La representación externa de un Estado descansa básicamente en su poder efectivo. La seguridad y estabilidad en las relaciones legales interestatales privilegia los intereses frente a la justicia material.

Un ejemplo de esto lo constituye la delimitación de las fronteras en los antiguos territorios coloniales de África. Esa delimitación se determi-

<sup>6</sup> Artículo 2o. Para la realización de los propósitos consignados en el artículo 1, la Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: (1) La Organización esta basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros.

na hasta hoy con base en los límites externos o administrativos de los antiguos poderes coloniales (doctrina del *uti-possidetis*). Este principio ha llevado en África (al contrario de Latinoamérica, donde prevaleció la aplicación homogénea del régimen colonial español) a hacer delimitaciones fronterizas artificiales con graves conflictos étnicos.

Aún en los casos mismos de una anexión ilegal (la adquisición de un territorio, violando la prohibición del uso de la fuerza), la práctica del derecho internacional, en el caso del fortalecimiento de la dominación territorial efectiva durante un largo periodo, tiende a solucionarse atendiendo a las relaciones fácticas existentes, cuando el intento de un cambio de régimen amenaza con desestabilizar permanentemente el ordenamiento territorial en la región.

Es así como la mayor parte de los Estados occidentales se conformaron con la anexión del Tibet al Estado de China, sin reconocerle expresamente un título territorial a China. No obstante siguen estando vigentes las preocupaciones concernientes al estatus autónomo del Tibet, que tenga en cuenta en lo posible las tradiciones étnicas y religiosas.

En el moderno desarrollo del derecho internacional existen, sin embargo, tendencias contrarias, en las cuales se relativiza y se reprime la atención que se presta a los intereses sobre las situaciones existentes, en favor de otros intereses. La práctica del Consejo de Seguridad de la ONU en contra del régimen militar de Haití a favor del presidente elegido democráticamente, señala que el principio de legitimidad (especialmente en el caso de la protección de los estándares de derechos humanos y democráticos) ha ganado terreno frente al principio de la efectividad. El derecho de autodeterminación de los pueblos, así como la protección de las minorías étnicas entran también en competencia con la atención a los intereses de las relaciones de poder existentes. La doctrina predominante del derecho internacional se muestra bastante reservada respecto de las modificaciones territoriales que de allí se derivan. Un derecho de secesión de las minorías étnicas o religiosas se puede justificar sólo con gran dificultad (en el marco del derecho de autodeterminación de los pueblos) en el caso de un trato discriminatorio.

La reciente jurisprudencia de la Corte Internacional dio finalmente prevalencia a la seguridad jurídica mediante la aplicación de la doctrina del *uti-possidetis* en África, al resolver la tensión existente entre el derecho de autodeterminación de los pueblos por una parte y el conjunto de intereses territoriales por la otra:

...no deja de maravillar cómo el principio del “tiempo-poseído” *uti possidetis* ha sido capaz de resistir los nuevos enfoques del derecho internacional como se expresó en África, donde los sucesivos intentos de independencia y la emergencia de nuevos Estados han estado acompañadas de un cierto cuestionamiento del derecho internacional. En primer lugar, este principio entra en conflicto directo con otro, el derecho de los pueblos a la autodeterminación. De hecho, sin embargo, el mantenimiento del estatus quo territorial en África se ha visto comúnmente como la mejor forma de preservar lo que han logrado los pueblos que han luchado por su independencia, y de evitar una irrupción que podría privar al continente de las ganancias obtenidas con mucho sacrificio. El requisito esencial de estabilidad para sobrevivir, desarrollar y consolidar gradualmente su independencia, en todos los campos, ha inducido a los Estados Africanos a consentir juiciosamente en el respeto de las fronteras coloniales y a tomarlas en cuenta para la interpretación del principio de autodeterminación de los pueblos (*Frontier Dispute Case, Burkina Faso vs. Mali, ICJ Reports, 1986*, p. 554 [566, núm. 25]).

Este pronunciamiento sacrifica de manera evidente, en pro de un orden territorial estable, el derecho de autodeterminación de los pueblos. Por otra parte, la Corte Internacional encuentra una justificación para mantener las fronteras coloniales, en la protección de la independencia y estabilidad de los nuevos Estados: “Su propósito obvio es el de prevenir que la independencia y estabilidad de los nuevos Estados se ponga en peligros por las luchas fratricidas...”(*ibidem*, p. 565, núm. 20).

#### D. *Prevención de conflictos*

Una función central del derecho internacional moderno consiste en la prevención de conflictos, su solución pacífica y su monitoreo. La culminación de los conflictos Este-Oeste con la modificación del sistema de la mayor parte de los régimes comunistas le ha deparado al mundo una serie de nuevos conflictos. La mayor parte de éstos han ocurrido dentro del territorio de un Estado. El control de los conflictos a través del derecho internacional presupone aquí su aplicación a las organizaciones no-gubernamentales y a los individuos. Adicionalmente, se trata del desarrollo de normas de derecho internacional, que acompañan la reconstrucción de las estructuras normativas en un Estado. La función de control de los conflictos ha experimentado en el marco de las Naciones

Unidas desde finales de los años ochenta una dinámica hasta ahora imaginable. Decisivo es aquí el desarrollo del concepto de paz de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, cuya vigilancia y restablecimiento se le atribuye al Consejo de Seguridad (véase el artículo 24, inciso 1 de la Carta de la ONU).<sup>7</sup>

La presencia en conflictos interestatales con el empleo de la fuerza militar (concepto “negativo” de paz) constituye únicamente el núcleo de un concepto dinámico de paz, que incluye el manejo de otros campos de conflicto. Éste extiende la función del derecho internacional de controlar los conflictos (en el marco de la Carta de la ONU) también a los factores desestabilizantes, que van más allá del empleo de la fuerza militar entre los Estados e incluye también los conflictos internos de un Estado. Dentro de éstos se encuentran la lucha en contra del terrorismo internacional, así como el ataque al genocidio y otras violaciones masivas de los derechos humanos. Las guerras civiles también requieren la intervención de las Naciones Unidas, en todo caso, siempre y cuando éstas tengan efectos desestabilizadores sobre los Estados vecinos.

Especiales desafíos para el derecho internacional surgen de la lucha en contra del terrorismo. Adicionalmente a la protección general de los barcos y los aviones frente a los ataques violentos, existe en el campo de los tratados internacionales una serie de nuevas Convenciones que se dirigen de manera especial a la lucha en contra de los Estados terroristas y de aquellos que apoyan el terrorismo (*International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings*, adoptada mediante el GA/Res. 52/164 de 15. 12., 1997; *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, adoptada mediante la GA/Res. 54/109 de 9. 12., 1999).

El Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo de 1999, emprende incluso la tarea de definirlo:

Cualquier acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de

<sup>7</sup> Artículo 24 (1) A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.

dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

Luego de los ataques del 11 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad de la ONU calificó esta forma de terrorismo internacional como “amenaza de la paz mundial y de la seguridad internacional” en el sentido del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas (S/Res. 1373/2001, *ILM*, 40 (2001), pp. 1278 y ss.).

#### *E. Protección de los derechos humanos*

El respeto de los derechos humanos más elementales (por ejemplo, la prohibición de las torturas y de otros tratos inhumanos o la protección frente a una detención arbitraria) hace parte de los valores fundamentales del derecho internacional actual. Para el conjunto de derechos humanos, que se considera indispensable, se cuenta con un amplio círculo de estándares asegurados mediante tratados, como ocurre por ejemplo con el Pacto de Derechos Humanos de la ONU de 1966, o con los tratados regionales de derechos humanos (la Convención Europea de Derechos Humanos la Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Derechos de los Pueblos).

Los derechos humanos clásicos de “primera generación” (las libertades clásicas) han logrado tener validez en el derecho consuetudinario, en una magnitud importante. Otra cosa ocurre con los derechos sociales, culturales y económicos de “segunda generación”, que cada vez más se encuentran asegurados en los tratados. En lo concerniente a los derechos humanos de “tercera generación”, éstos carecen todavía de un contorno cierto, en la medida en que sólo desde hace unas décadas se han venido desarrollando como derechos exigibles. Al respecto, queda siempre por aclarar si se trata realmente de verdaderos derechos humanos, y si los destinatarios de las obligaciones deben ser otros Estados (más ricos) o quizás incluso el propio (frente a su pueblo). Si se trata realmente de un derecho individual o colectivo para una organización democrática del poder, es una cuestión que se ha discutido bastante en las dos últimas décadas. Un gran reto para el aseguramiento de los estándares universales de los derechos humanos son las diferencias culturales y religiosas en los

heterogéneos Estados del mundo. Aquí se contraponen las diferentes concepciones culturales al reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos.

#### F. *Influencia del derecho internacional en la estructura interna de los Estados*

Desde la perspectiva tradicional, la influencia del derecho internacional en las estructuras internas del Estado ha tenido desarrollos revolucionarios. En primer lugar, el dinámico desarrollo de los estándares en materia de derechos humanos ha encogido la esfera interna de los Estados en lo que concierne a la libre configuración de los asuntos relacionados con su ámbito interno y que se consideraba en cierta forma como sagrado (*domaine réservé*). La sanción del Apartheid en Sudáfrica incluyó la discriminación en el campo de los derechos de participación política y se extendió así a las estructuras fundamentales de los régimenes minoritarios de los blancos en Sudáfrica (y posteriormente en Rodesia). El proceso de la OSCE —antes CSCE— promueve el reconocimiento de un orden democrático con elecciones libres y un sistema de varios partidos. En el documento final de la conferencia de Moscú sobre la dimensión humana de la CSCE (1991), los participantes reconocieron su disposición a apoyar en coordinación con la Carta de las Naciones Unidas, los órganos democráticos legítimos de un Estado parte, en contra de los intentos de cambio de régimen (Sección II, 17.2, *EuGRZ*, 1991, p. 495). Para la restauración de la democracia en Haití, el Consejo de Seguridad de la ONU expidió medidas coercitivas de conformidad con el capítulo VII, en contra del régimen militar (S/Res. 940, 1994, VN, 1994, p. 195).

En épocas más recientes, los procesos de reordenamiento de las estructuras estatales (también) se llevaron a cabo siguiendo los lineamientos del derecho internacional. Un ejemplo bastante característico son las Convenciones de Dayton (1995) sobre la estructura constitucional de Bosnia Herzegovina (*ILM*, 35, 1996, pp. 170 y ss.). Se pueden clasificar dentro de los límites del derecho constitucional y el derecho internacional los Acuerdos para la pacificación de los conflictos internos en El Salvador (UN-Doc. A 46/864, 1994) y Guatemala (*ILM*, 36, 1997, pp. 258 y ss.).

En estrecha relación con los estándares democráticos se encuentra el concepto de *good governance* (gobernabilidad). Este concepto va más allá de las estructuras democráticas y se relaciona también con el estímu-

lo de determinados requisitos materiales en la política gubernamental. La resolución del Consejo de las Comunidades Europeas y de los representantes de los Estados miembros, reunidos en Consejo, sobre los derechos humanos, la democracia y el desarrollo, de 1991 (Bulletin EG 11/1991, pp. 128 y ss.) aglutinaron bajo el concepto de *good governance* una serie de factores:

5. El Consejo subraya el significado de un gobierno plenamente responsable. Los Estados soberanos tienen con certeza el derecho a establecer sus propias estructuras administrativas, y de darse su propia estructura constitucional; sin embargo, sólo se podrá alcanzar un desarrollo equilibrado duradero si se respetan una serie de principios generales de gobierno: una política social y económica racional, una toma de decisiones democrática, la creación de unas políticas de desarrollo compatibles con los principios de la economía de mercado, medidas para combatir la corrupción así como la garantía del Estado de derecho, de los derechos humanos y de la libertad de prensa y opinión. La Comunidad y sus Estados miembros apoyarán los esfuerzos de los países en desarrollo para promover gobiernos plenamente responsables, y estos principios desempeñarán un papel central en el marco de sus relaciones actuales o futuras en el ámbito de la cooperación para el desarrollo.

Los estándares de un gobierno plenamente responsable han encontrado cabida en el ámbito de los tratados, por ejemplo, en el Acuerdo de Cooperación entre los Estados del ACP<sup>8</sup> (D. O., 2000, núm. L 317 p. 3, artículo 9 inciso 3. 3), por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros por otra.

<sup>8</sup> Países de África, del Caribe y del Pacífico (ACP). Artículo 9o. Elementos esenciales y elemento fundamental. [...] 3. En el marco de un entorno político e institucional respetuoso de los derechos humanos, de los principios democráticos y del Estado de derecho, la buena gestión de los asuntos públicos se define como la gestión transparente y responsable de los recursos humanos, naturales, económicos y financieros para conseguir un desarrollo equitativo y duradero. Implica procedimientos de toma de decisión claros por parte de las autoridades públicas, unas instituciones transparentes y responsables, la primacía del derecho en la gestión y la distribución de los recursos y el refuerzo de las capacidades de elaboración y aplicación de medidas destinadas en particular a prevenir y luchar contra la corrupción. La buena gestión de los asuntos públicos, que fundamenta la asociación ACP-CE, inspirará las políticas internas e internacionales de las partes y constituye un elemento fundamental del presente acuerdo. Las partes convienen en que solamente los graves casos de corrupción activa y pasiva, tal como se definen en el artículo 97, constituyen una violación de este elemento.

Por otra parte, este concepto no se ha podido profundizar en el derecho internacional. Su campo de aplicación se encuentra ante todo en el ámbito de la política de desarrollo, debido a que los países donantes (bajo la reserva de que exista un tratado) pueden formular con gran libertad las condiciones para la ayuda. El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional convierten en objeto de examen para la admisibilidad de los proyectos y el otorgamiento de las ayudas financieras, el empleo adecuado de los recursos y algunos aspectos individuales del concepto de *good governance*.

#### G. *Medio ambiente*

El manejo prudente de los recursos no renovables, la atención al equilibrio ecológico y a la protección del clima ocupan un importante lugar en la comunidad de Estados, que se concentra en una serie de tratados multilaterales sobre medio ambiente. La piedra angular del desarrollo del derecho internacional y de la protección del medio ambiente lo constituye la Conferencia de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (ONU, 1992).

En esta conferencia se expidieron, entre otros, el convenio marco para protección climática, la convención sobre biodiversidad y el plan de acción “Agenda 21”. Un punto central es la vinculación del desarrollo económico con la responsabilidad por los intereses medioambientales bajo el marco conceptual del *sustainable development* (desarrollo sostenible).

El gran desafío para la estructuración, mediante tratados, de un ordenamiento medioambiental en el marco de la Organización Mundial del Comercio —*Greening the GATT*—, lo constituye la inclusión de las medidas para la protección del medio ambiente dentro de las restricciones comerciales admisibles, de modo que tenga en cuenta los intereses de los países en desarrollo (y las ventajas competitivas frente a los países industrializados que producen dentro de los criterios medioambientales).

#### H. *Orden económico internacional*

En la estructuración de las relaciones bilaterales y multilaterales, el derecho internacional ha alcanzado un alto grado de profundidad normativa, que se encuentra raramente en otros ámbitos del derecho internacional.

En el derecho económico internacional, es bastante evidente la idea de las ventajas mutuas (en el caso del desmonte de los aranceles y de otras restricciones comerciales). El ordenamiento en materia del comercio mundial entró en una nueva fase con la conclusión de la Ronda de Uruguay y la creación de la Organización Mundial de Comercio. El régimen de los tratados de la Organización Mundial de Comercio se extiende no sólo al libre comercio de bienes, sino también a la prestación de servicios y a la protección de la propiedad intelectual. La creación de un mecanismo de solución de controversias de carácter jurisdiccional en la Organización Mundial del Comercio ha conducido a una fuerte juridización de los conflictos económicos. La protección de las inversiones mediante tratados se reactivó en las dos décadas pasadas. La cooperación regional con fundamento en tratados para la conformación de uniones aduaneras, zonas de libre comercio y otras formas de integración más profundas, han dado lugar a la conformación de bloques económicos con niveles de importancia diferentes (especialmente el desarrollo de las Comunidades Europeas bajo el marco de la Unión Europea, así como el NAFTA y el Mercosur).

El clamor de muchos países en desarrollo por un “nuevo orden económico” (con la garantía de una mayor solidaridad de los países industrializados, el uso ilimitado de los recursos propios por parte de los países en desarrollo y la posibilidad de facilitar la expropiación de los inversionistas extranjeros) ha decrecido con el correr de los años. En el trasfondo, se encuentra, además de la caída del régimen comunista del antiguo bloque oriental, la idea de la relativa superioridad del modelo de economía de mercado y de las ventajas de un ordenamiento de comercio mundial liberal, así como la competencia de los países en desarrollo por atraer las inversiones extranjeras.

BIBLIOGRAFÍA: *Agenda for Peace. Preventive Diplomacy, Peace-Making and Peace-Keeping*, Bericht des UN-Generalsekretärs, UN Doc. A/47/277 (1992); Supplement to an Agenda for Peace, UN Doc. A/50/60 (1995); An Agenda for Development, Bericht des UN-Generalsekretärs, UN Doc. A/48/935 (1994); M. Byers, *The Role of Law en International Politics*, 2001; G. L. Dorsey, “The McDougal-Lasswell Proposal to Build a World Public Order”, *AJIL*, 82 (1988), pp. 41 y ss.; T. M. Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, 1990; id., *Fairness in International Law and Institutions*, 1995; K. Ginther/E. Denter/P. J. I. M. de Waart (ed.), *Sustainable Development and Good Governance*, 1995; J.

A. Frowein, “Der Terrorismus als Herausforderung für das Völkerrecht”, *ZaöRV*, 61 (2002), pp. 879 y ss.; L. Henkin, *International Law: Politics and Values*, 1995; R. Higgins, *Peace and Security: Achievements and Failures*, *AJIL*, 5 (1995), pp. 445 y ss.; *id.*, *Terrorism and International Law*, 1997; J. Isensee, “Weltpolizei für Menschenrechte”, *JZ*, 1995, pp. 421 y ss.; K. Kaiser, “Politische Forderungen an die Einhaltung und Weiterentwicklung des Völkerrechts”, en: L. Souchon (ed.), *Völkerrecht und Sicherheit*, 1994, pp. 11 y ss.; W. Kühne (ed.), *Blauhelme en einer turbulenten Welt*, 1993; M. S. McDougal y W. M. Reisman, “*International Law in Policy-Oriented Perspective*”, en: R. St. J. Macdonald y D. M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays en Legal Philosophy*, 1983, pp. 103 y ss.; M. S. McDougal, “The Dorsey Comment: A Modest Retrogression”, *AJIL*, 82 (1988), pp. 51 y ss.; K. K. Pease y D. P. Forsythe, “Human Rights, Humanitarian Intervention and World Politics”, *Human Rights Quarterly*, 15 (1993), pp. 290 y ss.; O. Schachter, “The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 36 (1997), pp. 7 y ss.; C. Schreuer, “The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?”, *EJIL*, 4 (1993), pp. 447 y ss.; A.-M. Slaughter, “International Law en a World of Liberal States”, *EJIL*, 6 (1995), pp. 503 y ss.; C. Tomuschat, “Ein neues Modell der Friedenssicherung tut not”, *Europa-Archiv*, 1994, pp. 677 y ss.; *id.*, “International Law”, en: C. Tomuschat (ed.), *The United Nations at Age 50*, 1995, pp. 281 y ss.; *ibidem*, “Der 11 September 2001 und seine rechtlichen Konsequenzen”, *EuGRZ*, 2001, pp. 535 y ss.; R. Wolfrum, “Vereinte Nationen: Agenda für die Weiterentwicklung des Völkerrechts”, en: L. Souchon (ed.), *Völkerrecht und Sicherheit*, 1994, pp. 11 y ss.

## 5. LOS ESTADOS DEL MUNDO COMO COMUNIDAD JURÍDICA Y EL DERECHO INTERNACIONAL COMO ORDEN OBJETIVO DE VALORES

### A. *La doctrina de la comunidad jurídica internacional*

Recientemente, ha comenzado a predominar una perspectiva del derecho internacional que coloca en el centro los derechos y los deberes, vinculados entre sí, de un Estado respecto de otro Estado. De acuerdo con

esta perspectiva, los intereses (y deberes) de un Estado, protegidos legalmente, se encuentran en primer plano en las relaciones interestatales concretas. Es así como el no reconocimiento de un representante diplomático por parte del Estado receptor se ve como una violación de los derechos del Estado del que éste proviene, el cual, para defender sus intereses protegidos legalmente, puede reaccionar frente a esa ilegalidad con medidas correctivas.

Una interpretación así de los intereses subjetivos de los respectivos Estados se da, especialmente, cuando el fundamento de validez del derecho internacional se basa en el consenso de los Estados de manera individual. Por ejemplo, si se habla de manera general aquí de la imagen de un mundo “atomizado”, que se gobierna por los intereses subjetivos de cada Estado.

Un perfil diferente del mundo de los Estados lo desarrolla la moderna doctrina, que lo ve como una comunidad legal internacional (*international legal community*). Esta doctrina define el derecho internacional como el fundamento de una comunidad internacional, que se encuentra vinculada a través de determinados principios fundamentales de carácter formal y material. Hermann Mosler desarrolló el concepto de la comunidad de Estados en su Conferencia de la Haya en 1974, (*RdC*, 140, 1974-IV) y posteriormente la complementó:

La constitución de una sociedad, ya sea que regule la vida dentro de un Estado o la coexistencia de un grupo de Estados, es la ley suprema de la sociedad. Ésta transforma una sociedad en una comunidad gobernada por la ley. Ésta provee la organización necesaria y la división de la competencia de los órganos establecidos bajo las reglas de un procedimiento fijo. A pesar de la falta de una constitución general para el funcionamiento de la comunidad internacional, existen muchos elementos constitucionales de forma e importancia variada (H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, 1980, pp. 15 y ss.).

Este concepto basa la comunidad de Estados, por una parte, en determinadas reglas fundamentales de producción jurídica, que fungen como elemento constitucional de la comunidad internacional. Por otra parte, la comunidad de derecho internacional descansa en ciertos principios materiales, dentro de los cuales viene a colación una dimensión mínima de los valores fundamentales comunes (*international public order*).

El concepto de la comunidad de Estados le debe un impulso esencial a la doctrina de Alfred Verdross, que, partiendo de un criterio constitucional de carácter formal (reglas fundamentales para la producción del derecho), enriqueció en gran medida las bases legales de la comunidad de Estados con principios fundamentales de carácter material (un ejemplo reciente: la proscripción de la guerra de agresión), que se alimentan de la Carta de la ONU. En el libro de texto *Derecho internacional universal* de Verdross y de su discípulo Bruno Simma (3a. ed., 1984), se hace referencia a la Carta de las Naciones Unidas de manera directa como la Constitución de la comunidad de Estados:

La Carta de la ONU fue en principio sólo la constitución de un orden parcial dentro del derecho internacional universal, como quiera que la ONU comprendía originalmente sólo 51 Estados. Desde entonces casi todos los Estados se han convertido en miembros de esa organización, y los restantes Estados han reconocido también sus principios rectores, dando lugar a que la Carta de la ONU se convierta en el ordenamiento fundamental de la totalidad del derecho internacional fundamental. En su preámbulo, ella obliga a sus miembros no sólo al acatamiento de los acuerdos de derecho internacional, sino también de las normas del derecho internacional contenidas en otras fuentes, así como también al acatamiento del derecho internacional tradicional, en la medida en que éste no hubiere sido modificado por la Carta. De esta forma el derecho internacional general vigente hasta ahora queda incluido en el nuevo orden universal (*ibid.*, p. 72).

Esta perspectiva se basa en el hecho de que la Carta de las Naciones Unidas contempla principios fundamentales universales, ya reconocidos, como se circunscribe principalmente en los artículos 1o. y 2o. (por ejemplo: el derecho de los pueblos a la libre autodeterminación, la igualdad soberana de los Estados, la solución pacífica de las controversias, y la prohibición del uso de la fuerza).

Adicionalmente, la Carta de la ONU tiene prevalencia sobre otros tratados de derecho internacional (artículo 103).<sup>9</sup> Sin embargo, para la aplicación y posible modificación de la Carta no se excluye el recurso a las reglas externas del derecho internacional (del derecho consuetudinario)

<sup>9</sup> Artículo 103. En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

por ejemplo, en lo concerniente a la aplicación de las reglas imperativas del derecho internacional por parte del Consejo de Seguridad. Adicionalmente, la Carta de la ONU se aplica directamente sólo a los Estados miembros, que son casi todos los Estados que conforman la comunidad de Estados. Evitando esta problemática, otro concepto “constitucional” vincula las reglas fundamentales de carácter formal para la producción jurídica con los principios orientadores de carácter material (como expresión de los valores comunes) y en esa estructura de reglas fundamentales ve la Constitución de la comunidad internacional (C. Tomuschat, “Obligations Arising for States Without or Against Their Will”, *RdC*, 241, 1993-IV, pp. 195 y ss.). La Carta de la ONU le da al ordenamiento fundamental de la comunidad de Estados un impulso decisivo, sin que sea idéntica a una Constitución mundial:

La comunidad internacional puede efectivamente ser concebida como una entidad legal, gobernada por una constitución, un término que, como se señaló, sirve para denotar las funciones básicas de gobierno al interior de la entidad. La comunidad internacional y su constitución fueron creadas por los Estados. Desde hace varios siglos hasta el presente, la idea apoyada principalmente por la Carta de la ONU, de un marco legal que determinará ciertos valores comunes como una guía de principios que los Estados debían observar y respetar, ha ganado terreno y se ha fortalecido progresivamente. En la actualidad, el discurso legal internacional se encuentra profundamente influido por el concepto de la comunidad internacional, y precisamente, en documentos establecidos por los Estados más representativos. La comunidad internacional no es una invención de los académicos (Tomuschat, *ibidem*, p. 236).

La mayor ganancia el criterio “constitucional” se encuentra en el debilitamiento continuo del principio del consenso y en la volatilidad, asociada necesariamente al consenso, de las reglas de las relaciones interestatales.

El ordenamiento fundamental de la comunidad de Estados aparece como una red (también material) de principios guía, que se deben pensar como presupuestos previos de cada Estado y de su existencia. Un Estado que quiere ser miembro de la comunidad internacional debe reconocer determinados valores fundamentales protegidos, y doblegarse ante ciertas formas de producción legislativa. La idea de estos principios fundamentales, aceptados por la totalidad de la comunidad de Estados y que

ya no dependen de la aprobación de cada Estado en forma individual, colabora decididamente a estabilizar las relaciones interestatales.

Por otra parte, el concepto de una constitución, que toma prestados los conceptos del derecho constitucional nacional corre el peligro de despertar expectativas excesivas, que luego no se pueden cumplir. El ordenamiento legal fundamental de la comunidad internacional se desarrolla en forma diferente de las constituciones nacionales. Tampoco crea una asociación que deba administrar a través de sus órganos. Las medidas del Consejo de Seguridad de la ONU se pueden interpretar, en todo caso, en forma abreviada, en un sentido politológico, como actuaciones de la comunidad de Estados; en realidad, estas medidas se le atribuyen a la organización internacional “Naciones Unidas”.

Sería completamente erróneo comprender la comunidad de derecho internacional como sujeto jurídico con deberes y derechos propios. Aun en el caso del sistema de la Unión Europea con las dos Comunidades Europeas (que en su estructura organizacional y en su conjunto de competencias se acercan a un Estado más que cualquier otra organización internacional) es bastante discutible, en qué medida tiene sentido hablar de una “Constitución” europea, término que recoge el nuevo Tratado sobre una “Constitución de Europa” (2004).

#### *B. El derecho internacional como expresión de un orden de valores objetivos*

La idea de una comunidad jurídica internacional se nutre esencialmente del supuesto de que los principios fundamentales de carácter material del derecho internacional son la expresión de un orden de valores objetivo, que (en todo caso en sentido normativo) vincula a todos los miembros de la comunidad de Estados. Los Estados que se distancian de tales valores (por ejemplo, mediante la discriminación racial) siguen vinculados aun sin su aprobación a las normas legales que protegen esos valores fundamentales, y se arriesgan a ser sancionados por la totalidad de la comunidad de Estados.

##### *a. Valores objetivos en el derecho internacional*

Los valores objetivos, que se protegen también por su valor intrínseco (y no sólo en interés de los Estados individualmente), se fundan en las reglas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*), que le sientan

límites infranqueables a la libre disposición de los Estados en un tratado. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala en la definición de las reglas imperativas del derecho internacional los intereses de la comunidad internacional de Estados para el cumplimiento de las normas indispensables:

Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter (artículo 53 *CVT*).

A esas normas obligatorias pertenecen, por ejemplo, los derechos humanos más elementales (como la prohibición de las torturas o de la esclavitud, la proscripción del genocidio o de la discriminación racial). Las normas del derecho internacional imperativo se encuentran en cuanto contenido, en estrecha relación con las obligaciones *erga omnes*, esto es, las obligaciones que se aplican a toda la comunidad de Estados (como el obedecimiento del derecho internacional imperativo o por ejemplo, los deberes elementales en las relaciones diplomáticas). El no cumplimiento de esas obligaciones puede ser objeto de represalias, a juicio de cada Estado.

Un ejemplo de represalias por graves violaciones al derecho internacional, lo constituye la imposición a las compañías aéreas yugoslavas, por parte de la Comunidad Europea, de la prohibición de volar sobre la República Federal de Yugoslavia, debido a la “seria violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario” en Kosovo (Resolución EG Nr. 1901/98, D. O. 1998 núm. L 248/1).

La idea de valores fundamentales comunes en el derecho internacional se encuentra vinculada al concepto de “crimen en derecho internacional”, del modo que lo ha desarrollado la Comisión de Derecho Internacional. Un crimen de este tipo se caracteriza por consiguiente, por el incumplimiento de una obligación de derecho internacional, que es esencial para garantizar los intereses fundamentales de la comunidad inter-

nacional, de modo tal que esa comunidad como un todo, califique la violación como un crimen en derecho internacional:

Un acto internacionalmente ilícito que resulte del incumplimiento por parte de un Estado de una obligación internacional tan esencial para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, que su incumplimiento es reconocido como un crimen por la comunidad como un todo, constituye un crimen internacional (en la primera versión del proyecto sobre responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional, versión de 1996, parte I, artículo 19, inciso 2, ILM, 37, 1998, pp. 440 y ss.).

En 2001 en una segunda versión del proyecto, la Comisión de derecho internacional se alejó, sin embargo, del concepto de “crimen en derecho internacional”, aunque ese concepto sugiere una jurisdicción penal de derecho internacional y por consiguiente podía generar dudas.

Una protección adicional de los intereses objetivos se encuentra en la obligación de los Estados de perseguir penalmente las violaciones a los derechos humanos (que lleven a cabo los funcionarios o las personas privadas). De este modo determina la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948: “Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares” (artículo IV).

Aquí, el Estado, además de llevar a cabo la persecución penal individual, actúa en representación de la totalidad de la comunidad de Estados. La idea de un orden de valores vinculante guía también el trato que le da la comunidad de Estados a un régimen territorial, a un Estado o a un gobierno. Una violación grave del derecho internacional (por ejemplo, en el campo de los derechos humanos) puede poner en peligro la representatividad de un gobierno desde la perspectiva externa (ejemplo: el tratamiento del régimen de Apartheid sudafricano o el gobierno militar en Haití S/Res. 940, 1994, VN 1994, p. 195). Un poco más allá va una práctica reciente de los Estados, la cual vincula el reconocimiento de los Estados al cumplimiento de determinados principios fundamentales del derecho internacional. La declaración del Ministro de Relaciones Exteriores de la UE sobre el reconocimiento de nuevos Estados, haciendo referencia a la ex Yugoslavia, ha abierto nuevas sendas a este tema (EA 47, 1992, D 120; ILM, 31, 1992, p. 1495).

Finalmente, en el caso de una grave violación de los valores fundamentales de derecho internacional (en el caso de actividades de agresión o de vínculos con el terrorismo internacional) los Estados deben contar con que su estatus como miembro de la comunidad de Estados puede sufrir menoscabo. De acuerdo con la nueva práctica del Consejo de Seguridad de la ONU, a un Estado de este tipo se le pueden imponer restricciones que presuponen por sí mismas un especial sometimiento al Tratado (restricciones al potencial militar de Irak, S/Res. 687 [1991], VN 1991, p. 74; las órdenes a Libia para que extraditaran a los terroristas, S/Res 731 [1992], VN 1992, p. 67).

La “cláusula de los Estados enemigos” (ya bastante obsoleta) de la Carta de la ONU (artículo 107)<sup>10</sup> es otro ejemplo de la proscripción de aquellos Estados que se colocan por fuera del orden de valores del derecho internacional. Esa idea de la estigmatización se expresa en la formula, bastante discutida, de los “Estados infames” (*rogue states*), que ha caracterizado la política de los Estados Unidos de América.

El reconocimiento de un orden de valores común se encuentra en forma bastante pronunciada en los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales. El Tratado de la Unión Europea determina: “La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho, principios que son comunes a los Estados miembros” (artículo 60., número 1, UE).

### *b. Los valores fundamentales del derecho internacional moderno*

La Carta de las Naciones Unidas, la jurisprudencia de la Corte Internacional y de otros tribunales internacionales, las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU y de la Asamblea General de la ONU, la cada vez más compleja red de tratados universales para la protección de los derechos humanos y el medio ambiente, así como la nueva práctica de los Estados, permiten reconocer una estructura de determinados valores en los que descansa el derecho internacional moderno. Esos derechos

<sup>10</sup> Artículo 107. Ninguna de las disposiciones de esta Carta invalidará o impedirá cualquier acción ejercida o autorizada como resultado de la segunda guerra mundial con respecto a un Estado enemigo de cualquiera de los signatarios de esta Carta durante la citada guerra, por los gobiernos responsables de dicha acción.

fundamentales son la igualdad soberana de los Estados incluyendo el principio del consenso para el establecimiento de obligaciones a los Estados, el derecho de los Estados a la integridad territorial, el derecho de autoconservación de los Estados (incluida la protección de la vida de la población), el derecho de autodeterminación de los pueblos, y la protección de las bases naturales de la vida.

Los valores fundamentales del derecho internacional no se encuentran aislados entre sí. Más aún, se limitan mutuamente y se concilian en forma adecuada. El desempeño de los régimenes internacionales, incluido el del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas, se evalúa de acuerdo con la efectividad con que asegure esos valores fundamentales y la forma como los concilie en caso de un conflicto de valores.

#### c. Ponderación de los valores fundamentales

La interpretación del derecho internacional como orden de valores conlleva como toda idea de orden de valores un problema central: la ponderación de los valores fundamentales y el debilitamiento de las pretensiones de validez categórica de determinadas normas. El caso más característico es la relativización de la prohibición del uso de la fuerza a favor de la protección de los derechos humanos más elementales. El modelo de ponderación ha recibido un impulso poderoso especialmente con la intervención humanitaria de los Estados de la OTAN para la protección de la población civil en Kosovo sin la autorización del Consejo de Seguridad de la ONU (primavera de 1999). La alta valoración de los derechos humanos más elementales encuentra expresión en su reconocimiento como derecho internacional imperativo. El concepto de la ponderación se encuentra abierto a la ampliación en favor de otros valores fundamentales, especialmente en favor de los intereses más elementales como la protección de la vida y del medio ambiente (por ejemplo, la amenaza que constituye una central atómica altamente insegura, ubicada cerca a una frontera). Los límites de la apertura a la ponderación se traspasan en el caso de una relativización de las normas de derecho internacional en favor de un “cambio de régimen”. Sin embargo, el orden democrático en los Estados individualmente, no hace parte todavía de los valores fundamentales de derecho internacional.

Para el reconocimiento del derecho internacional como orden de valores con fuerza vinculante, la doctrina debe enfrentarse permanentemente

al peligro de que la idea de un orden de valores puede ir en detrimento de un método jurídico seguro y de un sistema estable de derechos y deberes, claramente delimitado. Un ejemplo de esto lo constituye el caso *Al-Adsani*. Se trataba de una demanda indemnizatoria, interpuesta ante una corte inglesa por un nacional de Kuwait en contra del Estado de Kuwait, por violación de los derechos humanos (graves maltratos corporales). Los tribunales ingleses rechazaron la demanda argumentando la inmunidad de Estados. Luego de esto el demandante elevó un amparo ante la Corte Europea de Derechos Humanos en contra del Reino Unido, de conformidad con el artículo 6o., número 1<sup>11</sup> de la Convención Europea de Derechos Humanos. La Corte desestimó la demanda (CEDH, *Al-Adsani vs. United Kingdom*, EuGRZ 2002, pp. 403 y ss.). La mayoría en la Corte vio en los principios sobre inmunidad de los Estados una barrera inmanente para los derechos consagrados en el artículo 6o. número 1 CEDH. Ellos negaron la posibilidad de que el derecho consuetudinario constituyera una excepción a la inmunidad de los Estados en el caso de graves violaciones a los derechos humanos. Las minorías en el tribunal consideraron que, para el ordenamiento del derecho internacional, la protección de los derechos humanos como valor supremo debía prevalecer por sobre las pretensiones de inmunidad de los Estados ante las cortes extranjeras.

De conformidad con esta interpretación, los Estados parte del CEDH entraron en una tensión insoluble entre la protección de los derechos humanos contemplada en un orden de valores establecido, y sus obligaciones respecto de otros Estados de conformidad con el derecho consuetudinario.

Especialmente en el caso de la protección de la integridad territorial, cualquier apartamiento de las estrictas reglas formales (la competencia

<sup>11</sup> Artículo 6o. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

del Consejo de Seguridad de la ONU para el empleo de medidas violentas) se justifica un ámbito de interpretación mediante mecanismos de ponderación. Los favorecidos son aquellos Estados que disponen de una hegemonía económica o militar o de una posición oligopólica. De tal modo que en la realidad jurídica, los potentes actores favorecen el espacio libre, en el cual se lleva a cabo la ponderación. Esta clase de espacios de ponderación promueven la inseguridad jurídica, la que, debido a la carencia de una jurisdicción internacional, se hace más profunda. Esto se hace más necesario ante todo en el caso de la violación de los criterios de ponderación que hacen operable la prohibición del uso de la fuerza.

#### C. “*Objetivos comunes de la humanidad*” y “*Patrimonio común de la humanidad*”

El reconocimiento de una comunidad internacional, unida por un objetivo fundamental común, alimenta la amplia internacionalización de los bienes jurídicos, la cual ocurre en mayor o menor grado, así como del aprovechamiento del territorio. El Tratado del Espacio Exterior de 1967 señala la exploración y uso del espacio incluida la luna y otros cuerpos celestes, como “asunto de toda la humanidad” (artículo I, apartado 1). Éste se inscribe en un régimen, que bajo reserva de determinadas restricciones en interés de todos los Estados del mundo (por ejemplo, la prohibición de la apropiación nacional o de la prohibición del uso no-pacífico) permite el libre acceso a todos los Estados.

El Convenio sobre la Biodiversidad Biológica de 1992 (Convenio de Biodiversidad) ve en la conservación de la diversidad biológica un “interés común de toda la humanidad” (Preámbulo). Con base en éste se reconoce el interés de la comunidad internacional en la biodiversidad, en el sentido de un manejo prudente de los recursos biológicos. A la internacionalización del uso y disposición, se vincula el concepto de “patrimonio común de la humanidad” (*common heritage of mankind*).

En el mismo sentido, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 califica el suelo marítimo como patrimonio de la humanidad (artículo 136).<sup>12</sup> Aquí se profundiza el interés de la comunidad de Estados por un régimen distributivo más internacionalizado,

<sup>12</sup> Artículo 136. Patrimonio común de la humanidad. La zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad.

que le niega el libre uso a los Estados individualmente. Ya que el régimen de admisión exige un fundamento contractual, y es válido sólo para los Estados parte del tratado. Aquí se hace otra vez evidente que conceptos como la “comunidad internacional” o la “humanidad” no designan la atribución de un objeto propio (como titular de derechos y deberes). Más aún, fungen como abreviación para los intereses a reconocer, o reconocidos universalmente, en cuya garantía la totalidad del mundo de los Estados tiene un interés (como, por ejemplo, ocurre con una nueva tendencia sobre el genoma humano).

BIBLIOGRAFÍA: B. Fassbender, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 36 (1998), pp. 529 y ss.; S. Huntington, “The Clash of Civilizations?”, *Foreign Affairs*, 72 (1993), pp. 22 y 55; M. Lachs, “Quelques réflexions sur la communauté internationale”, en: *Mélanges Michel Virally*, 1991, pp. 49 y ss.; B. Larschan/B. C. Brennan, “The Common Heritage of Mankind Principle en International Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 21 (1983), pp. 305 y ss.; R. St. J. Macdonald, “The Common Heritage of Mankind”, en: *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für R. Bernhardt*, 1995, pp. 153 y ss.; H. Mosler, “The International Society as a Legal Community”, *RdC*, 140 (1973), (versión actualizada: *The International Society as a Legal Community*, 1980); B. Simma, “From Bilateralism to Community Interest en International Law”, *RdC*, 250 (1994), pp. 225 y ss.; C. Tomuschat, “Obligations Arising for States Without or Against Their Will”, *RdC*, 241 (1993), pp. 195 y ss.; *id.*, “Die internationale Gemeinschaft”, *AVR*, 33 (1995); *id.*, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a new Century”, *RdC*, 281 (1999), pp. 9 y ss.; A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926; C. Walther, “Constitutionalizing (Inter)national Governance-Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law”, *GYIL*, 44 (2001), pp. 170 y ss.

## 6. RELACIONES CON LAS CIENCIAS POLÍTICAS (DOCTRINA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES)

La ciencia del derecho internacional está muy cerca de la doctrina de las relaciones internacionales (que hace parte de la ciencia política, co-

mo una rama de ella). Para los juristas, sin embargo, no es fácil el acceso a esa disciplina vecina.

Por su parte, a la doctrina de las relaciones internacionales cada vez es más difícil determinar lo que corresponde a su objeto de investigación y al desarrollo de sus propios métodos. En todo caso, es evidente que la doctrina del derecho internacional y la teoría de las relaciones internacionales tienen una serie de asuntos comunes y pueden relacionarse esencialmente entre sí. Desde la perspectiva del derecho internacional, ese resultado oculta que algunas investigaciones en el campo de las relaciones internacionales pueden abrir en cierta forma el abanico de nuevos descubrimientos y tener como fruto nuevos conocimientos.

Al respecto, se tiene que pensar si algunas perspectivas de la ciencia del derecho internacional, se basan directamente en criterios empíricos, que a su vez se trasladan al plano puramente normativo. Esto es válido, por ejemplo, para las declaraciones metajurídicas, por qué los Estados siguen reglas del derecho internacional (Chayes/Handler Chayes [1995], Koh [1998], Henkin [1979]) o hasta qué medida la “legitimidad” reconocida de los criterios del derecho internacional motivan su cumplimiento (Franck [1990]). Se debe pensar, además, que en la tradición académica, por ejemplo, de los Estados Unidos o de Austria, la ciencia del derecho internacional y la teoría de las relaciones internacionales se entrelazan la una con la otra de manera mucho más estrecha, que en Alemania.

Por largo tiempo, las investigaciones empíricas de la política externa han influido en el perfil de la doctrina de las relaciones internacionales. De ahí que las declaraciones de los intereses y del poder político (por ejemplo, bajo el acento de las influencias hegemónicas) han sido determinantes (Schwarzenberger, 1964).

El “realismo”, representado entre otros por Hans J. Morgenthau, define la política como la persecución de los intereses nacionales y ve que la función de la ciencia política consiste, hasta cierto punto, en una mirada por encima de los hombros de los hombres de Estado, ejecutores de la conducta de los Estados guiada por los intereses, y de ahí extraer las decisiones para la futura estructuración de la política externa:

El principal signo que ayuda al realismo político a encontrar su vía en el panorama de la política internacional es el concepto de interés, definido en términos de poder. Este concepto provee el vínculo entre la razón que trata de entender la política internacional y los que tienen que ser entendidos.

Nosotros asumimos que los hombres de Estado piensan y actúan en términos de interés, definidos como poder, y la evidencia de la historia lo confirma. La asunción nos permite seguir y anticipar, como si lo fueran, los pasos que un hombre de Estado —pasados, presentes o futuros— ha dado o dará en la escena política. Nosotros miramos sobre sus hombros cuando escribe sus informes; nosotros oímos sus conversaciones con otros hombres de Estado; nosotros leemos y nos anticipamos a sus pensamientos. Pensando en términos de interés definido como poder, nosotros y él actuamos, y como observadores desinteresados entendemos sus pensamientos y acciones mejor de lo que él, el actor de la escena política, lo hace (H. J. Morgenthau, *Politics among Nations*, 5a. ed., 1973, p. 5).

Desde hace algún tiempo, la doctrina de las relaciones internacionales ha dejado de ver a los Estados como unidades cerradas de acción, y ha dirigido su mirada a hacia los actores no estatales, que desde adentro (sobre los gobiernos nacionales) influyen en la estructuración de las relaciones internacionales o que se ocupan directamente desde fuera en el ámbito internacional (organizaciones no gubernamentales como Greenpeace o Amnesty International).

Por tanto, la fijación de las posiciones de poder y los intereses de los Estados exigen tener en cuenta otros factores. Esto coloca la teoría de las relaciones internacionales en armonía con el desarrollo del derecho internacional, que reconoce cada vez más a las asociaciones no estatales y los individuos como titulares de intereses y deberes protegidos jurídicamente. Para ambas disciplinas la vinculación de los procesos de la política interna con los desarrollos del derecho internacional es fructífera (ya sea que se trate de la internacionalización de las reglas del derecho internacional y de algunas expectativas internacionales de comportamiento o de los efectos externos de la influencia de la política interna). Esa perspectiva amplía el cuadro actual del mundo de los Estados o de la comunidad de Estados a la *international (global) civil society*. La inclusión de los actores no estatales implica también una comprensión más profunda de los conflictos interestatales, a cuya creación colabora la influencia sobre la política interna de los grupos de interés. Un ejemplo de esto lo constituyen las controversias en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre las prohibiciones de importación de los Estados Unidos para proteger determinados tipos de animales (la prohibición de importar atún, que hubiere sido pescado con redes de arrastre u otras métodos que ponen en peligro las especies marítimas, véase B. Kingsbury,

“The Tuna-Dolphin Controversy, the World Trade Organisation, and the Liberal Project to Reconceptualize International Law”, *Yearbook of International Environmental Law*, 5 (1994), pp. 1 y ss.; al respecto nuestro apartado 55, 1.). En este contexto se contraponen, en últimas, las exigencias de las organizaciones medioambientales y los intereses de los pescadores de los países en desarrollo y de otros países.

Especial fascinación suscitan en algunas corrientes de la doctrina de las relaciones internacionales, la influencia que ejerce la estructura interna los Estados en las relaciones externas (Slaughter, 1995). Es así como las teorías “liberales” señalan las relaciones dinámicas entre un orden estatal pluralista y democrático y la inclinación de los Estados hacia la paz (Slaughter Burley, *AJIL*, 89, 1993, pp. 225 y ss.). La lectura de Kant *La paz perpetua* (1795) analiza esos hechos. (véase nuestro apartado 2, 4.).

Aun más, el campo de investigación de la teoría de las relaciones internacionales se ha ampliado marcadamente. A la moderna orientación investigadora de la doctrina de las relaciones internacionales pertenecen, por ejemplo, las investigaciones sobre la paz, la investigación en sectores políticos individuales (regímenes económicos o regímenes medioambientales) así como sobre regiones más delimitadas (por ejemplo, la investigación sobre Latinoamérica). En lo que concierne al método, la teoría de las relaciones internacionales, se ha abierto, por ejemplo, a los criterios de la ciencia económica (como los modelos de la teoría de juegos) y a los métodos de investigación estadística.

De especial interés para los internacionalistas es la teoría de los regímenes internacionales. Se trata de una estructura de normas legales, principios de conducta no vinculantes (todavía), y mecanismos de decisión, que ordenan un determinado ámbito de las relaciones internacionales:

Los regímenes pueden ser definidos como un conjunto implícito de principios, normas, reglas y procedimientos para la toma de decisiones acerca de los cuales las expectativas de los actores convergen en una área dada de las relaciones internacionales. Los principios son creencias de facto, causalidad y rectitud. Las normas son estándares de comportamiento definidos en términos de derechos y obligaciones. Las reglas son prescripciones específicas o proscripciones para la acción. Los procedimientos para la toma de decisiones son prevalentemente prácticas para adoptar e implementar la elección colectiva (Krasner [1983], p. 2).

A pesar de que su objeto de investigación carece en cierta forma de contornos, la teoría de los regímenes internacionales tiene la ventaja de que incluye más allá de las reglas legales vinculantes, también algunas expectativas de conducta estabilizada al interior de un sistema internacional. Esto apoya el análisis de los procesos que paulatinamente pueden llevar a la conformación de normas del derecho internacional (por ejemplo, la práctica de las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o del proceso de la OSCE).

En la teoría de las relaciones internacionales la (re-)construcción racional de la conducta de los actores individuales (*Rational Choice*) juega un importante papel. El diálogo con la comunidad de Estados ha llevado a que la aplicación de los intereses racionales como criterio aclaratorio, se recubra de la realización de determinados valores fundamentales de la comunidad de Estados, que surgen junto a los intereses nacionales genuinos o que gracias a su internalización en el ámbito doméstico de los Estados individualmente, caracteriza la formulación de los intereses nacionales.

BIBLIOGRAFÍA: K. Booth y S. Smith (eds.), *International Relations Theory Today*, 1996; A. Chayes y A. Handler Chayes, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, 1995; E. O. Czempiel, *Die Lehre von den internationalen Beziehungen*, 1969; ibidem, *Weltpolitik im Umbruch. Das internationale System nach Ende des Ost-West-Konflikts*, 2a. ed., 1993; K. W. Deutsch y S. Hoffmann (eds.), *The Relevance of International Law*, 1968; T. M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, 1990; L. Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2a. ed., 1979; S. Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998; K. Kaiser y H.-P. Schwarz (eds.), *Die neue Weltpolitik*, 1995; R. O. Keohane, “International Relations and International Law: Two Optics”, *Harvard International Law Journal*, 38 (1997), pp. 487 y ss.; H. H. Koh, “Why Do Nations Obey International Law?”, *Yale Law Journal*, 106 (1997), pp. 2599 y ss.; B. Kohler-Koch (ed.), *Regime en den internationalen Beziehungen*, 1989; S. D. Krasner, “Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables”, en: Krasner (ed.), *International Regimes*, 1983, pp. 1 y ss.; H. J. Morgenthau, *Politics Among Nations*, 5a. ed. 1973; H. Müller, *Die Chance der Kooperation*, 1993; S. Oeter, “Interna-

tional Law and General Systems Theory”, *GYIL*, 44 (2001), pp. 72 y ss.; V. Rittberger (ed.), *Theorien der Internationalen Beziehungen, Politische Vierteljahresschrift*, 1990; *id.* (ed.), *Regime Theory and International Relations*, 1993; G. Schwarzenberger, *Power Politics. A Study of International Society*, 3a. ed., 1964; D. Senghaas, “Weltinnenpolitik-Ansätze für ein Konzept”, *Europa-Archiv*, 47 (1992), pp 643 y ss.; A. M. Slaughter Burley, “International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda”, *AJIL*, 87 (1993), pp. 205 y ss.; A. M. Slaughter, “International Law in a World of Liberal States”, *EJIL*, 6 (1995), pp. 503 y ss.; *ibidem.*, International Law and International Relations, *RdC*, 285 (2000), pp. 9 y ss.; *id.*, A. S.Tulumello y S. Wood, “International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship”, *AJIL*, 92 (1998), pp. 367 y ss.