

EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: ¿NECESIDAD O UTOPIA?

EULALIA W. PETIT DE GABRIEL
Profesora de Derecho Internacional Público
Universidad de Sevilla

El Derecho Internacional Público es el ordenamiento jurídico de la sociedad internacional, y parece evidente que no hay sociedad sin derecho: a ello responde el adagio latino *ubi societas, ibi jus*. A menudo se ha recurrido a la fórmula como explicación cuasi-mística de la existencia del Derecho internacional. Pero, ¿por qué toda sociedad y toda comunidad políticamente organizada se dota de un sistema normativo, obligatorio y coercitivo? ¿Por qué la sociedad internacional post-westfaliana va a aceptar someterse a un orden, y a uno jurídico, que limite la libertad de acción de sus sujetos, los Estados soberanos?

El debate sobre el fundamento del Derecho Internacional es, quizás, uno de los temas más ricos, recurrentes y estimulantes que ofrece la doctrina internacionalista, aun cuando los sectores críticos hayan denunciado el retroceso del debate sobre la "teoría". Con tal ejercicio de pensamiento no sólo se intenta hacer frente a las críticas que históricamente y desde distintas perspectivas se vierten frente al Derecho Internacional como sistema normativo, sino que al mismo tiempo se describe, indirectamente, la propia concepción de la sociedad internacional que este Derecho está llamado a regir y la propia concepción de la función que este ordenamiento cumple en tal sociedad. El fundamento nos da asimismo la medida de los límites del propio sistema: así, fundamento y límites del Derecho internacional público son dos caras de la misma moneda, por cuanto la razón para cumplir la norma nos ilustra sobre lo que escapa al imperio de la misma. Si adoptamos una perspectiva estrictamente voluntarista, allá donde no exista acuerdo —expreso o tácito— encontraremos el límite, la frontera del Derecho y de lo que éste puede aspirar a regular. Si adoptamos una perspectiva consensualista, la división de la sociedad internacional en grupos irreconciliables para una determinada cuestión nos mostrará el límite de la vocación normativa del sistema.

En las páginas siguientes, me propongo combinar dos tesis. En primer lugar, y siguiendo al profesor Carrillo Salcedo, sostengo que una aproximación a la cuestión del fundamento —y de los límites, añado yo— del Derecho Internacional Público requiere de una combinación de perspectivas. El Profesor Carrillo ha escrito que "el problema

del fundamento del Derecho Internacional, en suma, no es cuestión de dicotomía—esto es, o la voluntad de los Estados como único fundamento, o factores totalmente extrínsecos al Derecho Internacional como única razón de ser de la obligatoriedad de sus normas—, sino, por el contrario, de dosificación y equilibrio¹. Ciertamente, es difícil sentirse satisfecho con una sola versión del tema, sea ésta objetivista o relativista; o como ha mantenido Prosper Weil, “un Derecho Internacional totalmente objetivista sería una peligrosa ilusión, un Derecho internacional totalmente voluntarista sería autodestructor”². La combinación de ambas perspectivas puede ofrecer, en cambio, una visión integral de las características del ordenamiento.

Mi segunda tesis es que existen al menos dos variables cuyo análisis permite realizar tal tipo de perspectiva integradora. Se trata del papel de la necesidad y del papel de la utopía en el ordenamiento jurídico internacional. Sus distintas manifestaciones nos muestran el Derecho internacional—a través de su fundamento y sus límites— como un ordenamiento evolutivo y complejo, en el que lo sinalagmático comparte espacios con lo comunitario. No pretendo en este trabajo agotar todas las expresiones de una y otra, utopía y necesidad: de hecho, sólo me centraré en algunas ideas que tienen que ver con el fundamento del Derecho internacional público. Una segunda parte de este trabajo, centrada en cambio en las manifestaciones de los límites del Derecho, se mantiene aún en la zona umbría del pensamiento y no es palabra que merezca ser escrita en un momento en el que sólo la necesidad de expresar mi reconocimiento y agradecimiento al maestro me ha permitido vencer mi inseguridad natural de discípula rezagada.

El Derecho internacional obliga porque es un instrumento de regulación social históricamente necesario. Es tal sentido, podemos partir de un fundamento objetivo y externo a la voluntad contingente de los miembros de la sociedad regulada por este Derecho. Pero además, el Derecho internacional obliga porque las relaciones presuponen la buena fe como expresión de confianza, manifestación primera de la utopía, que pudiera parecer así un fundamento subjetivo de la norma. No obstante, la membrana que separa la consideración de qué sea fundamento objetivo y subjetivo de la obligatoriedad del Derecho internacional contemporáneo es permeable.

Para abundar en esta idea es preciso comenzar tomando partido sobre las escuelas de pensamiento que han abordado la cuestión del fundamento. Frente a la tradición iusnaturalista, de honda e histórica raigambre en la doctrina española, y frente a la doctrina positivista, quizás más asentada en la doctrina de otros países de nuestro entorno como puede ser Francia, comparto una aproximación alternativa al Derecho, de corte sociológico. Acogiendo el pensamiento de W. Friedmann³ considero que la tesis que basa la fuerza de obligar del Derecho Internacional en la convicción subjetiva de la obligatoriedad (“the sense of obligation”) es particularmente atractiva. Entre otras razones, porque esta opción justificaría por sí misma el cumplimiento espontáneo de las normas, dimensión tan importante cuando hablamos del Derecho Internacional Público. A mi parecer esta perspectiva es la que mejor explica la existencia misma

¹ J.A. Carrillo Salcedo, “El fundamento del Derecho Internacional Público: Algunas reflexiones sobre un problema clásico”, *REDI*, 1998, p. 30.

² P. Weil, “Le Droit international en quête de son identité”, *RCADI*, 1992, t. 237, p. 79.

³ W. Friedmann, *The Changing structure of international law*, Londres, Stevens & Sons, 1964, capítulo 8, “The reality of International Law”, pp. 81-95, en particular pp. 81-82.

de un sistema jurídico como instrumento para regular la convivencia en los distintos tipos de sociedad que podemos analizar. No obstante, una cosa es justificar la existencia de un sistema normativo y otra explicar por qué obliga. En realidad, ello nos llevaría a la pregunta de ¿en qué reside el sentimiento de obligatoriedad? ¿Qué elementos determinan el nacimiento o mantenimiento de dicha percepción?

Desde la perspectiva abordada en este trabajo, el sentimiento de la obligatoriedad del Derecho en la sociedad internacional deriva de la conjunción de dos variables: necesidad y utopía.

Conforme a la primera de las variables, el Derecho es obligatorio porque cada uno de los miembros de la sociedad internacional tiene necesidad y, por tanto interés, en encontrar una pauta de comportamiento esperable y exigible de los demás. Ahora bien, si la norma es exigible a los demás, debe ser de aplicación a uno mismo o el sistema de regulación de las relaciones no se sostendría: la reciprocidad es así el presupuesto inicial de todo el sistema, puesto que traduce la garantía de seguridad imprescindible para que cualquier sujeto acepte un sistema regulador no dependiente de su exclusiva voluntad⁴. De este modo, la necesidad se manifiesta, al mismo tiempo, como fundamento subjetivo—la necesidad individualizada de predecir el comportamiento ajeno— y objetivo—la exigencia de que el comportamiento propio se someta a la norma exigible a los demás o reciprocidad—.

Como consecuencia de lo anterior, el Derecho—como tal instrumento de predictibilidad social— incorpora un elemento de deseo sobre la realidad de las relaciones entre sujetos, al mismo tiempo que cada miembro de la sociedad internacional busca una herramienta que le permita el cambio en el seno del grupo o la evolución del propio grupo. Por consiguiente, el Derecho se fundamenta en la utopía, en el sentido de articular instrumentos de reajuste de la norma existente con respecto a los cambios en las necesidades y concepciones sociales imperantes. Ello implica la identificación del contenido axiológico del Derecho, puesto que el cambio normativo al que nos referimos supone una evolución o adaptación de los valores consagrados por las normas. Supone asimismo reconocer la función transformadora que representa el Derecho en vigor, como instrumento de regulación y de cambio social⁵.

También desde esta perspectiva, la obligatoriedad del Derecho se encuentra fuera y dentro del sujeto individualmente considerado. Es un fundamento objetivo por cuanto que los valores recogidos por la norma son expresión del contenido mínimo común a los sujetos obligados, o que participan en la relación jurídica. Por tanto, escapan al exclusivo control de uno de ellos al constituir, a través de la norma, una comunidad de necesidad e intereses, en cierto sentido independiente

⁴ Aunque luego un sistema jurídico pueda introducir excepciones a la aplicación del principio de reciprocidad, como ocurre con las normas del Derecho Internacional Humanitario. Tal exclusión de la reciprocidad como fundamento del carácter obligatorio de la obligación es un elemento progresista que, en todo caso, debe ser analizado como excepción y no como principio sobre el que se basa el sistema jurídico internacional. En este sentido, exclusión de la reciprocidad y orden público internacional van de la mano, como trataré más adelante.

⁵ Merece la pena recordar la llamada al equilibrio de Weil, quien escribe que “Tout est en définition, question de mesure: un droit totalement ‘réaliste’ relèverait de la description sociologique; un droit totalement ‘utopique’ relèverait du rêve. (...) C’est dans la recherche de cet équilibre entre la volonté humaine de transformer le monde et la réalité politique qui résiste à cette aspiration que se situent à la fois la grandeur et la faiblesse du droit international, et c’est dans cette dialectique que le droit international puise la fascination qu’il exerce sur tant d’esprits”, “Le Droit international ...”, *op. cit.*, *RCADI*, 1992, p. 53.

de sus integrantes. Ello nos explica, en parte, el contenido fragmentario y disperso del Derecho internacional a lo largo de su historia (pre y post-wetfaliana), que se ha ido construyendo a través de la progresiva confluencia de intereses. Así, el Derecho practicado entre comunidades de la antigüedad clásica se basaba en valores comunes como la relevancia del comercio, la importancia de la palabra dada (el principio *pacta sunt servanda*, como manifestación del principio de buena fe), o el respeto de los ritos religiosos que condicionaban el derecho (como por ejemplo, en los usos y costumbres de la guerra). No obstante, los ámbitos susceptibles de concitar tal comunidad de intereses resultaban limitados. Pero en el mismo sentido el Derecho internacional contemporáneo requiere de una participación en los valores consagrados por la norma para que ésta alcance la cualidad de Derecho positivo, obligatorio y, además, eficaz (aunque la cuestión de la eficacia de las normas queda fuera de este trabajo). Por ejemplo, baste recordar la imposible entrada en vigor de la Convención de Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 hasta que un acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI, de 28 de julio de 1994, acometió un re-equilibrio de los valores consagrados por la norma, que se tradujeron en un modelo regulador, para la Parte XI, más ajustado al equilibrio real de fuerzas e intereses –económicos y políticos– implicados en la explotación de la zona. Además, a pesar de la expansión material del Derecho Internacional público, este sigue siendo hoy, un ordenamiento fragmentario y asimétrico en la intensidad y “calidad” de la regulación, y ello en función de la percepción por sus sujetos de una “comunidad de intereses”.

Desde un punto de vista subjetivo, por tanto contingente y connatural a los sujetos del ordenamiento jurídico internacional, la utopía se traduce en el propio carácter evolutivo de los valores consagrados por la norma. Éstos han de ser necesariamente adaptables en una sociedad que cambia en su composición, en su relación de fuerzas, en sus intereses políticos, económicos, etc. Por ejemplo, y tomando la referencia del siglo XIX, la proscripción de la esclavitud a nivel internacional tuvo su fundamento en cambios en la estructura e intereses económicos en plena expansión industrial. Desde una perspectiva contemporánea, dicha proscripción tiende a ser analizada como uno de los primeros elementos de “humanización” del Derecho internacional⁶. O volviendo la vista al Derecho internacional contemporáneo, el impulso de la noción de patrimonio común de la humanidad, así como el desarrollo y los cambios en su articulación jurídica, es tributario tanto de cambios científico-técnicos y económicos como de un cambio cuantitativo y cualitativo en el número de Estados miembros que componen la sociedad internacional y, por tanto, de un rediseño del equilibrio de fuerzas e intereses defendidos por las normas⁷. Pero en ambos casos (esclavitud y patrimonio común de la humanidad), se produce una “renovación” de los presupuestos axiológicos en los que se fundamenta la obligatoriedad de las normas: las normas obligan porque consagran los valores sobre los que existe el consenso de la sociedad internacional de un momento histórico concreto. Si las normas no se adaptaran a estos cambios axiológicos perderían su juridicidad, por inobservancia⁸.

⁶ J. Puente Egido, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Kadmos, 1997, vol. I.1, p. 130.

⁷ Al respecto puede examinarse el excelente trabajo de J.M. Pureza, *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un Derecho internacional de la solidaridad?*, Madrid, Trotta, 2002, en particular las pp. 255-328.

⁸ O en el caso de la Convención de Jamaica de 1982, su pretensión normativa no llegaría a adquirir vigor, a falta de una consagración real del “mínimo común denominador” de los valores en juego.

En conclusión, ambas ideas, necesidad y utopía, se traducen en un equilibrio entre la fundamentación objetivista y la subjetivista. Ahondando algo más en este conjunto de especulaciones, presento ahora un boceto de cómo necesidad y utopía están presentes en el Derecho internacional público como parte de su fundamento, mientras reservo –como ya anunciaba– el examen de la necesidad y la utopía como límites del Ordenamiento jurídico internacional contemporáneo para un trabajo futuro.

I. UN DERECHO NECESARIO, O DE LA NECESIDAD COMO FUNDAMENTO

La necesidad como substrato de la obligatoriedad del Derecho no se encuentra fuera del debate doctrinal. Pero al mismo tiempo es posible encontrar trazas de esta idea de necesidad como fundamento en el propio Derecho internacional público. Y tan sólo me referiré a las dos más evidentes: la necesidad como fundamento de las limitaciones bélicas y por ende, de todo el *Jus in Bello*, hoy Derecho internacional humanitario en sentido lato; y la necesidad como parte del elemento llamado subjetivo en la determinación de la existencia y obligatoriedad de la norma consuetudinaria (*opinio iuris sive necessitatis*).

A) Alguna consideración doctrinal sobre la necesidad como fundamento

Jules Basdevant a comienzos del siglo XX fundaba la obligatoriedad de las normas internacionales dentro y fuera del consentimiento. Así, aunque éste era esencial para determinar la existencia de ciertas obligaciones, existían otras cuya base no se encontraba en la voluntad del Estado, ni en su práctica, sino en la necesidad misma de la norma, en razón de unos intereses comunes y del buen orden internacional:

“Les précédents, observons-le, n'ont pas tous une même valeur (...). Un précédent, ce n'est, en somme, que la manifestation de la volonté d'un État dans un cas donné. (...) Mais le consentement n'est pas la seule source du droit international, ce n'est probablement pas la source principale. Il y a des règles de droit des gens qui s'imposent indépendamment de l'assentiment des États et qui sont fondées sur les intérêts généraux de la société des nations, sur la considération du bon ordre international. Pour la détermination de ces normes le précédent ne vaut pas par lui-même, car s'il peut être conforme au bon ordre international il peut, aussi bien, être le résultat d'un abus de la force ou de quelque combinaison de pure politique basées sur les intérêts du moment. (...) Le consentement est bien une source du droit, mais ce n'est qu'une source secondaire: la source primordiale, essentielle, c'est la necessitas entendue dans un sens un peu large, la considération du bon ordre international, et le consentement ne crée le droit que parce que l'observation de promesses faites est une condition de ce bon ordre. Par suite, si, en fait, une contradiction trop violente vient à surgir entre la règle consentie et le bon ordre international, la première doit céder, doit être mise de côté parce qu'elle n'est que secondaire et que le seul bon ordre international est essentiel”⁹.

La idea de que la existencia y obligatoriedad del Derecho internacional es una necesidad del grupo social llamado a regular es una constante en ciertos sectores de

⁹ J. Basdevant, “L'action coercitive anglo-germano-italienne contre le Venezuela (1902-1903)”, *RGDIP*, 1904, t. 11, pp. 423-424 y p. 447. Escrito en 1904, este trabajo analiza la crisis venezolana y la reacción anglo-italo-germana, pero al mismo tiempo dedica varios fragmentos a cuestiones generales de Derecho internacional.

la doctrina contemporánea, aunque se exprese con distintas matizaciones. Prosper Weil centra su análisis de la existencia sociológica del Derecho internacional en dos ideas: de un lado, el Estado es parte de una sociedad, no está aislado; de otro lado, esa naturaleza social tiene por consecuencia la existencia de un interés en encontrar un "marco estable y ordenado que permita las relaciones mutuas y las actividades comunes"¹⁰. Por su parte, Pierre Marie Dupuy ha puesto de relieve el papel de la necesidad social como fundamento del Derecho Internacional Público a través de la histórica, identificando esa necesidad social con la convicción jurídica u *opinio iuris* sobre su obligatoriedad¹¹. Es más, considera que el acuerdo de voluntad, como fundamento voluntarista del Derecho Internacional Público, no es sino la expresión formal de la percepción de una necesidad social por los sujetos del ordenamiento¹².

La afirmación doctrinal de la necesidad como fundamento del Derecho internacional público contemporáneo tiene su reflejo en el peso de esta noción en el sector del Derecho bélico. Si es frecuente la pregunta de por qué el Estado consiente limitaciones a su libertad de acción internacional, esta pregunta es si cabe más interesante con respecto a las limitaciones que el mismo asume para y durante la guerra, situación límite para la exhibición y realización de sus poderes y fines individuales.

B) La necesidad como fundamento del Derecho bélico

No es una idea nueva decir que el *ius in bello* se fundamenta en las ideas de humanidad y necesidad¹³. En concreto, la idea de necesidad fundamenta las limitaciones de las facultades de los beligerantes por cuanto que no está permitido aquello que no sea estrictamente necesario para satisfacer las exigencias del fin perseguido. Esta idea deriva de una concreta concepción de la guerra, moderna por demás, según la cual la guerra no es un fin en sí mismo, tan sólo un instrumento político. Por tanto, la guerra no consiste en un uso ilimitado de la fuerza. Si la finalidad de la guerra es doblegar la voluntad de otro Estado, acabando con su resistencia, todas aquellas operaciones que, sin concurrir en la obtención de tal fin, producen pérdidas o sufrimientos innecesarios, o que para obtener tal fin producen males que se encuentran fuera de toda proporción, son ilícitas.

Enraizada en la teoría del *ius ad bellum* o el derecho de guerra justa, puesto que ya San Agustín fundaba la legitimidad de la guerra en la necesidad¹⁴, esta idea se

¹⁰ P. Weil, "Le Droit international ...", *op. cit.*, RCADI, 1992, p. 50.

¹¹ P.M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international", RCADI, t. 297, 2002, pp. 46 y 62.

¹² *Idem*, p. 86.

¹³ Puede verse al respecto las referencias en múltiples obras generales y particulares. Entre las generales, debe consultarse sin duda J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 9ª ed., 2003, pp. 623-625. Además, la Prof. E. García Rico considera la humanidad y la necesidad como principios "que inspiran el conjunto de su regulación [*ius in bello*]", "que constituyen los dos agentes generadores, o los dos polos de atracción en torno a los cuales gira todo el *ius in bello*", en A. Rodríguez Carrión, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 5ª ed., 2002, p. 624.

Entre las particulares, puede verse mi monografía *Las exigencias de humanidad en el Derecho internacional tradicional (1789-1939)*, Madrid, Tecnos, 2003, en particular, pp. 193-210.

¹⁴ No existe en la obra de San Agustín un estudio específico y concreto de la cuestión de la guerra; por el contrario, su análisis de la misma se encuentra disperso por toda su obra, aunque especialmente presente en el libro XIX de *La Ciudad de Dios*. El contenido esencial de su aportación se puede concentrar

manifestará asimismo en el requisito de la recta intención de los contendientes¹⁵, y será una constante en el examen doctrinal de lo que es lícito en la guerra. Tras los canonistas y la Escuela española, el pensamiento iusnaturalista reclama asimismo la idea de necesidad como fundamento de la limitación de la conducta en la guerra¹⁶. Pero desde las filas del positivismo decimonónico, y en concreto entre los internacionalistas que escriben sus manuales en la primera mitad del siglo XIX antes de que comiencen a elaborarse las convenciones multilaterales en la materia, se afirmaba que los derechos del beligerante respecto del enemigo y de la conducción de las hostilidades estaban en función de la finalidad de la guerra y limitadas por el principio de necesidad¹⁷.

Desde esta perspectiva, el principio de necesidad va a ser el fundamento de limitaciones de la libertad de los beligerantes: las limitaciones relativas al trato de los que participan en las hostilidades —los soldados y militares, una vez desarmados o heridos—, así como las relativas al comportamiento respecto de aquellos que son extraños al conflicto, como es el caso de los niños, ancianos, mujeres, etc. E incluso la misma idea de necesidad fundamenta la restricción de ciertos modos o medios de combate, como el veneno, aquellos medios de efectos incontrolados, etcétera.

Así pues, la necesidad constituye un valor que fundamenta la existencia misma de las normas del Derecho bélico, esto es, de normas que limitan la voluntad de los

en dos puntos fundamentales: 1) el único objetivo legítimo de la guerra es restablecer la paz violada; 2) la guerra es un recurso de tal gravedad que es ilegítimo el recurso a la misma cuando la finalidad legítima pueda alcanzarse por medios de menor dureza.

¹⁵ Santo Tomás encuentra el fundamento de tales limitaciones en el tercer requisito para considerar justa una guerra. Dicho requisito consistía en la recta intención, entendida como la disposición de los combatientes de promover el bien y, por ello, de evitar todo mal innecesario. La recta intención implica que aun cuando se verifiquen los demás requisitos para la guerra justa, deben asimismo respetarse los deberes que la moral y la conciencia humana imponen a la autoridad. Este requisito repercute tanto en la competencia para recurrir a la guerra (*ius ad bellum*), en el sentido de permitir sólo las guerras que no se conciben o declaren para causar un mal exclusivamente, como en la conducta durante las hostilidades. En *Summa Theologica, Secunda Secundae*, Quaestio XL, en Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, Editorial católica, Madrid, 1956, 5 vols. (vol. III: *Secunda Secundae*). También Francisco de Vitoria reconocía como tercer requisito de la guerra justa la moderación en la victoria, esto es, que la victoria se realice mediante el menor mal posible, con el menor sufrimiento, y a ello dedicaba la tercera parte de su *Relectio De Jure Belli*.

¹⁶ *Vid.* por ejemplo, L. Taparelli D'Azeglio, *Saggio teoretico di Diritto naturale appoggiato sul fatto*, publicado entre 1840 y 1843.

¹⁷ H. Wheaton, *Eléments du droit international*, Leipzig, A. Brokhaus, 2ª ed., 1852, vol. II, pp. 2-3; C. Calvo, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, París, Pédone, 1868, t. II, p. 126; Th.D. Woolsey, *Introduction to the Study of International Law designed as an aid in teaching, and in historical studies* (1ª ed., 1860), 5ª ed., London, Sampson, Low, Marston, Searle & Rivington, 1879, p. 218; H.W. Halleck, *International Law or Rules regulating the intercourse of States in peace and war*, 3ª ed. por Sir Sherston Baker, London, Kegan Paul, Trench, Trübner & Company, 1893, vol. I, p. 563; A. Rivier, *Principes du droit de gens*, París, A. Rousseau, 1896, t. II, pp. 239-240. Las mismas ideas se encuentran presentes en obras posteriores a las Conferencias de Paz de la Haya de 1899 y 1907: F. Díez de Medina, *Nociones de Derecho internacional moderno*, París, Librería española de Garnier Hermanos, 5ª ed., 1906, p. 361; Bonfils-Fauchille, *Manuel de droit international public (droit des gens), destiné aux étudiants des facultés de droit et aux aspirants aux fonctions diplomatiques et consulaires*, de Henry Bonfils, 3ª ed. revisada y puesta al día por Paul Fauchille, París, Librairie Arthur Rousseau, 1914, pp. 721-722 y de nuevo en p. 819; W.E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8ª ed. por Pearce Higgins, 1924, pp. 83-84. Esta idea básica, presente desde los orígenes del *ius in bello*, bien bajo la presentación de la *necesidad*, bien bajo la noción de *proporcionalidad*, se encuentra magníficamente expuesta por J. Pictet, "La protection juridique de la population civile en temps de guerre", *RICR*, 1939, pp. 269 ss.

Estados partes en un conflicto. Al mismo tiempo, la necesidad se identifica con la idea de proporcionalidad, como mecanismo o instrumento concreto de aplicación de las normas limitadoras.

Esta dimensión del principio de necesidad se traduce en un parámetro para calibrar la debida relación entre el fin perseguido por la acción bélica y los medios empleados. Desde esta perspectiva, la proporcionalidad, como expresión del principio de necesidad, desempeña una función de guía en la aplicación de la norma al caso concreto. Como afirma Delbrück, "la prohibición del sufrimiento innecesario [art. 23 c) del IV Convenio de La Haya de 1907] fue la primera codificación del principio de proporcionalidad, antes ya aceptado en el derecho consuetudinario". Por ello, el principio de proporcionalidad "es inherente a los principios de necesidad y humanidad, los cuales forman la base del derecho humanitario"¹⁸.

Esta doble naturaleza de la necesidad –como valor que fundamenta la existencia de la norma y como instrumento de aplicación– tiene su paralelo en la buena fe como manifestación de la utopía. Pero su estudio corresponde a otro momento.

C) El fundamento originario de la costumbre: la necesidad de la norma u *opinio necessitatis*

Tradicionalmente se han considerado como elementos de la costumbre la práctica de los Estados y la *opinio iuris*. Si el primero ha sido definido como elemento material, el segundo responde a la idea de elemento "espiritual", subjetivo o convicción de los sujetos de la práctica respecto a la naturaleza de la misma. Citado abreviadamente como *opinio iuris*, el elemento espiritual toma su referencia de la expresión latina *opinio iuris vel necessitatis* o, según otros autores *opinio iuris sive necessitatis*, introduciendo ambas expresiones la misma alternativa entre la convicción de la juridicidad de la norma y la convicción de su necesidad¹⁹.

Sin pretender realizar un estudio histórico o filológico de la expresión, considero que la intercambiabilidad (*vel* o *sive*, lo mismo da, según las fórmulas) de lo jurídico y lo necesario no puede sino derivar de la idea de que el carácter jurídico de la norma se fundamenta en la necesidad social de la misma. Como ponen de manifiesto en nuestra doctrina española los profesores González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáez de Santamaría, "los actos individuales de los Estados, constitutivos de la práctica, deben considerarse como la manifestación de su consentimiento en reglamentar conforme a derecho una materia concreta, respecto de la cual existe una necesidad social apreciada por los Estados que dan origen a la práctica". No obstante, estos autores remiten la apreciación de la existencia de la *opinio iuris* a un momento posterior, "en la fase final del proceso de creación, cuando la suma

¹⁸ J. Delbrück, "Proportionality", en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III (1997), p. 1142.

¹⁹ Entre la doctrina española, son de consulta obligada los trabajos siguientes: A. Peñaranda, *La costumbre en el Derecho Internacional*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, en especial sobre la *opinio iuris*, *vid.* pp. 293-326; L. Millán Moro, *La opinio iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990; R. Huesa Vinaixa, *El nuevo alcance de la "opinio iuris" en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Tirant Lo blanch, Valencia, 1991. En esta última obra se rechaza expresamente la interpretación de la *opinio necessitatis* como exigencia extrajurídica, entendiéndose la expresión como *opinio necessitatis iuris*, p. 198.

de comportamientos individuales cristaliza en una práctica generalmente aceptada como derecho, esto es, como manifestación del *consensus* común de los Estados interesados"²⁰.

Sin embargo, a mi juicio, es tan determinante para fundamentar la obligatoriedad de la norma consuetudinaria la convicción individual inicial de la necesidad social de una práctica que soluciona una situación concreta, como la convicción general sobre la juridicidad en la fase final. Y entiéndaseme bien. Como norma de efectos generales (en el caso de la costumbre de ámbito de validez universal) la práctica individual no marca una exigencia contractualista: lo que para mí es relevante en la creación de la norma es la convicción individualizada de los autores de la práctica de la necesidad (*opinio necessitatis*) de la misma para solucionar una cuestión concreta, así como el carácter razonable de la solución adoptada²¹. Como norma de carácter general, el consenso en la fase final es el que determina la existencia de la norma a través de la convicción de su juridicidad (*opinio iuris*), esto es, de su obligatoriedad general. En el plano de su aplicación, la *opinio necessitatis* individual determina la oponibilidad de la práctica frente al autor de la misma; el consenso final sobre la *opinio iuris* determina la oponibilidad general de la norma²². Dicho consenso final puede deducirse de la uniformidad de la práctica, de su generalidad, de su carácter representativo, de la falta de oposición de los Estados que no adoptaron la práctica en cuestión, etcétera.

Pocas voces se han elevado a favor de la posibilidad de la afirmación de una norma consuetudinaria sin la presencia del elemento espiritual²³; y en todo caso, la Corte Internacional de Justicia ha dejado claro que "los Estados interesados, por lo tanto, deben sentir que cumplen lo que supone una obligación jurídica. Ni la frecuencia, ni el carácter habitual de los actos es bastante"²⁴. Frente a ello, la idea de que una costumbre puede fundarse en la *opinio iuris*, en ausencia de una práctica consistente y uniforme, ha tenido sus seguidores tanto entre la doctrina²⁵

²⁰ J.D. González Campos, L.I. Sánchez Rodríguez y P. Andrés Sáez de Santamaría, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Civitas, 7ª ed. (2ª en Civitas), 2002, pp. 162-163. Ya al comenzar su estudio sobre la "formación de las normas consuetudinarias" estos autores, recogiendo la posición del juez Tanaka en los asuntos de la Plataforma continental del Mar del Norte (CIJ, *Recueil*, 1969, p. 179), sostienen que "en el proceso orgánico y dinámico de formación de la costumbre, el origen del comportamiento estatal aparece constituido por una exigencia social (económica, política, etc.) a la que trata de dar satisfacción esta norma consuetudinaria", *idem*, p. 154. Aunque a mi juicio, en el momento inicial de formación de la norma, la práctica del Estado no responde a la convicción de estar creando una norma internacional de validez general, sino que se acepta la obligatoriedad jurídica de la solución adoptada por ser la respuesta óptima a la necesidad social que ha dado origen al comportamiento estatal.

²¹ Comparto así las ideas expuestas por J. Puente Egido, *Lecciones ...*, *op. cit.*, 1997, vol. I.1, pp. 134-135.

²² Para P.M. Dupuy incluso la *opinio iuris* como elemento relativo a la convicción jurídica del grupo de Estados tiene su fundamento en un sentimiento compartido de la necesidad social de la costumbre, alimentándose la *opinio iuris* de tal solidaridad grupal, en "L'unité de l'ordre ...", *op. cit.*, RCADI, 2002, p. 55.

²³ Por ejemplo, parece ser el caso de P. Guggenheim, "Les deux éléments de la coutume en droit international", *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, vol. 1, 1950, pp. 275-284, en especial pp. 280-284.

²⁴ Asunto relativo a la plataforma continental del Mar del Norte, ICJ, *Reports*, 1969, p. 24.

²⁵ R. Bernhardt, "Customary International Law", en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I (1992), p. 902. Este autor reconoce la posible existencia de una norma consuetudinaria conforme a una *opinio iuris* general y en ausencia total de práctica conforme y contraria a la misma. A mi

como en la jurisprudencia internacional. No obstante, hay que reconocer que la Corte Internacional de Justicia no ha reconocido hasta el presente la existencia de una norma consuetudinaria en ausencia de práctica estatal que la apoye²⁶; la Corte se ha pronunciado, por el contrario, en relación a supuestos en los que la práctica conforme con la *opinio iuris* es escasa, pero al mismo tiempo los comportamientos contrarios a la misma se justifican –por su propios autores– como excepciones a la norma. Esta posición, que encontramos en el célebre *dictum* de la Corte Internacional de Justicia, en la sentencia sobre el fondo (1986) en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, ya había sido puesta de relieve por la doctrina de principio de siglo XX²⁷.

No obstante, ello redundaría en un fortalecimiento del papel de la *opinio iuris*, al menos en ciertos sectores normativos específicos, como son la prohibición del uso de la fuerza, el principio de no intervención o las normas del derecho internacional humanitario. Como señala el profesor Remiro Brotons, “cualquier tribunal puede encontrarse, en efecto, ante la paradoja de que nadie discuta –ni siquiera el presunto infractor– la obligatoriedad jurídica, con independencia del tratado, de normas reiteradamente transgredidas. Eso, lejos de ser un signo de debilidad como norma, es un signo de fortaleza, expresa su imperatividad. Obsérvese que los Convenios de Ginebra prohíben la celebración de acuerdos particulares entre las partes que supongan una reducción del nivel de protección, así como la renuncia a los derechos en ellos reconocidos (arts. 6 y 7 de los Convenios I a III y arts. 7 y 8 del Convenio IV)”²⁸.

Cabe preguntarse si en estos supuestos, en realidad, no asistimos junto al refuerzo del papel de la *opinio iuris* para la afirmación de la existencia de la norma y su eventual violación, a una reafirmación de la *opinio necessitatis* de la norma como instrumento fundamental de regulación social, en ausencia de la cual el propio sistema de relaciones sociales contemporáneas perdería su carácter e impronta histórica.

juicio podría ser el caso de normas como aquellas que contienen los principios aplicables a las actividades espaciales, como el de no apropiación de los cuerpos celestes, incluida la luna y referido a circunstancias como las existentes entre las proclamaciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas a partir de 1962 y recogidas por el Tratado general del espacio de 1967 y la primera visita del hombre a la luna en 1969.

²⁶ Como nos recuerda el profesor J.A. Pastor Ridruejo, la Corte ha indicado expresamente que “el simple hecho de que los Estados declaren su reconocimiento de ciertas reglas no es suficiente para que el Tribunal las considere como integrantes del Derecho Internacional Consuetudinario, y aplicables en tanto que tales a esos Estados (...). El Tribunal debe asegurarse que la existencia de la regla en la *opinio iuris* de los Estados está confirmada por la práctica” (CIJ, *Recueil*, 1986, pp. 97-98), en *Curso...*, 2003, p. 69.

²⁷ En un trabajo de A. Rolin de 1919 podemos leer que si algunas potencias han violado las leyes de la guerra “han tratado de justificarse de forma más o menos ingeniosa. Pues si la hipocresía es un homenaje rendido a la virtud, los argumentos más o menos capciosos por los se intentan justificar las violaciones de una norma son un homenaje a su fuerza obligatoria”, en “Les fossoyeurs du droit de la guerre”, *RGDIP*, 1919, t. 26, p. 136. Por su parte, la Corte Internacional de Justicia expresaría la misma idea con las siguientes palabras: “Si un Estado actúa en forma aparentemente inconciliable con una regla reconocida, pero defiende su conducta invocando excepciones o justificaciones contenidas en la misma regla, resulta más una confirmación que un debilitamiento de la propia regla, y ello aun cuando la actitud de tal Estado pueda justificarse o no de hecho en tal base”, citado conforme a la traducción de J.A. Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 217.

²⁸ A. Remiro Brotons et al., *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 992.

II. UN DERECHO UTÓPICO, O SOBRE EL IDEALISMO NORMATIVO COMO FUNDAMENTO

El Derecho en general, y el Derecho Internacional contemporáneo en concreto incorpora una dimensión de deber ser. El Derecho prescribe conductas ideales, de cuyo respeto depende el orden social. En tal sentido el Derecho es utopía. Al mismo tiempo el Derecho no es neutro, sino que encarna un conjunto de valores ideales de comportamiento. El Derecho como modelo axiológico es asimismo utópico.

Como ya he explicado, la utopía como fundamento del Derecho puede percibirse como una realidad objetiva –así, los valores consagrados por el ordenamiento parecen estar fuera y por encima de la concreta voluntad de un sujeto considerado a título individual–; y, al mismo tiempo, incorporan una cierta dimensión de subjetivismo al ser valores que evolucionan en el tiempo. La fundamentación axiológica del Derecho internacional contemporáneo tiene, al mismo tiempo, una dimensión de permanencia y una dimensión de cambio. El valor de permanencia, por excelencia, está representado por el principio de la buena fe. La evolución tiene dos manifestaciones incontestables. La primera de ellas es el principio de humanidad como fundamento del Derecho bélico y como fundamento en desarrollo de todo el Derecho Internacional contemporáneo. La segunda es la incorporación de una noción de jerarquía o de limitación de la voluntad de los sujetos por el propio ordenamiento, que incide indefectiblemente en el debate del fundamento por cuanto que éste no puede residir exclusivamente en la voluntad del Estado desde el momento que aceptamos la existencia de esta noción. Ambas manifestaciones de cambio en los valores consagrados por el Ordenamiento internacional como fundamento de la obligatoriedad de sus normas configuran la existencia de un orden público internacional como fundamento y límite de sus normas.

A) El principio de buena fe como fundamento del Derecho Internacional Público

Una de las dos funciones generalmente reconocidas a la buena fe entre la doctrina iusinternacionalista es la de criterio que gobierna la aplicación de las normas y obligaciones internacionales²⁹. Como tal, se traduce en un patrón del comportamiento que racionalmente puede esperarse dentro del marco normativo vigente en una situación concreta. En tal sentido, el profesor Carrillo Salcedo ha escrito que la buena fe “lleva a cabo una función de extraordinaria importancia: servir de límite a la discrecionalidad del Estado soberano en el ejercicio de sus competencias, corre-

²⁹ Baste la referencia al art. 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas o al desarrollo del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales en la Resolución 2625 (XXV), de 1970, que reconoce la aplicabilidad del criterio de la buena fe a las obligaciones internacionales no derivadas de la Carta de las Naciones Unidas. En particular, suele ser objeto de examen la buena fe como criterio básico en la aplicación de los tratados, en su interpretación, o de forma más general como principio fundamental de aplicación de las normas internacionales: cf. M. Mariño Menéndez, *Derecho Internacional Público. Parte General*, Trotta, Madrid, 2ª ed. 1995, pp. 295-296 y p. 305; A. Remiro Brotons et al., *Derecho...*, op. cit., 1997, pp. 353-354 y p. 383; J. González Campos et al., *Curso...*, op. cit., 2002, pp. 296-298 y p. 310; J. Juste Ruiz y M. Castillo Daudí, *Derecho Internacional Público*, Punto y Coma, Valencia, 2002, pp. 146-147; J.A. Pastor Ridruejo, *Curso...*, 2003, pp. 111-112, entre otros.

gir los posibles abusos del Estado en la apreciación del alcance de sus derechos y obligaciones jurídicas internacionales³⁰.

La otra función que cumple la buena fe en el ordenamiento jurídico internacional es constituir el fundamento de las obligaciones y normas del Derecho internacional Público³¹; esto es, como *prius* necesario para la existencia y obligatoriedad de las normas. Como han afirmado los profesores González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santamaría, la buena fe además de ser una noción subjetiva, tiene un sentido objetivo “en cuanto valor jurídico esencial del orden internacional para la creación y ejecución de las obligaciones internacionales. Pues como ha puesto de relieve la jurisprudencia internacional, tanto la existencia como el mantenimiento de unas relaciones internacionales estables exigen, como condición inherente, la existencia de una confianza recíproca entre los sujetos”³².

Como afirmara la Corte Internacional de Justicia en el asunto de los ensayos nucleares, “uno de los principios básicos que presiden la creación y la ejecución de las obligaciones jurídicas, sea cual sea su fuente, es el de la buena fe”³³. En tal sentido, suele situarse, por la doctrina y por la jurisprudencia, la buena fe junto al consentimiento como fundamento de la obligatoriedad de las normas³⁴. Condición de existencia de las relaciones recíprocas, fundamento de normas y obligaciones, queda entonces en el aire la cuestión de la naturaleza de la buena fe dentro del sistema jurídico internacional.

Algunos autores consideran que se trata de un principio general³⁵, aunque hay quien mantiene una doble naturaleza de principio y norma consuetudinaria³⁶, sin perjuicio de que sea más habitual no tratar el tema que abordarlo en detalle. Parece que la buena fe, tan fundamental para el ordenamiento internacional, traspasa las

³⁰ J.A. Carrillo Salcedo, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1976, p. 197.

³¹ En concreto, es referencia constante la relación entre la buena fe y los actos jurídicos unilaterales, de los que aquellas resulta ser el o uno de los fundamentos (normalmente junto al consentimiento de los Estados y/o a la equidad, según los autores): F.M. Mariño Menéndez, *Derecho...*, op. cit., 1995, pp. 339-341; A. Remiro Brotons et al., *Derecho...*, op. cit., 1997, p. 177; J. González Campos et al., *Curso...*, op. cit., 2002, p. 140; A. Rodríguez Carrión, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 5ª ed., 2002, p. 170; J.A. Pastor Ridruejo, *Curso...*, 2003, p. 141. Asimismo, la buena fe resulta ser la raíz y fundamento del principio *pacta sunt servanda* relativo a los tratados internacionales, recogido de forma expresa por el art. 26 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969: J.A. Carrillo Salcedo, *Soberanía...*, op. cit., 1976, p. 200; A. Remiro Brotons et al., *Derecho...*, op. cit., 1997, p. 204; Son infrecuentes, en cambio, las referencias a la buena fe como fundamento de la norma consuetudinaria.

³² J. González Campos et al., *Curso...*, op. cit., 2002, p. 141. Estos mismos autores, en p. 185, y en el mismo sentido, citan al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual ha afirmado que “el principio de la buena fe es corolario del principio de protección de la confianza legítima, el cual, según la jurisprudencia, forma parte del ordenamiento comunitario” (As. T-115/94, *Opel Austria GMBH c. Consejo de la Unión Europea*, CJCE, *Recueil*, 1997, II-70).

³³ CIJ, *Recueil*, 1974, p. 268.

³⁴ Así, no sólo el fundamento de las llamadas “fuentes del derecho” se encuentra en la buena fe, sino que figuras –a veces estudiadas como actos unilaterales, otras veces como instituciones distintas– como la *aquiescencia* o el *estoppel* también se fundamentan en la misma. *Vid.* al respecto A. Rodríguez Carrión, *Lecciones...*, op. cit., 2002, p. 165; J. González Campos et al., *Derecho...*, op. cit., 2002, pp. 145-147, con referencia a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine (Canadá/Estados Unidos de América), CIJ, *Recueil*, 1984, p. 304.

³⁵ A. Rodríguez Carrión, *Lecciones...*, op. cit., 2002, p. 177; J. González Campos et al., *Derecho...*, op. cit., 2002, p. 95.

³⁶ J. Puente Egado, *Lecciones...*, op. cit., 1997, vol. I.1, p. 128.

fuentes del mismo como la luz el cristal, sin que siquiera podamos aprehender su naturaleza y condición.

Dentro de la más elaborada discusión en torno a los principios del Derecho Internacional Público, reconocidos por sus civilizadas –y alguna(s) menos– naciones, tanto el Profesor Rodríguez Carrión como los Profesores González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santamaría consideran que el principio de la buena fe se situaría entre aquellos que pueden ser deducidos de los ordenamiento jurídicos internos o incluso de la propia idea de Derecho. No obstante, la naturaleza y valor del principio de buena fe resulta equívoca.

Para el primero de los autores, la buena fe es uno de aquellos “principios informadores que caracterizan a grupos de normas o instituciones y que suelen intervenir de forma constante y con incidencia especial en todo el proceso de codificación y desarrollo de las mismas”³⁷. Para los demás autores citados, en cambio, la buena fe parece tener una doble naturaleza: de un lado, conforme a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, se trata de un principio de alcance limitado y valor complementario “respecto al Derecho invocado por las partes y aplicado por el Tribunal; esto es, las normas internacionales, convencionales o consuetudinarias”³⁸. De otro lado –y a mi parecer, de forma contradictoria–, estos autores sostienen que tal y como se encuentra expresado y recogido en la Resolución 2625, el principio de la buena fe en el cumplimiento de la obligaciones internacionales, sí constituye uno de los denominados por ellos “principios estructurales del ordenamiento internacional”, “que informan un grupo más o menos amplio de normas, a las que vertebran por su común origen o su común fundamento racional”³⁹. “Por expresar los valores generalmente aceptados por la sociedad internacional en su conjunto, tales principios informan las distintas estructuras jurídicas que hoy integran el derecho internacional (...). De manera que en ellos se encuentra el núcleo de las normas de *ius cogens* del ordenamiento internacional”⁴⁰. En un sentido similar, el Profesor Puente Egado llega a plantearse la naturaleza imperativa del principio de buena fe, y se pregunta si “¿es que sería posible un sistema jurídico fundado en el principio contrario de la mala fe o en el de *pacta non sunt servanda*, aún en el supuesto meramente hipotético de que tales ‘normas’ se asentaran en el consentimiento generalizado?”⁴¹.

Siendo interesante esta contraposición de ideas sobre la naturaleza de la buena fe resulta estimulante la inexistencia de una valoración unívoca. Desde mi personal consideración, la buena fe constituye, indudablemente, un principio general, derivado de la propia idea de Derecho y que, por tanto, puede deducirse de los sistemas jurídicos nacionales (por cuanto que reproducen una común noción del Derecho como instrumento de regulación social necesario, basado en la confianza recíproca). Pero este principio general del Derecho así conceptualizado viene referido tan sólo a la

³⁷ A. Rodríguez Carrión, *Lecciones...*, op. cit., 2002, p. 177.

³⁸ J. González Campos, J. et al., *Curso...*, op. cit., 2002, p. 95.

³⁹ Y que incluyen todos los enunciados por la Resolución de la Asamblea General 2625(XXV), así como otros que por diversas consideraciones (políticas, sociales, económicas, históricas en suma) no se encontraban recogidos en la misma: el principio de protección de los derechos humanos, la protección del medio ambiente, el deber de solidaridad mediante la ayuda a los Estados menos desarrollados, y los principios del derecho humanitario bélico.

⁴⁰ J. González Campos, et al., *Curso...*, op. cit., 2002, p. 93.

⁴¹ J. Puente Egado, *Lecciones...*, op. cit., 1997, vol. I.1, pp. 128-129.

función primera con la que iniciara esta exposición: la función de elaboración, modificación y aplicación de las normas y obligaciones internacionales. Como mecanismo para la creación y aplicación del Derecho es un principio general del Derecho, que no principio estructural del Derecho Internacional Público.

Pero al mismo tiempo, la buena fe es, a mi juicio, más que un principio estructural del Derecho Internacional Público, más que un principio que inspira un sector detallado y concreto de normas, más que un principio cuya naturaleza imperativa parece indudable en los términos propuestos por el Profesor Puente Egido. En la segunda de las funciones citadas al comienzo de este apartado, el término de buena fe invoca, junto al consentimiento, uno de los fundamentos objetivos de la obligatoriedad de las normas. Por eso tiene un carácter superior a los principios y normas del ordenamiento; por ello informa no sólo a un sector concreto de normas internacionales sino también a los principios estructurales mismos. La buena fe se sitúa al mismo tiempo dentro (como principio de aplicación) y fuera del ordenamiento (como fundamento). Como tal fundamento de todo el Derecho, el ordenamiento no puede desenvolverse sino partiendo de la presunción de que los comportamientos se ajustan a la buena fe. La presunción, en tanto que manifestación de la función instrumental de la buena fe, es consecuencia natural del hecho de que todo sistema normativo debe basar su fuerza de obligar en la buena fe de los sujetos que elaboran la norma y en la buena fe de aquellos que la aplican. La presunción –función instrumental de la buena fe– se justifica por la función de la buena fe como fundamento de todo el orden jurídico.

No me cabe duda, para concluir, que así entendida, la buena fe dirige el Derecho, nuevamente en mi concepción personal, hacia un fundamento sociológico. El Derecho Internacional es un instrumento de regulación social que se fundamenta en la necesidad de su existencia y en la presencia de una confianza recíproca entre los sujetos.

B) El principio de humanidad como fundamento del Derecho Internacional

Si históricamente el principio de necesidad surge como primer límite a la facultad omnímoda del Estado en la guerra, el principio o idea de humanidad se incorporará al *ius in bello* a raíz del nuevo pensamiento que nace con la Ilustración, y que se traduce, de un lado en un cambio en la percepción de la guerra, y de otro lado, en la consideración de la dignidad humana por el Derecho. De tal forma que ambos fundamentos –necesidad y humanidad– se encuentran en el Derecho Internacional contemporáneo indefectiblemente ligados⁴². Puesto que la guerra supone necesariamente dolor, muerte y sufrimiento, el límite a la admisibilidad de los mismos se encuentra en la necesidad de los actos de guerra en relación con el fin de la misma

⁴² G. Rolin-Jaequemyns afirmaba en 1872 que: “*Deux principes dominent le droit de la guerre, et c’est entre ces principes que se meuvent toutes les règles admises relativement à la manière de faire la guerre. L’un est un principe de nécessité, qui justifie, en règle générale, l’emploi de la violence ou de la ruse, dans les limites où elles sont nécessaires pour atteindre le but de la guerre, mais qui est tempéré, même dans ces limites, par des considérations d’humanité. L’autre est un principe d’humanité d’après lequel la guerre, se faisant entre États, ne doit pas s’étendre aux populations paisibles, mais qui à son tour subit des restrictions dictées par la loi de nécessité*”, en “*De la manière d’apprécier, au point de vue du droit international, les faits de la dernière guerre*”, *RDILC*, 1872, vol. IV, p. 509.

común a todos los beligerantes; pero nunca en la necesidad derivada del fin particular de alguno de ellos. Todo acto cruel, todo sufrimiento causado no justificado por la necesidad derivada de la propia naturaleza de la guerra, atenta contra la dignidad de la persona, del individuo, puesto que la guerra no está dirigida contra éstos, sino en tanto en cuanto soldados de su Estado, pero no en cuanto que seres humanos.

Ambas ideas, necesidad y humanidad, que fundamentan la existencia y obligatoriedad de las normas del *ius in bello*, son expresiones objetivas que no dependen de la voluntad de los sujetos del ordenamiento para obligar. Depende de la voluntad de los Estados la concreta asunción de derechos y obligaciones, mediante la cual reconocen o aceptan su obligatoriedad, derivada de razones extrajurídicas, y a mi juicio sociológicas y axiológicas: necesidad de la norma para regular la convivencia y necesidad de una norma que consagra determinados valores para la convivencia, en concreto y desde el siglo XIX, el respeto de la dignidad de la persona. Como escribiera Bluntschli refiriéndose a las normas elaboradas por Francis Lieber (1863) a petición del gobierno de los Estados Unidos de América y que debían regular la conducta de los Estados del Norte en la guerra de secesión: “*Everywhere reigns in his body of law the spirit of humanity, which spirit recognizes as fellow-beings with lawful rights, our very enemies, and which forbids our visiting upon them unnecessary injury, cruelty, or destruction*”⁴³.

No cabe duda de que las primeras normas del Derecho internacional humanitario, y en particular la Convención de 22 de agosto de 1864, relativa a la mejora de la suerte de los soldados heridos y enfermos en campaña –durante mucho tiempo llamado Derecho de Ginebra– tienen su fundamento directo en este principio de humanidad: no sólo inspira el contenido de sus obligaciones, sino que también se traduce en una exclusión de la reciprocidad como condición de su aplicación. Se supera así uno de los caracteres básicos y tradicionales del ordenamiento internacional, inherente a la estructura de la sociedad internacional, sentando las bases del desarrollo de un concepto de orden público internacional. Pero es que además, cuando comienza a producirse el desarrollo convencional de las limitaciones a los derechos de los Estados soberanos en conflicto armado –durante mucho tiempo llamado Derecho de La Haya– esta idea de humanidad recibe su plena consagración en la llamada cláusula Martens, por el nombre de su promotor, aunque no fuera llamada de tal forma en su momento. Según esta disposición, inserta en el Preámbulo de los Reglamentos anexos a las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y retomada por el Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra de 1949, “*en los casos no previstos por el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del Derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública*”.

Históricamente, la función de esta cláusula fue tanto más importante cuanto que servía de contrapeso a la cláusula *si omnes* inserta en las mismas convenciones y que suponía una condición agravada de aplicación del principio *res inter alios acta* propio del Derecho de tratados, y designada por Schwarzenberger como un “snowball

⁴³ Citado en G.B. Davis, “*Doctor Francis Lieber’s instructions for the government of armies in the field*”, *AJIL*, 1907, vol. 1, part 1, p. 76.

process of negative reciprocity"⁴⁴ y que impedía la aplicación de las convenciones si todas las partes en conflicto no eran, a su vez, partes en el tratado en cuestión⁴⁵. En el Derecho internacional humanitario contemporáneo, desaparecida la cláusula *si omnes* de los convenios de derecho humanitario, impera el principio de humanidad sin restricciones como fuente de obligaciones objetivas para el Estado que las asume a través de su consentimiento en obligarse por la norma, cuyo respeto no dependerá, en modo alguno, de la recíproca asunción de obligaciones por parte de los Estados contendientes.

Como la sociedad misma, el fundamento del Derecho evoluciona, y en tal sentido es relativo y constituye uno de los límites del Derecho internacional público. Por ello la incorporación de la idea de humanidad al Derecho, y su vinculación al fundamento de obligar de sus normas en el marco del *ius in bello* lleva a plantearse la cuestión de la extensión del citado fundamento al Derecho internacional de la paz o Derecho aplicable fuera de las situaciones de conflicto armado.

En este sentido, una de las líneas del pensamiento del Prof. Carrillo Salcedo, presente en todas sus obras, es la progresiva humanización del Derecho Internacional Público, junto a su socialización e institucionalización asimismo progresivas. La humanización del Derecho Internacional se pone de manifiesto en la regulación internacional de los derechos humanos⁴⁶. De forma particular, en este sector del Derecho internacional público contemporáneo, la noción de dignidad humana, de humanidad, fundamenta la obligatoriedad y el carácter especial de las obligaciones asumidas por los Estados para la protección y garantía de los derechos humanos, ámbito en el que, de forma clara, queda proscrita la reciprocidad, prefigurando como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos un "orden público europeo"⁴⁷.

⁴⁴ G. Schwarzenberger, "Functions and foundations of the laws of war", *Studies in Law. An Anthology of Essays in Municipal and International Law*, Assia Publishing House, Bombay, sin fecha (posterior a 1949), p. 93.

⁴⁵ No tiene que resultar extraño que las Conferencias de Paz de La Haya, que tanto supusieron para el avance del Derecho Internacional –la paz por el Derecho–, estuvieran tan profundamente marcadas por una percepción consensualista y positivista de la norma y su aplicación. Lo que sí puede resultar paradójico es que como consecuencia de la tensión entre soberanía exacerbada –cláusula *si omnes*, presente en el articulado de las convenciones– y humanidad –cláusula Martens en el preámbulo de las mismas– saliera perdiendo el conocido como Derecho de Ginebra, codificación primera de la idea de humanidad y de sus consecuencias fundamentales en la estructura del Derecho internacional contemporáneo. La adaptación de las normas de 1864 a la guerra marítima, llevada a cabo por sendas convenciones de La Haya de 1899 y 1907, así como la Convención de 1906 (que pretendía sustituir a la de 1864) incorporan la cláusula *si omnes* en su articulado, sin que, por el contrario, se hiciera mención de la cláusula Martens en sus respectivos Preámbulos. Puede encontrarse un análisis más detenido y pormenorizado de estas ideas en mi trabajo *Las exigencias de humanidad...*, *op. cit.*, 2003, pp. 203-207.

⁴⁶ Vid. en especial la obra del maestro J.A. Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 2001, 186 pp.

⁴⁷ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido en más de una ocasión a la naturaleza objetiva, no sinalagmática, de las obligaciones asumidas por los Estados en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos: por ejemplo, en la sentencia de 18 de enero de 1978 en el caso Irlanda c. Reino Unido (Serie A, vol. 25, par. 239) o en el caso de la sentencia de 7 de julio de 1989, en el asunto Soering c. Reino Unido (Serie A, vol. 161, par. 87). Más allá aún, en el caso Loizidou c. Turquía, en su sentencia de 23 de marzo de 1995 (objeciones preliminares), el Tribunal ha afirmado el "carácter especial del Convenio como un instrumento del orden público europeo para la protección de los seres humanos" (Serie A, vol. 310, par. 93). Sobre este tema, *vid.* en particular, D.I. García San José, *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p. 164; J.A. Carrillo Salcedo, *El Convenio europeo de derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 21-22.

Además, entronca con esta noción de humanidad, en el sentido de situar al ser humano en el centro del ordenamiento jurídico internacional, la progresiva toma en consideración de un principio democrático (por ejemplo en materia de condicionalidad de las ayudas de cooperación al desarrollo) o la preocupación doctrinal incipiente por la idea del imperio de la ley (*the rule of law, l'état de droit*) en el Derecho Internacional contemporáneo⁴⁸. Quizás en algún momento en los tiempos venideros algún autor pueda escribir que constituye un fundamento de la obligatoriedad del Derecho internacional público. Hoy por hoy no es así, pero una de las ideas que se encuentra en su base, el respeto y garantías de los derechos humanos, afianza la consideración de la dignidad humana como fundamento del derecho internacional público fuera de los conflictos armados.

Otra manifestación concreta de esta idea –la noción de humanidad como fundamento de los derechos y obligaciones asumidos por los Estados en virtud del Derecho Internacional– son los debates sobre la noción de intervención humanitaria, suscitados a raíz de las crisis –fundamentalmente en Estados "fallidos"– que proliferaron durante la década de los noventa del siglo pasado. Tanto a nivel doctrinal como en la práctica estatal, se había avanzado sobre la formulación teórica de principios relativos a la asistencia e intervención humanitarias. Las posiciones maximalistas, desde una cierta utopía, venían a consolidar una comprensión funcional de la soberanía y los derechos inherentes a la misma (como la integridad territorial): allí donde fallaba o no existía la capacidad o la disposición del Estado de proteger los derechos de la población bajo su jurisdicción, la soberanía como barrera a toda intervención exterior dejaba de operar: el fundamento de las nuevas obligaciones del Estado se encontraba en la noción de dignidad humana⁴⁹. Debate truncado por el advenimiento de la era de "la lucha antiterrorista", en la que el parámetro de la seguridad ha venido a sustituir al de la protección y garantía de los derechos fundamentales como motor de la cooperación y la acción internacional, asistimos en el momento presente a un (in)cierto impasse en la configuración de un principio de humanidad como fundamento del Derecho internacional en su conjunto.

B) *Ius cogens* y fundamentación del Derecho Internacional Público

No obstante lo antes dicho, ciertos pasos no tienen retroceso posible. Si la noción de humanidad había supuesto la superación –al menos parcial– de la reciprocidad en el marco estricto del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, la idea de que existe un núcleo esencial de derechos inherentes a la noción de dignidad humana que se oponen como límites infranqueables a la acción y voluntad estatal va a ejemplificar la categoría de derecho imperativo. Así, como un segundo paso hacia la configuración de una idea de orden público internacional, en una dimensión comunitaria, tras la superación –circunstancial, pero real– de la reciprocidad, se limita el carácter dispositivo del ordenamiento jurídico internacional, rebasando el principio de equivalencia normativa propio de la estructura tradicional del Derecho, basado en la soberanía como piedra angular.

⁴⁸ Para empezar en esta línea, puede resultar de interés la lectura del trabajo de J.-Y. Morin, "L'état de droit: emergence d'un principe du droit international", *RCADI*, 1995, vol. 254, pp. 9 ss.

⁴⁹ J.A. Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos humanos...*, *op. cit.*, 2001, pp. 179 ss.

Como recoge el profesor Carrillo Salcedo en la obra central de su pensamiento, Soberanía del Estado y Derecho Internacional, "la autonomía de los sujetos no es ilimitada en ningún sistema jurídico, ya que ello equivaldría a la negación del ordenamiento jurídico de que se trate, y de ahí que en todo grupo social, y también en la sociedad internacional, la libertad de pactar tenga límites que no pueden ser desconocidos o modificados por medio de pactos, de acuerdos"⁵⁰. Aunque el positivismo de final del siglo XIX y comienzos del XX, con su visión estrictamente consensualista del Derecho internacional impedían avances en esta línea de pensamiento, fruto de este mismo período histórico son afirmaciones como la distinción que realizara Winfield en 1924 de que existe diversos grados de ilegalidad, una absoluta y otra relativa, al estudiar la naturaleza de la intervención humanitaria (que sería admisible como excepción al principio que prohíbe la intervención, por ser éste un principio relativo, dispositivo, diríamos hoy), frente a la naturaleza de la prohibición de la trata de esclavos (que resultaría una norma absoluta para el autor, imperativa en la terminología actual)⁵¹. En similar sentido se pronuncia Potter en 1930, cuando escribe que "es necesario admitir que, en virtud de los principios generales del Derecho, los Estados no tienen el poder de concluir entre ellos tratados por los que se concedan derechos cuya disposición está prohibida por tales principios", haciendo referencia a la prohibición de la piratería o del tráfico de esclavos⁵². Estas mismas ideas están presentes en algunos pasajes de las opiniones disidentes del juez Schücking (asunto del Wimbledon de 1923 y asunto Oscar Chinn, de 1934), recogidas por el libro ya mencionado del Profesor Carrillo Salcedo⁵³.

Pero la consagración normativa de esta dimensión del orden público internacional no se producirá, de forma clara e indiscutible, hasta la adopción de la Convención de Viena de 1969, sobre el derecho de tratados, en su art. 53 y su art. 64. El concepto incorporado a esta convención es formal y no material, lo que permite su adaptación a las circunstancias y cambios sociales. La categoría se define por su origen y por sus consecuencias. Por su origen, la norma imperativa debe ser "aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto", y aunque como señala el profesor Carrillo esta definición sigue incorporando una dimensión consensualista⁵⁴, limita de forma notable el relativismo y subjetivismo tradicional del Derecho internacional por cuanto que el Estado no puede –por su sola voluntad o con la voluntad coincidente de un grupo limitado de ellos– modificar, derogar o crear normas de tal naturaleza. Por sus consecuencias, la Convención de Viena define la norma imperativa como aquella "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". Estas consecuencias introducen en el Derecho internacional contemporáneo un principio objetivo de jerarquía normativa. El desarrollo de otras consecuencias de la noción de normas imperativas ha sido lento y de difícil gestación, como lo muestran la evolución de los trabajos de la CDI en materia de responsabilidad internacional de los Estados⁵⁵.

⁵⁰ J.A. Carrillo Salcedo, *Soberanía...*, op. cit., 1976, p. 258.

⁵¹ P.H. Winfield, "The grounds of intervention in international law", *BYBIL*, 1924, vol. 5, pp. 156-157.

⁵² P.B. Potter, "L'intervention en droit international moderne", *RCADI*, 1930-II, t. 32, p. 659.

⁵³ J.A. Carrillo Salcedo, *Soberanía...*, op. cit., 1976, pp. 261-262.

⁵⁴ J.A. Carrillo Salcedo, *Soberanía...*, op. cit., 1976, p. 269.

⁵⁵ Y no sólo con respecto a la terminología de las consecuencias por violación grave del *ius cogens*, sino también con respecto al régimen jurídico de la citada responsabilidad. Compárese a tal efecto el

Otra cosa es que, asentada la noción en el derecho positivo, sobre una base doctrinal ya antigua, se haya procedido a una relectura de normas anteriores a 1969 para detectar entre ellas el contenido material –no determinado en la Convención de Viena– de las normas imperativas. Así, la doctrina considera como normas imperativas la prohibición del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales, recogida por primera vez en la Carta de las Naciones Unidas (1945); el art. 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra (1949); los derechos inderogables en toda circunstancia conforme al art. 15.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), al art. 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y el art. 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). A estos contenidos se van sumando otros, aunque siempre con un margen de indeterminación y discusión, por el carácter básicamente doctrinal del análisis: la contaminación masiva de los mares y la atmósfera, el principio de la libre determinación de los pueblos, etcétera.

Algunas apreciaciones jurisprudenciales, junto algunos elementos normativos parecen objetivar la determinación de las normas que pertenecen a esta categoría de "normatividad reforzada".

Entre los elementos normativos, puede pensarse que las cláusulas que prohíben la derogación de ciertos derechos en los Tratados relativos a la protección de los derechos humanos⁵⁶; las cláusulas que prohíben la formulación de reservas a disposiciones de contenido sustantivo en tratados relativos a la protección de derechos humanos⁵⁷; la exclusión de los acuerdos de las partes en conflicto que reduzcan o limiten los derechos garantizados a las personas protegidas por los tratados de derecho humanitario⁵⁸, la excepcionalidad de la cláusula que reintroduce la necesidad militar como criterio de modulación de las obligaciones asumidas por el Estado con respecto a la población civil, los prisioneros de guerra o los soldados y náufragos heridos o enfermos en campaña en el marco de los tratados del *ius in bello*, eliminando prácticamente toda posibilidad de justificación unilateral de comportamientos

proyecto aprobado en primera lectura en 1986 y el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/19) y anexoado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 56/83, de 28 de enero de 2002. Entre la doctrina española más reciente en la materia, véase el trabajo de C. Gutiérrez Espada, "El punto final (?): de un largo debate: los 'crímenes internacionales'", *REDI*, 2001, pp. 11-48.

⁵⁶ Basten las referencias citadas al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁷ Ciertamente que son poco frecuentes los tratados de derechos humanos que incorporan una cláusula que prohíba toda reserva al tratado o, al menos, a sus disposiciones sustantivas: sí es el caso de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y prácticas análogas a la esclavitud de 1956 (cuyo art. 9 prohíbe cualquier reserva) o de la Convención para reducir los casos de apatridia, de 30 de agosto de 1961 (cuyo art. 7 sólo permite reservas a determinados artículos, que no contienen derechos sustantivos). Otra técnica distinta es la de prohibir reservas a un conjunto concreto de disposiciones, que configurarían el núcleo esencial de derechos humanos no disponibles por la voluntad del Estado, aun en la comunidad convencional: son ejemplos de este tipo la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954 (art. 38), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (art. 42).

⁵⁸ Vid. el art. 6 común al Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, al Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar y al Convenio de Ginebra relativo al trato de prisioneros de guerra; asimismo el art. 7 del Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, todos ellos de 1949.

contrarios a los derechos garantizados⁵⁹, son todos ellos elementos indiciarios del carácter imperativo de las normas referidas. Todos estos elementos normativos, derivados de la propia voluntad estatal en los convenios respectivos, son reflejo de la existencia de un sentimiento generalizado entre los Estados de que no todas las disposiciones normativas resultan ya hoy de normatividad equivalente: no existe una libre disponibilidad de las mismas. Siempre podrá plantearse la duda de si tales elementos son realmente reflejo del carácter imperativo de la norma, por cuanto que proceden de la voluntad de los Estados expresada en un tratado. Pero, la voluntad coincidente, el amplio número de ratificaciones, la falta de oposición manifiesta a tal valor añadido a las normas esenciales en materia de protección de los derechos humanos, traduce la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional en su conjunto, exigida por el art. 53 de la Convención de Viena de 1969.

Entre las aportaciones jurisprudenciales⁶⁰, suelen citarse como indicadores de la existencia de normas de Derecho imperativo, relativas a la obligación de respetar ciertos derechos humanos, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia de 1949 en el asunto del Estrecho de Corfú, de 1986 en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, así como la opinión consultiva del mismo Tribunal de 1996, en el asunto de la licitud de la amenaza o empleo de las armas nucleares. En las dos primeras, la Corte Internacional de Justicia manifestó que "existen consideraciones elementales de humanidad, más absolutas aún en tiempo de paz que en tiempo de guerra" y que el art. 3 común a las Convenciones de Ginebra constituye un mínimo de reglas que derivan de las consideraciones elementales de humanidad. En la opinión consultiva referida, y aun calificando de principios intransgredibles a las reglas fundamentales para la protección de la persona en el Derecho internacional humanitario, la Corte obvió pronunciarse abiertamente sobre el carácter imperativo de las disposiciones en cuestión⁶¹.

⁵⁹ Dicha cláusula de necesidad militar era mucho más frecuente en los primeros tratados codificadores de las leyes y costumbres de la guerra que en los actuales Convenios de Ginebra de 1949.

⁶⁰ C. De Ory Arriaga, *La contribución de la Corte Internacional de Justicia al desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos*, tesis doctoral, inédita, Sevilla, 2000, pp. 54-80. Asimismo, debe consultarse el trabajo de este mismo profesor en este mismo libro.

⁶¹ Intransgredible es, por naturaleza, toda norma jurídica, incluso los pactos entre las partes, que obviamente no tienen naturaleza imperativa. Otra cosa es la naturaleza, efectos o gravedad de la transgresión. Y en tal sentido, la Corte Internacional de Justicia eludió el verdadero nudo gordiano, aunque escudándose en la *irrelevancia* del mismo para la argumentación requerida, irrelevancia a mi juicio mal entendida. Una norma imperativa relativa a las consideraciones mínimas de humanidad podría ser determinante para valorar la licitud del recurso —si no también a la amenaza de uso— de armas nucleares. En todo caso, la Corte opinó que "se ha sostenido que en el curso del presente procedimiento que estos principios y reglas de Derecho humanitario forman parte del *ius cogens* tal y como éste ha sido definido en el art. 53 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. Sin embargo, la cuestión de saber si una norma forma parte del *ius cogens* hace referencia a la naturaleza jurídica de esta norma y la solicitud que la Asamblea General ha dirigido a la Corte plantea la cuestión de la aplicabilidad de los principios y reglas de Derecho humanitario en caso de recurso a las armas nucleares, y de las consecuencias de esta aplicabilidad sobre la licitud del recurso a estas armas, pero no la cuestión de saber cuál sería la naturaleza del Derecho humanitario que se aplicaría al empleo de las armas nucleares. La Corte no tiene, pues, que pronunciarse sobre este punto" (ICJ, *Reports*, 1996, p. 258, para. 83, traducción de Carlos De Ory Arriaga). Poniéndome en el punto de mira de la Corte, que parece centrarse exclusivamente en una perspectiva pseudo-práctica relativa a las consecuencias de la aplicabilidad de los principios y reglas de Derecho internacional humanitario en caso de recurso a armas nucleares, no me cabe duda que las citadas consecuencias pueden resultar diferentes para la apreciación de su licitud según se trate de normas imperativas o dispositivas, y no en razón de la naturaleza de las normas como algo abstracto, sino en razón del régimen jurídico de aplicación que llevan aparejadas.

La idea misma de la existencia de normas imperativas implica la traducción en Derecho de una necesidad de la sociedad internacional: dicha necesidad consiste en la afirmación de un conjunto de valores indisponibles a título individual por los sujetos reconocidos por el ordenamiento. La modificación de los citados valores sólo puede provenir del propio cambio social del que la norma será simple intérprete. La afirmación —que fue antes formal que material— de esta noción en el Derecho Internacional positivo ilustra claramente el sentimiento contradictorio, en el seno de la comunidad de Estados: entre el reconocimiento de la necesidad social subyacente en la creación de la figura y el temor de la expansión del ámbito cubierto por la idea de orden público en detrimento de la libertad soberana del Estado.

Entre los citados valores consagrados por la noción formal de *ius cogens* se encuentra sin duda y de forma notoria el principio de humanidad como fundamento de las obligaciones mínimas asumidas por los Estados para la garantía de los derechos fundamentales en todo tiempo y lugar.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO CONTEMPORÁNEO, UN FUNDAMENTO NECESARIAMENTE UTÓPICO

Partiendo de la idea de que el examen del fundamento del Derecho internacional público no puede darse por cerrado sin una aproximación al estudio de sus límites, en las páginas que preceden he intentado poner de manifiesto cómo necesidad y utopía están presentes como valores sobre los que se asienta la existencia y obligatoriedad del Derecho Internacional contemporáneo. Ambas ideas encarnan un equilibrio entre la percepción subjetiva del sujeto con respecto al sistema normativo y su carácter jurídico y la existencia de una comunidad de valores e intereses, de los que indudablemente participa el sujeto individualmente considerado, pero que no puede modificar por su sola y única voluntad, ni siquiera mediante un concierto de voluntades que no traduzcan un consenso general de los miembros de la sociedad internacional (fundamento o aproximación objetiva).

En tal sentido, se puede afirmar que el Derecho Internacional Público es necesario en la sociedad internacional contemporánea y, además, es necesariamente utópico. Nuestra necesidad de un orden internacional sigue reposando sobre las mismas bases que lo hiciera el Derecho internacional más tradicional.

De un lado, la necesidad como expresión de la medida de lo que es lícito y razonable en una situación extrema a la que se enfrenta la soberanía del Estado, la guerra. La necesidad va a determinar, hoy como en el pasado, el valor de los medios y el valor de las consecuencias, creando un sentimiento de obligatoriedad de las restricciones a la libertad de los beligerantes, en razón de lo que es razonable para alcanzar el fin perseguido por las partes, fin que nunca puede ser la propia guerra.

De otro lado, la necesidad que se pone de manifiesto a través del modo de creación de normas de carácter general por antonomasia, la costumbre. La convicción de la juridicidad de la práctica sólo se puede predicar de la acumulación de la misma, y no del acto concreto e inicial. En tal sentido, es imprescindible partir de la convicción de la necesidad de una práctica, así como de la subsiguiente generalización de tal práctica y convicción para que, en un momento posterior, los sujetos

vengan a concebir la juridicidad de la misma en sustitución, eventualmente, de una práctica anterior en desuso o contradicha por los cambios y valores asumidos por la sociedad internacional.

Nuestra utopía hunde sus raíces en el fundamento más tradicional de todo sistema jurídico, la buena fe como expresión de confianza, del mínimo común necesario para entrar en relación y garantizar el respeto de la relación establecida entre los sujetos del ordenamiento. Pero al mismo tiempo, nuestra utopía, la del Derecho Internacional contemporáneo, pasa por la afirmación de un orden público internacional como limitación del relativismo y voluntarismo estatal que lo han caracterizado desde sus orígenes. Dicho orden público internacional se asienta desde el punto de vista formal en la introducción de una noción de jerarquía normativa y en los desarrollos progresivos de sus consecuencias. Desde el punto de vista material, se cimienta esencialmente en los valores de la paz y de la dignidad humana como motores de todo cambio normativo y límites inexcusables de la voluntad de los Estados.

Si en sus orígenes no puede concebirse un Derecho internacional que no estuviera caracterizado por la reciprocidad, el Derecho internacional contemporáneo no se fundamenta de forma exclusiva en la misma. El principio de buena fe, que justificaba tradicionalmente la reciprocidad, en su calidad de fundamento del Derecho internacional contemporáneo implica la asunción de los valores comunes de la comunidad internacional en su conjunto como valores propios que limitan los propios comportamientos, con independencia del comportamiento de terceros, como exigencia connatural a la pertenencia a la comunidad internacional. En sentido análogo, si la estructura tradicional del Derecho internacional pasaba por la afirmación de la equivalencia normativa, dado el carácter dispositivo de sus normas, en el Derecho internacional contemporáneo se ha superado este principio mediante la consagración formal y material de la noción de derecho imperativo. No pone en duda la doctrina internacionalista que valores e intereses comunes junto con su formalización a través de normas de valor imperativo fundamentan la existencia de un orden público internacional, cuya obligatoriedad no se encuentra en el consentimiento, sino en el consenso. Dicho consenso no es –a mi juicio– sino la garantía procedimental y material de la positivación de la idea de necesidad y utopía de la norma.

Como ha escrito el profesor Carrillo Salcedo, “Frente al blindaje de la soberanía en el Derecho internacional tradicional, la noción jurídica de la dignidad intrínseca de todo ser humano nos ha hecho pasar de una concepción interestatal del orden internacional a una concepción dinámica de los derechos humanos y, a través de ella, a un nuevo paradigma del Derecho internacional que, a diferencia de sus rasgos tradicionales, queda hoy caracterizado por la superación del dogma de la soberanía absoluta, la prevalencia de principios de equidad, y la afirmación de los valores de humanidad, interdependencia y solidaridad.

De este modo, el interés humano se sitúa en el lugar supremo del orden de los valores, porque cada persona es un ser de fines y no un mero objeto o instrumento, con lo que la obligación de respetar los derechos humanos fundamentales se configura en Derecho internacional contemporáneo como un principio constitucional de significación civilizadora y alcance universal en la construcción de un orden de paz”⁶².

⁶² J.A. Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos...*, op. cit., 2001, pp. 185-186.