

LA INVESTIGACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

JAVIER ROLDÁN BARBERO¹

Sumario: I. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO FENÓMENO JURÍDICO. II. LA INVESTIGACIÓN.

I. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO FENÓMENO JURÍDICO

Como explicó Roberto Ago, la ciencia jurídica en Derecho internacional nace, en puridad, en el siglo XIX con la aparición del positivismo voluntarista, de corte hegeliano, fundamentado en una concepción absolutista de la soberanía del Estado. Hasta entonces, el derecho de origen voluntario encontraba su base, dentro del pensamiento internacionalista (escolástico o racionalista), en una regla de naturaleza divina, objetiva, permanente, eludiéndose, de esta forma, toda controversia sobre la existencia del Derecho de Gentes². El estatismo decimonónico manejó pseudoargumentos cuyas deficiencias han sido denunciadas por la doctrina posterior, inspirada a menudo en un iusnaturalismo redivivo, aunque transfigurado, de suerte que no postula la existencia de principios unitarios, universales e inmutables, ni, desde luego, la suficiencia del derecho natural. En realidad, en nuestro siglo las tesis iusnaturalistas y las positivistas han caminado juntas, constatándose períodos de prevalencia de una o de otra³, al tiempo que emergían otras escuelas que han quebrantado esta dicotomía⁴.

¹ Catedrático de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad de Granada. jroldanb@ugr.es. Esta publicación trae causa de la conferencia que pronuncié en la Universidad de Jaén, en el marco de su semana de la ciencia, sobre "La ciencia del Derecho internacional público" el pasado 12 de noviembre de 2008. Agradezco aquí a mi colega y amigo el prof. Juan Manuel de Faramiñán Gilbert su amabilidad por invitarme a intervenir en este marco y poder visitar así de nuevo la querida Universidad de Jaén. Los datos e ideas contenidos en este artículo están tomados, principalmente, de mi libro *Ensayo sobre el Derecho internacional público*. Almería, 1996. Aunque he introducido referencias nuevas, he preferido mantener el espíritu de lo pensado y escrito entonces.

² R. AGO: "Science juridique et droit international". Recueil des Cours de l'Académie de La Haye. 1956-II. págs. 857-958, especialmente págs. 863-877. En efecto, en la primera fase del pensamiento iusinternacionalista las normas interestatales se veían cubiertas por principios en una concepción dualista. El positivismo ulterior abrazó el monismo metodológico al abandonar la idea de principios en un intento de desterrar posiciones metafísicas y de construir una ciencia jurídica en el campo exterior. Estas consideraciones no obstan, desde luego, para rendir tributo a los padres del Derecho internacional, que se sitúan en los siglos XVI y XVII.

³ Así, en 1927 L. LE FUR pudo escribir: "nous assistons à une renaissance quasi-universelle du droit naturel chez les auteurs de tous les pays et dans la pratique même des Etats". "La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne". Recueil des Cours de l'Académie de La Haye. 1927-III. pág. 353. En efecto, en el período de entreguerras se aprecia este iusnaturalismo reforzado en otros cursos impartidos en la Academia de La Haya. A comienzos de los sesenta, por el contrario, L. ERHLICH advirtió un neopositivismo. "The Development of International Law as a Science". Recueil des Cours de l'Académie de La Haye. 1962-I. págs.252 y ss. En realidad, la tesis de Jellinek de la autolimitación es siempre invocable para los que niegan la existencia de normas jurídicas superiores a la voluntad de los Estados.

⁴ Puede verse a este propósito N. PURVIS: "Critical Legal Studies in Public International Law". Harvard

Antes y después del nacimiento, en rigor, de la ciencia iusinternacionalista han surgido negadores de este ordenamiento. Así, el Derecho internacional ha debido deslindar su objeto de la moral, de la cortesía, de la política internacional. Las consecuencias ventajosas de este ejercicio intelectual han sido que el estudioso ha debido adiestrarse en los fundamentos del derecho, a fin de defender la propia jurisdicción de su especialidad y de desterrar la impresión de que el Derecho internacional es una pura creación doctrinal⁵. Esta impresión tuvo en un principio su explicación, dado el carácter básicamente especulativo que presidía las construcciones teóricas de los pioneros de este campo de conocimiento. Aún hoy, los internacionalistas aparecemos, a veces, como moralizadores de un mundo sin apenas ley⁶, condición que se adjudica, a fortiori, a ciertos agentes internacionales, en particular al Secretario General de Naciones Unidas⁷.

De todas maneras, la inserción del llamado "Derecho internacional público" en el reino de la legalidad aparece cada vez más incontrovertida, sin que las disquisiciones sobre esta cuestión se extiendan, hoy en día, demasiado. La amplitud y penetración de las relaciones internacionales, la persecución del orden y la justicia también en la esfera exterior, la mera existencia objetiva o la invocación de sus sujetos y actores, son argumentos escuetos, pero tajantes, que se esgrimen. Ya en 1879, Concepción Arenal escribía que "salta a la vista que no puede ser una quimera una cosa que es invocada por todos los pueblos, reconocida en todos los tiempos más o menos por la conciencia pública, y asunto hoy de una rica y vasta literatura"⁸. Un argumento análogo tan sencillo está también recogido en manuales de nuestro tiempo: "La preuve la plus évidente et probablement la plus convaincante de l'existence du droit international est fournie par

International Law Journal. 1991. págs. 81-127.

⁵ Algunos autores, desde una formación iusinternacionalista, han efectuado aportaciones muy valiosas a la teoría del derecho. Desde luego, viene en seguida a la memoria A. TRUYOL Y SERRA. También es reseñable la colección de ensayos de A. D'AMATO: *Jurisprudence. A Descriptive and Normative Analysis of Law*. Dordrecht, 1984.

⁶ En 1945, A. MIAJA DE LA MUELA razonó de esta manera: "La misión que así mismos se han asignado los cultivadores del Derecho Internacional de intentar encauzar al mundo por vías pacíficas y de establecer un orden de justicia entre los Estados ha logrado alternativamente éxitos limitados y paulatinos y trágicos fracasos. No es extraño que el observador superficial, que sólo ha alcanzado a vislumbrar éstos, haya podido formular un juicio desfavorable para los iusinternacionalistas y su obra". "Una sátira española contra los internacionalistas del siglo XVIII. La lección cuarta de "Los eruditos de la violeta"". Estudios en homenaje al Profesor Camilo Barcia Trelles. Santiago de Compostela, 1945, pág. 103. Por el contrario, el contraste entre las orientaciones doctrinales humanistas y el mundo con frecuencia descarnado de las relaciones internacionales, ha justificado muchas veces valoraciones elogiosas de ilustres internacionalistas, como la que A. LOPATKA tributó a Manfred Lachs: "In all areas he has pursued the goal of co-operation between countries of different economic and political systems, the building of peace on sound foundations, the development of friendly relations between nations built on law and the peaceful settlement of disputes". Prólogo a la obra *Essays in International Law in Honour of Judge M. Lachs*. The Hague, 1984. pág. 9.

⁷ El anterior Secretario General, J. PÉREZ DE CUÉLLAR, escribió que "le devoir du Secrétaire général se situe non point par rapport à telle ou telle exigence d'ordre juridique mais vis-à-vis de l'humanité toute entière dont il est un peu la conscience." "Le rôle du Secrétaire Général des Nations Unies". *Revue Générale de Droit International Public*. 1985. pág. 242. Evidentemente, este carácter ecuménico no impide que la labor desempeñada por el Secretario General pueda ser objeto de críticas.

⁸ C. ARENAL: *Ensayo sobre el Derecho de gentes*. Madrid, 1879. Tomo I. pág. X.

l'observation, même superficielle, de la vie et des relations internationales: le droit international existe parce que les États, les hommes politiques, les mouvements d'opinion, les organisations internationales, gouvernementales ou non, le reconnaissent et l'invoquent et parce qu'il serait totalement invraisemblable que tant de gens consacrent tant de temps, d'énergie, d'intelligence et, parfois, d'argent, à poursuivre une chimère⁹. Este razonamiento, de orden psicológico, ha sido rebatido por Troper, para quien el Derecho internacional no se demuestra por la creencia de sus gobernantes, de la misma manera que la existencia de Dios no se confirma por el número de creyentes¹⁰. La idea es, sin duda, errónea, pues asimila hechos no comparables, ya que los Estados son los creadores, y no las criaturas, del ordenamiento jurídico-internacional.

De todas formas, encontramos en la bibliografía de los últimos años títulos llamativos que parecen desmentir el pacifismo que suscita la cuestión: "Is International Law really Law?", se preguntaba en 1985 D'Amato¹¹; "¿Derecho internacional público?" lleva por título una introducción a la disciplina de Juste Ruiz¹². No obstante, no se trata de nuevos negadores: "If the relevant actors call it "law" —razona D'Amato—, who are to say that they are wrong?" En la actualidad, el análisis está, desde luego, más orientado hacia las peculiaridades, la metodología y la eficacia de este ordenamiento jurídico que hacia su realidad existencial¹³. Podemos secundar a Thomas Franck diciendo que el Derecho internacional ha entrado en una fase post-ontológica¹⁴.

A la hora de escrutar y desvelar las características que singularizan al Derecho internacional, este ordenamiento ha estado tradicionalmente sometido a la confrontación permanente con el derecho interno, entendido como una fase más avanzada en la organización social¹⁵. ¿Dónde están el legislador central¹⁶, las fuerzas del orden, la

⁹ N. QUOC DINH, P. DAILLIER, A. PELLET: *Droit international public*. Paris, 1994. pág. 43

¹⁰ M. TROPER: "Fondement du caractere obligatoire et problème de causalité en droit international". *Réalités du droit international contemporain*. Actes des seconde et troisième rencontres de Reims. Reims, 1974. pág. 46

¹¹ Artículo publicado por primera vez en *Northwestern Law Review*. Reproducido en A. D' AMATO: *International Law: Process and Prospect*. New York, 1987. págs. 1-26.

¹² J.JUSTE RUIZ: *¿Derecho internacional público?* Valencia, 1991. Preguntas similares figuran en numerosas obras generales de la disciplina: *Is International Law Real Law?* es, por ejemplo, el encabezamiento de un apartado de la obra de W. LEVI: *Contemporary International Law: A Concise Introduction*. Boulder, 1991. pág. 16.

¹³ Como obra actual y autorizada sobre las corrientes actuales de la disciplina véase P. MARTÍN RODRÍGUEZ: *Los paradigmas del Derecho internacional. Ensayo interparadigmático sobre la comprensión científica del Derecho internacional*. Granada, 2008.

¹⁴ T.M. FRANCK: "Fairness in the International Legal and Institutional System". *General Course on Public International Law*. *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*. 1993-111. pág. 25.

¹⁵ De ahí que, desde antiguo, hayan proliferado iniciativas doctrinales encaminadas a orientar al Derecho internacional hacia patrones propios del derecho estatal. Cfr., a título de ejemplo, J. LORIMER: "El problema final del derecho internacional". Publicado originariamente en la *Revue de Droit international et de legislation comparée*. 1877. págs. 161-206. Traducción de P. Marino en *Dos proyectos de organización internacional y europea*. Madrid, 1986. págs. 3-89.

¹⁶ Como ha argumentado M. DÍEZ DE VELASCO, en Derecho internacional se ha hecho uso, de forma polisémica, del término "legislación", sin que pueda, obviamente, encerrar el significado que tiene en el derecho estatal. "Législation et codification dans le droit international actuel". *Le droit international á l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*. Vol. I. Milano, 1987. págs. 247-259

jurisdicción obligatoria? Como puso de relieve ya Georges Scelle, en el orden internacional se pueden advertir "funciones constitucionales": legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, pero ciertamente no a la manera del sistema interno¹⁷.

Pero, más allá de esta advertencia, conviene subrayar que no toda estructura jurídica ha de compartir los caracteres del derecho estatal avanzado de nuestro tiempo. Además, resulta "catártico" y "reconfortante" para el iusintemacionalista aperebirse de las fallas que dan al traste con la presunta perfección del orden interno. Ciertamente, la pureza perseguida por el normativismo tampoco se encuentra en la sociedad estatal: el logicismo y el mecanicismo son ajenos a un hecho social¹⁸; la norma interna también es el resultado del equilibrio de fuerzas, también está atravesada por la política, también emplea conceptos jurídicos indeterminados, fórmulas deliberadamente abstrusas. En derecho interno hay asimismo colisión de principios nucleares; igualmente, se encarecen a menudo las fórmulas concertadas (la cultura del consenso) en detrimento de la técnica impositiva. Ningún país ha erradicado las bolsas de pobreza, las injusticias. Numerosas sociedades nacionales apenas si están constituidas en "Estados de derecho". En muchas de ellas, como ha indicado Cassese, la Constitución representa más un manifiesto político que un texto rigurosamente legal que asegura el respeto del derecho¹⁹. Normalmente, en nombre de intereses "vitales" del país (la "razón de Estado") las estipulaciones jurídicas resultan preteridas.

Por lo demás, todo derecho reviste indefectiblemente una faceta patológica, todo orden jurídico es conculcado con perseverancia e impunidad, sobre todo en algunas de sus manifestaciones, en algunas de sus ramas. Además, algunas de las infracciones del Derecho internacional lo son, por, por añadidura o en primera instancia, del derecho interno. Ninguna sociedad ha extirpado de su seno la violencia. ¿Acaso no se desarticulan, primeramente, los cimientos del orden nacional ante guerras devastadoras como las que asolaron a Somalia o Ruanda?; ¿y no son, justamente, los mecanismos internacionales los que se invocan —muchas veces, bien es verdad, sin excesivo fruto, pero en ocasiones con resultados estimables— para restaurar el orden y la autoridad? Las negociaciones de paz en la antigua Yugoslavia están presididas por el impulso dado por potencias extranjeras al nuevo marco constitucional de Bosnia-Herzegovina. En el Anuario del SIPRI correspondiente a 1994 se informa que los treinta y cuatro mayores conflictos acontecidos en el año anterior eran de naturaleza intraestatal²⁰.

¹⁷ G. SCELLE: "Règles générales du droit de la paix". Recueil des Cours de l'Académie de La Haye. 1933-IV. págs. 421 y ss.

¹⁸ Así lo ha atestiguado el propio Tribunal Supremo español: "La concepción idealista y exclusivamente logicista del ordenamiento jurídico, concebido como un todo unitario y armónico, en el que las proposiciones jurídicas se integran dentro de un sistema lógico-deductivo, en el cual cada una de ellas procede o deriva lógicamente de otras, y a su vez condiciona o determina a las subsiguientes, no corresponde a la realidad". Sentencia de 31.12.73 (Sala Tercera). Considerando 8º. Rep. 4795

¹⁹ A. CASSESE: "Modern Constitutions and International Law". Recueil des Cours de l'Académie de La Haye. 1985-III. pág. 348

²⁰ A. D. ROTFELD: "Introduction: the search for a new security system". pág. 4 (Vid. en el mismo sentido el Anuario de 1995. pág. 5). En realidad, como A. MANGAS MARTÍN ha puesto de manifiesto, la distinción entre conflicto interno e internacional tiende a superarse y es, en cualquier caso, difícil de establecer muy a menudo. Los avances normativos y éticos del derecho humanitario bélico justifican que exista una reglamentación internacional de cualquier conflicto armado en beneficio de la persona humana, lo que constituye una manifestación más de la dilución de la línea divisoria entre los problemas internos y exteriores. Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario. Salamanca, 1990. En

Igualmente, la observancia del derecho interno depende en parte del asentimiento de los destinatarios, con la particularidad en el medio internacional de que suelen identificarse creadores y destinatarios de la norma. Conviene recordar, asimismo, que no toda regla de derecho encierra una obligación: puede autorizar, atribuir derechos, crear una institución. Por otra parte, la coacción no constituye un atributo esencial del derecho, además de no ser desconocida por el Derecho de Gentes. Y sobre la aplicación judicial ¿qué se puede decir?: desde luego, que es excepcional y facultativa en Derecho internacional, lo que relativiza la óptica contenciosa de este ordenamiento; pero todo derecho reviste una dimensión extrajudicial, y en algunos órdenes estatales las instituciones jurisdiccionales son también distantes, y, cuando están más próximas, su funcionamiento, como es manifiesto, no siempre es satisfactorio. Y sobre la ejecución de los fallos judiciales no está de más tener presente que en España, por ejemplo, un querido y notable penalista ha podido denunciar "el arraigado hábito en las Administraciones públicas de resistir el cumplimiento de las sentencias y otras resoluciones judiciales"²¹. No es extraño que en el orden estatal se busquen algunas vías alternativas a la judicial para el arreglo de cierta clase de conflictos.

Más allá de este repaso esclarecedor y purgante, es indudable que el Derecho internacional es más defectuoso que el derecho interno avanzado, lo que explica que el Derecho comunitario europeo, nacido del orden internacional y orientado verosímilmente hacia una estructura federal, esté más perfeccionado que el Derecho internacional en sus fundamentos generales.

Es, evidentemente, una manifestación de debilidad jurídica que la costumbre, consustancialmente difusa, represente, en paridad jerárquica con el derecho escrito, una parte importante e imprecisa de la normativa del Derecho de Gentes. Existe, de hecho, un debate abierto, como desarrollaremos, en torno a los modos de producción y determinación de las normas. Lleva, pues, parte de razón Tesón cuando asevera que el problema no radica, como es sólito pensar, en la obediencia del Derecho internacional, sino más bien en el acuerdo sobre lo que la norma internacional permite o prohíbe: el problema –concluye– es de determinación del Derecho internacional²². Me parece

particular, págs. 55 y ss. Naturalmente, factores políticos, muchas veces también mediáticos, determinan el grado de interés y reglamentación del conflicto.

²¹ H. ROLDÁN BARBERO: "El delito de desobediencia y la resistencia de la administración al cumplimiento de las sentencias y otras resoluciones judiciales en el procedimiento contencioso-administrativo". La Ley. 10.4.90. págs. 1 y ss.

²² F. R. TESÓN: "International Obligations and the Theory of Hypothetical Consent". Yale Journal of International Law. 1990. pág. 86. También resulta de interés reproducir este comentario de H. THIERRY: "Contrairement à un sentiment parfois répandu, ce ne sont pas seulement les violations du droit international qui rendent compte des désordres du monde mais le droit lui-même qui leur laisse libre cours". "L'évolution du droit international". Recueil des Cours de l'Académie de La Haye. 1990-II1. pág. 22. Los ensayos nucleares realizados por Francia en el Pacífico desde el 5.9.95 sirven, a mi juicio, perfectamente para ilustrar este estado de incertidumbre jurídica una vez que el Tribunal Internacional de Justicia, mediante auto dictado el 22.9.95, ha resuelto que no estudiaba la cuestión al no encajar la demanda de Nueva Zelanda en las previsiones del párrafo 63 de su sentencia de 20.12.74. De todas formas, el grueso de la opinión pública internacional sí ha dictado un "veredicto" de reprobación. Todo esto en espera de la adopción y eficacia jurídica entre las potencias nucleares de un tratado que prohíba sin ambages este género de acciones. Importa, asimismo, resaltar que en numerosas diferencias internacionales el problema estriba en la determinación no del derecho, sino de los hechos, problema agudizado por el recurso tan sólo excepcional a medios jurisdiccionales en el campo internacional. Me

elocuyente que resulte más aconsejable por expeditiva la promulgación de una ley española sobre inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados, que aguardar al término del proceso codificador general impulsado en este terreno por la Comisión de Derecho Internacional o investigar -o aguardar por vía jurisprudencial- la cristalización ya consumada de reglas consuetudinarias, si bien resulta, desde otro punto de vista, preferible concertar políticas sobre éste y otros temas²³. Existe un debate abierto, en consecuencia, en torno a las "fuentes" del ordenamiento internacional, como igualmente reina alrededor de sus sujetos. También es un síntoma de primitivismo jurídico que el régimen de responsabilidad, enraizado en la entraña del derecho, se vea cercenado a causa de límites institucionales y de una codificación inacabada, aproximando los compromisos jurídicos a los políticos. En general, los mecanismos de aplicación y sanción resultan insatisfactorios y selectivos, a pesar del desarrollo de las técnicas de control que experimentan algunas ramas (desarme y control de armamentos, protección de los derechos humanos, etc.)²⁴; la autotutela (la "justicia privada") se ve, bajo ciertas condiciones, admitida y, a menudo, se impone sin la constatación y ni siquiera la apariencia de un hecho ilícito previo; rige, en efecto, la libre elección de los medios pacíficos de solución de diferencias (aunque es notable la revalorización reciente del Tribunal Internacional de Justicia²⁵). Incluso frente al ilícito fehaciente se sigue negociando, concediendo ventajas al infractor. Una deficiencia más: las fisuras en la represión del uso de la fuerza armada. Ciertamente, acontecimientos como las nefandas guerras libradas en la antigua Yugoslavia ponen al descubierto numerosas flaquezas de la sociedad internacional, aunque la perspectiva actual de una solución pacífica invita precisamente a perseverar en el arreglo del devastador conflicto desde el exterior a través de una panoplia de medidas²⁶.

parece que el asunto Lockerbie o el conflicto fronterizo entre Ecuador y Perú desatado en 1995 ofrecen ejemplos de esta incertidumbre sobre la verdadera naturaleza de los acontecimientos.

²³ De hecho, en el marco regional ha podido adoptarse sobre la materia el Convenio de Basilea de 1972. La adhesión de España al mismo ha sido estimada por L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ como una solución compatible y complementaria respecto a la promulgación de una ley especializada, dada la interrelación recíproca entre lo internacional y lo interno. Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles. Madrid, 1990. Vid. estas propuestas resumidas en págs. 168-169.

²⁴ Es interesante advertir que la evolución científica y técnica facilita las técnicas de control. Así ocurre con los adelantos en la utilización del espacio exterior, los cuales repercuten ventajosamente en la supervisión de acuerdos de desarme y de pesca, por ejemplo.

²⁵ Conviene puntualizar que esta revalorización se debe, en parte, a la constitución de salas especiales en su seno para la sustanciación de los litigios, técnica que confirma una idea recurrente en la doctrina: la aproximación práctica de la institución arbitral y la judicial. Distinto es el caso de la constitución el 19.7.93 de una Sala especializada en asuntos medioambientales, hasta ahora inactiva; o de los tribunales penales internacionales, cuyo funcionamiento está limitado en el tiempo. Además, esta revitalización está parcialmente debida a la utilización del TIJ como escenario donde trasladar un conflicto para el que carece, en realidad, de competencia, y así emplearla Corte como caja de resonancia de una diferencia internacional. Por otra parte, hay que significar el papel desempeñado por otros tribunales judiciales internacionales de ámbito geográfico y material limitado. Justamente, G. GUILLAUME ha observado en esta proliferación de instancias internacionales un riesgo para la uniformidad en la interpretación del Derecho internacional. "The Future of International Judicial Institutions". *International and Comparative Law Quarterly*. 1995. págs. 861-862.

²⁶ El acuerdo de paz fue alcanzado el 21.11.95 en Dayton por los máximos dirigentes de Bosnia, Croacia y Serbia. El texto fue refrendado solemnemente en París el 14.12.95. La esperanza y la cautela se entremezclan en este proyecto de paz para la zona.

La relación de imperfecciones, dimanantes de una estructura básicamente consensual y no autoritaria, puede naturalmente ampliarse y debe ser reconocida sin ambages, lo que provoca un sentimiento que Charles de Visscher decía que despertaba el medio internacional: inseguridad²⁷.

Pero, como también indicaba hace más de un siglo Concepción Arenal, con una argumentación que sigue siendo válida para nuestra disciplina, se debe distinguir la "esencia" (el carácter jurídico) del "accidente" (sus singularidades) y tomar en consideración los grados sucesivos de desarrollo a que está sujeta toda institución jurídica y social²⁸. En el mismo orden de ideas, debe distinguirse —lo que no siempre se hace— la precariedad objetiva de la reglamentación internacional del carácter subjetivamente criticable de sus preceptos (verbigracia, la composición y el procedimiento decisorio del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas). Igualmente, importa resaltar que algunos sectores (como los cursos de agua internacionales o la sucesión de Estados) se desenvuelven entre reglas generales escasamente prescriptivas, pero encuentran su mayor desarrollo en el derecho internacional particular; en normas casuísticas, en definitiva.

Defendida su juridicidad y apuntadas sus limitaciones, hay que convenir con Carty, y tantos otros, en que el Derecho internacional público no puede ser simple y exclusivamente entendido como un sistema positivo de derecho²⁹. Como todo sistema legal, la reglamentación jurídica de las relaciones internacionales desempeña unas funciones polivalentes, metajurídicas, no circunscritas al campo compulsivo. Así, Boutros-Ghali ha señalado que el Derecho internacional es, para los Estados, no sólo un conjunto normativo, sino también un sistema de comunicación³⁰. "Indeed —ha razonado Gottlieb—, law is much used in diplomacy, in drawing attention to particular features of conflicts, in defining issues, in characterizing situations, in building up authoritative practices, in conferring and withdrawing legitimacy, and ultimately in shaping policy options³¹". En este sentido, se puede destacar el valor educativo, además

²⁷ Ch. DE VISSCHER: "Cours général de principes de droit international public". Recueil des Cours de l'Académie de La Haye. 1954-II. pág. 545. No deja de ser muy significativo, igualmente, que el jefe de la asesoría jurídica internacional del Ministerio español de Asuntos Exteriores —e ilustre iusinternacionalista— haya escrito: "Como es bien sabido, los Estados y sus gobiernos se mueven en el plano internacional guiados más por intereses y motivaciones políticas que por pautas o patrones jurídicos". J.A. PASTOR RIDRUEJO: "La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas: aspectos humanitarios y políticos". Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz. 1989. pág. 19. Esta idea está reproducida incluso en su Curso de Derecho internacional público y Organizaciones internacionales. Madrid, 1994. págs. 38-39.

²⁸ C. ARENAL: "Ensayo...", op. cit., pág. IX

²⁹ A. CARTY: *The Decay of International Law?* Manchester, 1986

³⁰ Alocución pronunciada con motivo de la inauguración de la 66ª sesión del IDI. *La Comunità Internazionale*. 1993. pág. 431.

³¹ G. GOTTLIEB: "The Nature of International Law: Toward a Second Concept of Law". En R. Falk y otros (ed.): *International Law: A Contemporary Perspective*. Boulder, 1985. pág. 191. En la misma obra, un punto de vista similar es mantenido por F. KRATOCHWIL: "Of Law and Human Action. A Jurisprudential Plea for a World Order Perspective in *International Legal Studies*". págs. 640 y ss.. En un sentido igualmente parecido, W.W. BISHOP ha sostenido que "Neither internationally nor domestically should focus be so exclusively on the law-breaker, that one forgets the use of law as a tool, an instrument, a means for guiding action and giving effect to policies seeking common, or at least compatible, goals. Today this is the most important role of international law". "The Role of International Law in a Peaceful

del jurídico, que tiene la Convención sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989³² o el carácter informativo, de denuncia, que revisten las actuaciones seguidas ante el Tribunal Penal Internacional instituido para juzgar los crímenes horrendos cometidos en la antigua Yugoslavia.

Sin embargo, conviene, frente a tentativas de adulteración del fenómeno normativo, remarcar su especificidad. No podemos sostener que el ordenamiento jurídico-internacional sea meramente un "conduct-guiding device": en tal caso, participaríamos de la desnaturalización de la esencia del derecho, en el despojo de sus propiedades, y nos aproximaríamos, por otro camino, a los negadores de este orden jurídico. Ciertamente, el Derecho internacional es un indicio de las relaciones internacionales, un factor de influencia del comportamiento exterior de los Estados y un arma política en poder de los mismos. Pero no puede circunscribir su labor a esas funciones, no puede ser una simple pauta de conducta sin engendrar vínculos ni responsabilidades. Es verdad que este ordenamiento jurídico está, por sus deficiencias, particularmente próximo a su sustrato, las relaciones internacionales, pero no puede participar del frágil equilibrio de poder, de la violencia polimorfa que algunos teóricos (piénsese en los realistas: Morgenthau, Aron, etc.) han atribuido a la diplomacia.

Hay que reconocer con franqueza que en algunos ámbitos, como dice Cassese en relación al derecho humanitario bélico, el Derecho internacional se limita, en ocasiones, a poco más que "mirror the constellation of power of the world community"³³. Se trata, según se ha dicho, del elemento más vulnerable en la credibilidad del sistema jurídico internacional, dotado de un fuerte componente moralizante y en el cual el propio ordenamiento reconoce, en parte, su patología respecto a la imposibilidad de erradicar los conflictos armados. Los testimonios recientes aportados por el Comité Internacional de la Cruz Roja hablan de que la conducción de las hostilidades se caracteriza por un "salvajismo generalizado"³⁴. Sin embargo, no se puede infravalorar el socorro prestado por los instrumentos internacionales. Además, en otros campos la influencia del Derecho internacional es más determinante; ciertas reglas son más susceptibles de supervisión y observancia.

El Derecho de Gentes es, ciertamente, hijo de la política internacional y está imbricado con ella, pero no podemos identificar ambas nociones. El Derecho internacional es, en definitiva, una herramienta, dotada de rasgos propios, de estabilidad y ordenación de las relaciones internacionales. Su deformación contraviene los fines racionalizadores de

World". Public International Law and the Future World. Liber Amicorum in honor of A.J. Thomas, Jr.. Littleton, 1987. págs. 1-4.

³² Importa añadir, desde el punto de vista jurídico-constitucional español, el valor que encierra este convenio a la luz de lo dispuesto en el artículo 39, 4, de la Constitución de 1978: "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos". Naturalmente, esta disposición no empece la regulación interna de los derechos del menor, como se confirma con la Ley española sobre esta materia de reciente promulgación (BOE de 17.1.96). Se trata de un ejemplo del desarrollo normativo bifronte, interno e internacional, que puede tener una cuestión social.

³³ A. CASSESE: International Law in a Divided World. New York, 1986. pág. 285. Sin embargo, conviene significar que nada menos que 185 Estados son partes de las convenciones de Ginebra de 1949 (si bien este número decrece hasta 135 y 125 en relación a los Protocolos adicionales I y II de 1977, respectivamente).

³⁴ M. TORRELLI: "Chronique des faits internationaux". Revue Générale de Droit International Public. 1994. pág. 140

todo orden jurídico. También en el medio internacional ha de invocarse, en general, el imperio del derecho: la sociedad internacional debe constituir una "Comunidad de derecho".

El fomento de la normativa internacional, las sugerencias para su mejora, la difusión de sus reglas y la insistencia en su cumplimiento, superando un nihilismo y un escepticismo acomodaticios, es tarea benefactora que incumbe principalmente, pero no en exclusiva, a la doctrina iusinternacionalista: corresponde a la sociedad civil en su conjunto. Tengamos en cuenta que la aplicación del derecho depende, a menudo, únicamente de su conocimiento y que la observancia de sus reglas está supeditada a un conjunto heteróclito de factores, entre los que sobresale una presión social multiforme.

Fundamentalmente, con independencia de su naturaleza, conviene recalcar que el Derecho internacional es una realidad cotidiana y tangible que funciona satisfactoriamente "most of the time in most situations with respect to most matters", como señaló Sohn³⁵. Incluso cuando se lo transgrede se lo suele invocar, tributándole, en palabras de Lachs, un homenaje "détourné"³⁶. La creciente interdependencia entre las naciones permite augurar fundadamente un mejor futuro para este ordenamiento jurídico, tal como puede desprenderse, por ejemplo, del progreso legal alcanzado en las relaciones comerciales al término de la Ronda Uruguay. Si nos olvidamos de sufrimientos indecibles resultantes de la imperfecta cohesión y solidaridad internacionales, podemos suscribir la idea de Mirkin-Guetzevitch de que la evolución de las relaciones internacionales conduce a profesar un optimismo ante el Derecho internacional³⁷.

Por todo lo cual, el Derecho internacional público debe desprenderse de su imagen de orden remoto, compuesto de principios evanescentes, que todavía guarda para un sector de la opinión pública, movida sin duda por la tradición, la pereza mental y por un nacionalismo visceral.

Dicho esto, es evidente que Derecho internacional y Derecho interno, como la política nacional y la exterior, no constituyen compartimentos estancos. Antes se indicó que el caos nacional revierte en el orden exterior. Se puede pensar en las turbulencias internas que aquejan a la Federación rusa, de las que resultan o pueden resultar consecuencias importantes para el escenario internacional: vulneración de los derechos humanos, conflictos armados, quizás nuevos sujetos del Derecho internacional, redefinición de la política de desarme, orientación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, etc. El supuesto inverso es igualmente cierto: el fortalecimiento de la sociedad estatal precisa de la concordia entre las naciones³⁸, si bien, en ocasiones, se atiza una controversia internacional precisamente para mejorar la imagen política internas". Desde un punto de vista más jurídico, importa resaltar que el Derecho de Gentes, no sólo el Derecho

³⁵ L.B. SOHN: "The Effectiveness of International Law". En M.K. Nawaz (ed.): *Essays on International Law in Honour of Krishna Rao*. Leyden, 1976. pág. 59.

³⁶ M. LACHS: "Le droit international, l'ordre mondial et les Nations Unies". *Mélanges Chaumont*. Paris, 1984. pág. 338. Una visión certera sobre los motivos por los que se cumple de ordinario este sistema jurídico y se incumple excepcionalmente en L. HENKIN: *How Nations Behave*. London, 1968. págs. 45-83

³⁷ B. MIRKINE-GUETZEVITCH: "L'influence de la révolution française sur le développement du droit international dans l'Europe orientale". *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*. 1928-II. pág. 452

³⁸ Véase la Agenda para la Paz elaborada por el Secretario General de Naciones Unidas con fecha 17.6.92. Texto en *International Legal Materials*. 1992. pág. 974. p. 80

comunitario³⁹, proclama su propia superioridad sobre el derecho estatal⁴⁰; pero la concreta asimilación por parte de éste de la regla internacional es un factor fundamental para la eficacia de nuestra disciplina⁴¹. Y en este terreno las soluciones nacionales divergen, sin que pueda percibirse una aceptación ortodoxa generalizada de la norma internacional, particularmente de la consuetudinaria⁴². Hay que enfatizar, en consecuencia, la comprensión y respeto de los instrumentos internacionales por los prácticos del derecho, según se dirá también más adelante⁴³.

³⁹ Me parece sugerente sobre el particular la siguiente reflexión de B. DE WITTE: "La solution apportée par l'arrêt Costa c. Enel en matière de primauté du droit communautaire, s'inscrit donc parfaitement dans la foulée du droit international. Pourtant, cet arrêt suggère une coupure entre ces deux systèmes juridiques. Le recours, non nécessaire, à la doctrine de la spécificité s'explique sans doute par le souci d'éviter l'application au jeune droit communautaire des canons traditionnels défavorables au droit international dans la plupart des pays. Il n'en reste pas moins que s'opère ainsi une confusion théorique, qui n'est pas sans conséquences néfastes pour le développement du droit international, tout en n'arrivant pas à vaincre toutes les résistances contre la primauté du droit communautaire". "Retour à "Costa". La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international". *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. 1984. págs. 425-454. Lógicamente, sin embargo, el Derecho comunitario europeo dispone de mecanismos más solventes que el Derecho internacional, en general, para imponer su prevalencia sobre el orden interno.

⁴⁰ Esta proclamación queda reflejada en el artículo 27 de los convenios de Viena sobre derecho de los tratados ("Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado") y, con carácter general, en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos aprobado por la CDI. En efecto, su artículo 1 estipula que "Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste". Más específicamente, el artículo 4 dispone: "El hecho de un Estado sólo podrá calificarse de internacionalmente ilícito según el derecho internacional. En tal calificación no influirá el que el mismo hecho esté calificado de lícito según el derecho interno". La jurisprudencia internacional, por su parte, ha avalado reiteradamente esta jerarquía. Véase, a título de ejemplo, el Dictamen del TIJ de 16.4.88 sobre la aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la Sección 21 del acuerdo de sede de la ONU de 26.6.47. *Recueil*. 1988. pág. 35. p. 57.

⁴¹ También lo es, específicamente, del Derecho comunitario europeo, el cual, sin embargo, proclama su "primacía interna", es decir, su superioridad no supeditada a la discrecionalidad de los derechos nacionales. Conviene agregar que el Derecho internacional ampara la "autonomía institucional" de los Estados para dar cumplimiento efectivo a sus disposiciones. Sucede frecuentemente, en este orden de ideas, que la norma internacional no sea self-executing y que precise, por consiguiente, normas internas de desarrollo.

⁴² En este orden de cuestiones, la polémica inveterada entre el monismo y el dualismo adquiere perfiles prácticos, pues esta última corriente preconiza la previa conversión de la norma internacional en norma interna para dotarse de eficacia en el ordenamiento estatal, con las implicaciones consiguientes en el terreno de la jerarquía normativa.

⁴³ A este respecto, el juez interno está llamado a cumplir una función capital, para lo que debe familiarizarse con las instituciones internacionales e independizarse de la tutela estrecha de su Gobierno, sin perjuicio de una asistencia informativa de éste para dilucidar determinados temas crípticos del orden internacional. El tema ha levantado creciente interés, como da cuenta el tratamiento que le ha dedicado el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Milán de 1993. *Anuario*. págs. 327 ss. Cfr., asimismo, E. BENVENISTI: "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts". *European Journal of International Law*. 1993. págs. 159-183. También del mismo autor y en la misma publicación, vid. el artículo "Judges and Foreign Affairs: Comment on the Institut de Droit International's Resolution on "The Activities of National Courts and the International Relations of their States"". 1994. págs. 423-439. Como afirma en pág. 424, los órganos judiciales internos ofrecen la mejor, muchas veces la única, oportunidad para que los individuos invoquen el Derecho internacional y participen en el proceso de su configuración.

Podemos constatar un fenómeno de armonización progresiva de los derechos internos —sobre todo, en un marco regional— a consecuencia del desarrollo del Derecho internacional⁴⁴. Por otro lado, el iusinternacionalista está inmerso en una cultura jurídica general y su técnica metodológica no ha de diferir sustancialmente de la empleada para el entendimiento del derecho interno. También el derecho privado estatal es, en esencia, un sistema de coordinación. Ambos ordenamientos no sólo comparten categorías jurídicas (lo que es muy visible en materia procesal o de responsabilidad), sino, naturalmente, también problemas sociales y humanos cruciales (tales como, recientemente, el sida, el reparto del agua, la corrupción, el narcotráfico, el control de la natalidad, la informática y la bioética).

Por otra parte, el cuerpo del Derecho internacional se alimenta de normas y resoluciones internas (así, para determinar el estado de la inmunidad de jurisdicción), incluso de rango constitucional (por ejemplo, para conocer la celebración, recepción y jerarquía de los tratados). Las reglas jurídico-internacionales se multiplican y no afectan únicamente a los Estados, sino que también penetran en los intereses y relaciones privados. Es necesario, por consiguiente, asegurar la coordinación, complementariedad y coherencia de los sistemas interno y externo en la acción legal de un Estado, superando teorías extremas (monistas o dualistas), más propias del pasado, sobre la relación entre los dos ordenamientos jurídicos. Más que a planteamientos abstractos, hay que prestar atención a las diferentes soluciones nacionales dadas a la articulación de los dos sistemas. A mi juicio, se puede decir categóricamente que el principio estructural de la seguridad jurídica afirmado en el artículo 9,3, de la Constitución española, se puede ver lesionado si la proliferación de compromisos jurídicos internacionales no se reviste de precisión y no se ve acompañada de la oportuna y apropiada recepción, la publicidad⁴⁵ y el acatamiento por parte de los órganos concernidos. De ahí que Remiro Brotóns

⁴⁴ Este proceso encuentra su campo más sobresaliente en la integración europea, sobre todo mediante el instrumento jurídico de la directiva. Cfr. L. MILLAN MORO: *La armonización de legislaciones en la C.E.E.*. Madrid, 1986. Es decir, es muy cierto, aunque a menudo pasa desapercibido, que la normativa interna se encuentra inspirada, orientada, vinculada por reglas internacionales, las cuales condicionan, de esta suerte, el desarrollo del derecho comparado. Otro factor importante de incidencia del medio internacional en la configuración de la política interna, a menudo desapercibido, lo constituye el volumen de información que desde instancias exteriores se proporciona en campos tales como el sanitario o el económico (pienso, respectivamente, en la Organización Mundial de la Salud y en la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos).

⁴⁵ Precisamente, la publicidad de las normas es otro principio que el artículo 9, 3, garantiza *expressis verbis*, el cual resulta menoscabado si no se procede, en relación a los tratados, a una publicación íntegra, actualizada y que asegure la simultaneidad de su eficacia interna e internacional. Sin embargo, también a la esfera internacional se extiende la confidencialidad asociada al uso de fondos reservados, pues también el Ministerio de Asuntos Exteriores dispone de estas partidas. Importa, además, añadir que rara vez se procede a la publicación de actos vinculantes adoptados por organizaciones internacionales, tal como explica J. GONZÁLEZ VEGA en su nota "La publicación de actos de las organizaciones internacionales en la reciente práctica española: a propósito de la publicación de la medida de conservación 18/IX de la Comisión de recursos vivos marinos antárticos (CCRVMA)". *Revista Española de Derecho Internacional*. 1994. págs. 900-902. Una referencia también a la integración europea en este terreno. Como se sabe, la misma cuenta con un instrumento propio de publicidad normativa: el DOCE (Diario Oficial de las Comunidades Europeas). Sin embargo, la Unión Europea está emprendiendo esfuerzos para dotar a su sistema jurídico de un carácter más accesible y conciso para los agentes económicos y ciudadanos, en general.

reivindicara con razón para el derecho español un internacionalismo realista, posibilista y democrático, cualidades que no aprecia en nuestra Ley fundamental de 1978⁴⁶. Por tanto, con adjetivos ya célebres acuñados por Pastor Ridruejo, el análisis del Derecho internacional como fenómeno jurídico debe asumir que este orden adquiere gradualmente rasgos humanistas, sociales, institucionales y democráticos, sin abandonar del todo su condición liberal, descentralizada y oligocrática, dominante en el derecho internacional clásico⁴⁷. Su propósito no es ya sólo disciplinar la coexistencia o la yuxtaposición entre los Estados, sino también, cada vez más, potenciar la cooperación entre los mismos y la reglamentación de intereses generales en ámbitos espaciales y materiales insospechados antaño. Sobre el Derecho internacional público recaen trascendentales responsabilidades, todas ellas de alguna forma concatenadas, que no deben ser desconocidas ni subestimadas, pues de ellas depende, sencillamente, la propia supervivencia de la humanidad: el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, el desarrollo económico y social de los pueblos, la reafirmación de la dignidad humana, la preservación del medio natural. La evolución científica y técnica mediatiza este proceso de inflación jurídica y de asunción de nuevas funciones⁴⁸, proceso que, como intentaré explicar, no se desenvuelve, sin embargo, libre de zonas grises (u oscuras) en los planos formal y axiológico, pese a percibirse una evolución favorable de la técnica jurídica empleada en algunas manifestaciones recientes. Por eso, el jurista debe aguzar el tacto y su espíritu crítico y de ninguna manera desembocar en un positivismo rutinario. Pero, como Celestino del Arenal recomienda para el estudio de las relaciones internacionales, hay que adicionar al análisis conceptual y metodológico de la materia el conocimiento de su objeto material⁴⁹, y no confinarse en la indagación permanente de la juridicidad del Derecho internacional, postura más propia de otros tiempos en que escaseaban las normas y en que la doctrina cumplía una función más especulativa y precursora.

II. LA INVESTIGACIÓN

1. Función cognoscitiva

A la luz de las consideraciones hasta aquí expuestas sobre la estructura del orden internacional, el jurista debe apartar de sí en su análisis pautas dogmáticas. El derecho

⁴⁶ A. REMIRO BROTONS: *La acción exterior del Estado*. Madrid, 1984., especialmente, págs. 19-24. Naturalmente, en la diplomacia española no han faltado, en cambio, proclamaciones de estas características. Así, el Rey, en un discurso pronunciado en 1994, se expresó en estos términos: "En nuestra sociedad interdependiente, el imperio de la ley, la paz, el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como el desarrollo armónico son patrimonio de todos y es responsabilidad de todos hacerlo realidad. España asume de forma cada vez más activa compromisos internacionales al servicio de estos valores". Texto en *Revista Española de Derecho Internacional*. 1994. pág. 137.

⁴⁷ J.A. PASTOR RIDRUEJO: "Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales", op. cit., págs. 82-85.

⁴⁸ Conviene puntualizar que el ensanchamiento del Derecho internacional no sólo responde a la cobertura de nuevos campos (como el medio ambiente en términos globales), sino también a la renovación de instituciones ancestrales, como sucede con las funciones diplomáticas o también, muy visiblemente, con las telecomunicaciones.

⁴⁹ C. DEL ARENAL MOYÚA: "Problemas y perspectivas de las relaciones internacionales como teoría y como ciencia". *Pensamiento jurídico y Sociedad internacional*. Estudios en honor del prof. Truyol y Serra. Vol. I. Madrid, 1986. págs. 123-146.

no es matemático ni rectilíneo. El normativismo parece, en cualquier caso, más apropiado para ramas del derecho interno mejor estructuradas que el Derecho internacional, si bien la fundamentación logicista aplicada a las relaciones sociales es, por antonomasia, falaz. El certificado de defunción extendido a la teoría pura del derecho no debe, empero, conducir a renegar por completo del fértil pensamiento kelseniano. En cierto sentido, como escribió Legaz Lacambra, "la filosofía del derecho tiene que ser, en una de sus dimensiones esenciales, un permanente diálogo con Kelsen"⁵⁰.

Sí me parece irrefutable que el cientificismo positivista, preñado de optimismo, guiado por pretensiones objetivistas, está superado como método de análisis en las ciencias sociales. El gran historiador Ferdinand Braudel ha descrito con estos términos inmejorables el desengaño sobrevenido por el desvanecimiento de la óptica ilusoria científicista: "Todos los conceptos intelectuales se han encorvado o roto. La ciencia sobre la que, nosotros, profanos, nos apoyábamos, incluso sin ser conscientes de ello, la ciencia, refugio y nueva razón de vivir del siglo XIX, se ha transformado de un día para otro, brutalmente, para renacer en una vida diferente, prestigiosa pero inestable, siempre en movimiento pero inaccesible; y sin duda nunca más tendremos ya ni tiempo ni posibilidad de restablecer con ella un diálogo conveniente"⁵¹. Y, más adelante, añade: "Nada más tentador pero más radicalmente imposible que la ilusión de reducir lo social, tan complejo y desconcertante, a una única línea de explicación'. Es notorio que el ordenamiento internacional participa de este fenómeno de relativización inherente a los estudios sociales. De ahí el desatino de las corrientes metodológicas que han aspirado a ajustar las relaciones internacionales a parámetros propios de las ciencias físico-naturales.

Sin embargo, desarticulados los presupuestos decimonónicos, no debemos desembocar en un nihilismo cognoscitivo, en una arbitrariedad valorativa que, irónicamente, Galbraith sugiere para los estudios económicos y sociales: "Debido a que los fenómenos económicos y sociales son tan arcanos o al menos así lo parecen —escribió en "La sociedad opulenta"—, y debido a que son susceptibles de escasas verificaciones convincentes, el individuo puede permitirse un lujo que no encuentra en los fenómenos físicos. Le es dado creer lo que quiera dentro de amplios límites y sostener sobre este mundo el punto de vista que más agradable le resulte o más de acuerdo esté con su propio gusto"⁵².

El paradigma científico debe ser invocado y perseguido por el jurista, en su función cognoscitiva del derecho, desde otro punto de vista, manejando un razonamiento riguroso, reflexivo, lógico, sistemático, contrario a metafísico, confuso, emocional o radicalmente agnóstico.

Ehrlich lo señaló en su Curso de La Haya de 1962 a propósito de nuestra disciplina: en torno al Derecho internacional está construida una ciencia positiva, en el sentido de que trata de hechos y no de deducciones extraídas de principios abstractos aceptados a

⁵⁰ J5' L. LEGAZ LACAMBRA: "La influencia de Kelsen sobre el pensamiento jurídico español". Essays in honor of Hans Kelsen. Knoxville, 1964. pág. 173.

⁵¹ F. BRAUDEL: La historia y las ciencias sociales. Madrid, 1979. Traducción de J. Gómez Mendoza. pág. 22

⁵² " J.K. GALBRAITH: La sociedad opulenta. Barcelona, 1992. Traducción de C. Grau Petit. pág. 32

priori⁵³. Ciertamente, las deficiencias que encierra el Derecho internacional pueden amparar planteamientos acomodaticios, vaporosos, sectarios. En cuestiones internacionales existe, hasta cierto punto, un campo abonado para la conjetura, para los planteamientos abstractos. Pero, insisto, la escasez de presupuestos dogmáticos, de verdades taxativas, de axiomas irrefutables no debe entrañar confusión en las ideas ni laxitud en la investigación; antes al contrario, la maleabilidad de las normas y la dispersión de las fuentes de conocimiento exigen redoblar el esfuerzo para penetrar y aprehender la naturaleza auténtica del Derecho internacional. Piénsese, pongamos por caso, en las dificultades que comporta el estudio minucioso y pormenorizado del régimen jurídico de las contramedidas o de otras ramas, como el derecho fluvial, que se desenvuelven en el particularismo y el relativismo. El enfoque analítico es indispensable para el entendimiento, sistematización y apreciación del Derecho internacional. Con razón, Charles de Visscher escribió que el conocimiento preciso de la materia precede a toda construcción lógica⁵⁴.

El análisis jurídico debe sumar a la exposición de los logros y progresos de la disciplina el reconocimiento de sus imperfecciones e incertidumbres. No se falsea ni se desarticula el Derecho internacional, sino que se lo conoce, en mi opinión, si se ponen de manifiesto las debilidades que reprimen sus medios jurisdiccionales de arreglo de controversias. En el ejemplo anterior de las contramedidas, las conclusiones probablemente no serán categóricas, pero serán honestas y rigurosas si van precedidas de un estudio en profundidad de las numerosas vertientes de la materia⁵⁵. Muchas veces, es verdad, el internacionalista debe preferir el planteamiento de problemas al enunciado de soluciones incontrovertidas. No puede encubrir una realidad polimorfa bajo la cobertura de una fórmula rígida y lineal. "Un buen resultado dialéctico —observó Hernández Gil— no es siempre un buen resultado jurídico"⁵⁶. En última instancia, luego de un análisis exhaustivo, no debe desdeñarse la advertencia de Bertrand Russell: "El escepticismo puede ser doloroso y puede ser estéril, pero es, por lo menos, honrado y lo engendra la búsqueda de la verdad. Quizá sea una fase transitoria; pero no es posible, realmente, escapar, a ella retornando a las descartadas creencias de una edad más estúpida"⁵⁷.

Para el descubrimiento de esa "verdad", tantas veces lábil en Derecho internacional, el jurista debe desconfiar de métodos fijos, puros, lineales, los cuales corresponden a una visión ingenua y apócrifa de la realidad, como explicó Feyerabend en su polémica obra "Contra el método"⁵⁸. No se puede, ciertamente,

⁵³ L. EHRLICH: "The Development of International Law as a Science", loc. cit., pág. 177. También una rama del saber proverbialmente teórica como la filosofía ha debido amoldarse a los cánones científicos para justificarse y revalorizarse. A.J. AYER lo expresó así: "Es, desde luego, equívoco trazar una distinción terminante, como hemos venido haciendo, entre filosofía y ciencia (...). Lo que debemos reconocer es que un filósofo necesita convertirse en un científico si quiere hacer alguna sustancial contribución al desarrollo del conocimiento humano". Traducción de M. Suárez. Barcelona, 1994. pág. 180.

⁵⁴ "Méthode et système en droit international". Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. 1973-I. pág. 75.

⁵⁵ Conviene recordar en este momento que la CDI se encuentra debatiendo, a propósito de la responsabilidad internacional, el régimen jurídico de las contramedidas, pero cabe fundamentadamente dudar que de sus trabajos resulten normas jurídicas generales de contenido.

⁵⁶ A. HERNÁNDEZ GIL: Metodología del Derecho. Madrid, 1945. pág. 170.

⁵⁷ B. RUSSELL: La perspectiva científica. Traducción de G. Sans Huelin. Barcelona, 1986. pág. 83.

⁵⁸ P.K. FEYERABEND: Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento.

profesar un método científico con la devoción y ausencia de espíritu crítico del militante de una secta. El carácter proteico del derecho justifica aproximaciones epistemológicas distintas, ninguna exclusivista, todas complementarias. El riesgo de este eclecticismo metodológico, que debe ser sorteado, consiste en incurrir en un inextricable sincretismo de escuelas que provoque el desorden expositivo, el "pensamiento borroso", según la expresión popularizada en nuestros días por Bart Bosko. "Nada puede ser tan dogmático —ha escrito Jiménez Piernas— como la creencia de que no es necesario elegir, ya que no resulta sensato suponer que todos los modelos comparten idénticas dosis de aciertos y desatinos por el mero hecho de que ninguno posea el monopolio de la verdad"⁵⁹. Pero como este mismo autor defiende, las aportaciones al estudio del Derecho internacional pueden provenir, de forma selectiva, coordinada y jerarquizada, de diversas perspectivas y disciplinas. Por ejemplo, aunque manifiestamente insuficiente, me parece un enfoque útil la óptica socio-psicológica de las relaciones internacionales tomada por cierta doctrina norteamericana para el conocimiento de la opinión pública y de los decision-makers. El Estado, como persona moral, necesita de una "encarnación" para la "gestación y transmisión de su consentimiento". Esta perspectiva puede revelar algunos datos sobre el acercamiento de la antigua Unión Soviética a los postulados del Derecho internacional y sobre la actual política exterior de la Federación Rusa⁶⁰.

Naturalmente, y sin perjuicio de este género de complementos que arrojan luz sobre el carácter multidimensional del ordenamiento internacional, el análisis jurídico, en su faceta cognoscitiva, debe enraizarse y estructurarse en el sistema normativo en vigor. Los valores ínsitos en el sistema podrán inferirse, por vía inductiva, del conocimiento, desprovisto de apriorismos, de la normativa vigente. Desde luego, dada la flexibilidad de los procedimientos de nomogénesis y la versatilidad jurídica, la orientación positivista (en la acepción de *ius positum*) debe desterrar todo esquema simplista. Debe, por el contrario, escrutar todos los pliegues de la regla de derecho. El iusinternacionalista no se debe sentir confortado por la friabilidad que revisten numerosas normas del ordenamiento internacional. También el estudioso de este orden jurídico se congratula por la cristalización de normas claras, precisas, con un ámbito espacial bien delimitado, dotadas, si es posible, de mecanismos de control. Así, puede explicar complacido, por ejemplo, el Convenio europeo de derechos humanos³⁶⁸. Pero

Traducción de F. Hernán. Barcelona, 1993. En una monografía consagrada al concepto y desarrollo de la ciencia (*Qu'est-ce que la science*, Paris, 1987), A.F. CHALMERS sostiene, igualmente, la tesis central de que no existe una concepción eterna o universal de la ciencia o del método científico.

⁵⁹ C. JIMÉNEZ PIERNAS: "Reflexiones sobre el método del Derecho internacional público". Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco. Madrid, 1993. pág. 379.

⁶⁰ Una exposición sumaria del fervor sobrevenido al final de los ochenta por el Derecho internacional en la extinta Unión Soviética en V.N. KOUDRIATSEV: "Droit international et problèmes globaux de l'époque actuelle". *Revue Belge de Droit International*. 1988. págs. 417-428; igualmente, E. MCWHINNEY: "The "New Thinking" in Soviet International Law: Soviet Doctrines and Practice in the Post-Tunkin Era". *Canadian Yearbook of International Law*. 1990. págs. 309-337. Sobre la prosecución en la nueva Federación rusa de la receptividad teórica ante el Derecho internacional, cfr. A. KOLODKIN: "Russia and International Law: New Approaches". *Revue Belge de Droit International*. 1993. págs. 552-557; igualmente G.M DANILENKO: "The New Russia Constitution and International Law". *American Journal of International Law*. 1994. págs. 451-470. En general, en el antiguo bloque socialista se experimenta una reviviscencia formal del Derecho internacional. Puede verse sobre este último aspecto E. STEIN: "International Law in Internal Law: Toward Internationalization of Central-Eastern European Constitutions?". *American Journal of International Law*. 1994. págs. 427-450.

la óptica formalista para el estudio de cualquier regla de derecho es siempre un espejismo y, por tanto, constituye un prisma equivocado. Por lo demás, como sabemos, normas de las características del Convenio de Roma de 1950 no abundan en el Derecho de Gentes, aunque en ocasiones llegan a suscribirse en un papel.

En la indagación de los atributos de la norma, de su fuerza obligatoria, es esclarecedora la distinción propuesta por Alain Pellet, y por otros, entre derecho "formellement mou" (ambigüedad sobre la forma normativa) y "matériellement mou"). La dicotomía, empero, no es tajante: en ambos casos se trata de dilucidar los grados de intensidad jurídica de las reglas. Además, se debe prestar atención especial al aletargamiento o revitalización que experimentan ciertas normas y que hacen decaer o avivar, respectivamente, su eficacia. Parece, por ejemplo, que las históricas resoluciones 242 y 338 del Consejo de Seguridad referentes al conflicto árabe-israelí han conocido tras la "Guerra del Golfo" un impulso en la voluntad de su aplicación⁶¹. No se puede subestimar tampoco el interés particular de la comunidad internacional, liderada por un directorio de potencias, en ciertas normas como las que pretenden disciplinar el armamento, la seguridad y el contrabando nucleares (aunque los ensayos atómicos franceses en el Pacífico ponen al descubierto las incongruencias en este propósito).

Debemos huir, estimo, de una cierta seducción por el texto escrito. La tentación perfectista nos domina y, a veces, citamos con apariencia de derecho positivo, por igual una Resolución del Instituto de Derecho Internacional, una recomendación de la Asamblea General de Naciones Unidas, un proyecto de artículos de la CDI o un convenio codificador con contadas ratificaciones. (En cualquier caso, como sostenía Savigny, la codificación no siempre encarna la verdadera esencia del derecho). Pero sería asimismo inexacto excluir del análisis jurídico todas estas fuentes. Estos textos se inspiran, aunque con grados bien distintos, en un sentimiento jurídico, inefable a menudo, que contribuyen a orientar y a consolidar. En unos casos, manifiestan un consenso ya reinante; en otros, reflejan un derecho en formación, o bien las aspiraciones jurídicas de un sector de la comunidad internacional, o una autorizada constatación doctrinal. Esa zona gris normativa, conocida por "soft law", tenemos que admitir que cumple, en ocasiones, funciones prácticas idénticas a las del derecho positivo. Por ejemplo, creo que sería simplificador sentar que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 está desprovista de efectos jurídicos o de relevancia para el derecho, sin constituir, en sí misma y por sí sola, desde luego, una norma obligatoria: su reconocimiento constitucional, su inspiración y reproducción en tratados, su participación en el proceso consuetudinario, son factores que el jurista no debe subestimar. Tampoco magnificar ni dogmatizar; más bien, sopesar, a fin de profundizar sin axiomas en el entramado jurídico.

También, aunque desconcierte esquemas jurídicos tradicionales, el jurista no debe, para aprehender el Derecho internacional en su verdadera magnitud, marginar de su reflexión acuerdos internacionales nominalmente políticos. ¿Se puede entender la evolución del Derecho comunitario europeo sin el "compromiso de Luxemburgo" de 1966 o sin el "compromiso de Ioannina" de 1994? ¿Se pueden explicar los principios de la

⁶¹ A. PELLET: Programa de la asignatura "Le cadre juridique de la vie internationale", impartida en la Facultad de Ciencias Políticas de París. Esta distinción ha sido argumentada, por ejemplo, en su artículo "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making". The Australia Yearbook of International Law. 1992. pág. 27.

coexistencia pacífica sin la lectura reposada del Acta de Helsinki de 1975? Como se ha indicado, ante los actos concertados no convencionales "l'interprète doit faire preuve d'esprit de finesse plus que d'esprit de géométrie"⁶².

Si debemos extremar el rigor y la ponderación en el análisis de este derecho "formalmente blando", de estos estadios teóricamente prenormativos, carentes por sí mismos de la fuerza del derecho, pero partícipes del proceso jurídico, no debemos abandonarnos en comodidades formalistas al atravesar el umbral de la normatividad. También entre las reglas incrustadas en fuentes de formación de normas jurídicas existe un derecho débil y, en todo caso, un derecho versátil, proteico.

El razonamiento jurídico, en efecto, debe deslindar, primeramente, normas permisivas, incitativas, programáticas. Entre las normas propiamente compulsivas no tienen el mismo régimen jurídico las obligaciones de comportamiento y las de resultado, diferenciación que puede apreciarse, por ejemplo, en el binomio derechos humanos civiles y políticos/derechos humanos económicos, sociales y culturales. Algunos de los derechos de la "tercera generación", como el proclamado "derecho al desarrollo", si no se precisan, apenas si revisten un contenido específico, distinguiéndose difícilmente de un argumento político. En otra perspectiva, el jurista debe preocuparse por el doble plano normativo e institucional tan significativo en Derecho de Gentes: "L'ordre normatif ne se dissoud-il pas dans le désordre structurel?", se pregunta con razón R.-J. Dupuy⁶³. Como puso de manifiesto Guy de Lacharrière, un derecho más eficaz precisa que la regla de sustancia esté acompañada de un mecanismo de control⁶⁴, técnica aún poco desarrollada en Derecho internacional, y de la que depende, en buena parte, su apreciación pública⁶⁵.

El análisis normativo se hace más complicado —pero más interesante y completo— si el jurista indaga en lo que Ortiz-Arce llamó "la dosis de comunicabilidad de las voluntades estatales" que encierra un acuerdo internacional⁶⁶. La penetración en este trasfondo normativo nos lleva a comprender, como advirtió Lacharrière, que no siempre los Estados partes en un tratado se proponen desde un principio su cumplimiento estricto, no siempre la literalidad de la norma traduce la voluntad concertada real de las partes⁶⁷. No hemos de sorprendernos por esta pauta internacional: tampoco el legislador

⁶² N. QUOC DINH, P. DAILLIER, A. PELLET: "Droit international public", op. cit., pág. 381.

⁶³ "La codification du Droit international a-t-elle encore un intérêt á l'aube du troisième millénaire?". Le droit international á l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de R. Ago. Vol. I. Milano, 1987. pág. 268

⁶⁴ "Suggestions pour négocier mieux un droit international plus efficace". Essays in International Law in Honour of Judge M. Lachs. The Hague, 1984. pág. 160, en particular.

⁶⁵ En materia de control, la fase preventiva gana crédito no sólo para el mantenimiento de la paz, sino también en otros terrenos, como ilustra el convenio europeo para la prevención de la tortura y tratos inhumanos y degradantes de 1987.

⁶⁶ A. ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE: "Consideraciones metodológicas en Derecho internacional público (II)". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 1981. pág. 84.

⁶⁷ G.L. DE LACHARRIERE: "La politique juridique...", op. cit., págs. 172 y 202. A. MANGAS MARTÍN refiere un caso de admisión formal de esta tendencia normalmente larvada: Esta dos Unidos y la Unión Soviética convinieron, a propósito del Tratado sobre limitación de los ensayos subterráneos con armas nucleares de 3 de julio de 1974, que una o dos infracciones leves y no intencionadas por año del tratado no entrañarían transgresión del mismo. En la obra de M. Díez de Velasco: "Instituciones de Derecho...", op. cit., pág. 880.

interno persigue siempre la observancia escrupulosa de la ley. Por otra parte, es notorio que los Estados rehúyen frecuentemente una solución estrictamente jurídica para dirimir sus controversias. En este sentido, suelen preferir, como se dice, "un mal arreglo a un buen pleito". Lo cierto es que el propio R.Y. Jennings, ex-juez del Tribunal Internacional de Justicia, ha admitido que el recurso a esta Corte es altamente conveniente para cierta clase de controversias, aunque no para todas ellas⁶⁸ (observación que hace recordar el actual debate interno en España sobre la "judicialización" de la vida política).

Profundizando algo más en este género de ideas, muchos instrumentos jurídicos encierran ambigüedades deliberadamente buscadas, al no poder concertar políticas claras. Otras instituciones se desenvuelven entre reglas laxas, flexibles y pragmáticas, eludiendo, de esta suerte, todo encorsetamiento jurídico. Precisamente, esta versatilidad, al tiempo que revela carencias y contradicciones, puede justificar ciertos logros de dichas instituciones como Liñán Noguerras ha admitido en relación a la diplomacia concertada por los Estados miembros de las Comunidades Europeas⁶⁹.

Unas palabras finales sobre el análisis puramente normativo, cuyo carácter multiforme ha sido aquí muy sucintamente expuesto: el jurista no sólo debe hurgar en la validez de la norma u obligación internacional, en su intensidad coercitiva o en su particular naturaleza. Debe, por lo pronto, inquirir en las consecuencias que dimanen de la regla jurídica y que infunden a ésta su completo significado. Más en general, debe asimismo adentrarse en otro componente indispensable de la juridicidad: la eficacia del derecho. Es un combate librado y ganado que un ordenamiento jurídico no es un conjunto de reglas abstractas, una operación deductiva y lógica de conceptos. Un ordenamiento jurídico se conceptúa y se mide en su confrontación con la realidad, con la que confraterniza o se enfrenta. Es decir, debe adoptarse un enfoque "existencialista" del derecho en orden a determinar su esencia. En Derecho internacional este cruce de factores encierra rasgos propios, dada la renovación consensuada y flexible de las normas, y en razón del peso específico del principio de efectividad y de la autointerpretación y autoaplicación de las obligaciones internacionales. La ciencia jurídica, en particular la internacional, no debe cesar de apoyarse en un análisis de la

⁶⁸ R. Y. JENNINGS: "The International Court of Justice After Fifty Years". American Journal of International Law. 1995. pág. 505

⁶⁹ D.J. LIÑÁN NOGUERAS: "La cooperación política europea: evolución y perspectivas". Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz. 1988. págs. 439-488. Algo parecido vengo a concluir en mi artículo sobre la cooperación al desarrollo en el Tratado de la Unión Europea (Gaceta Jurídica de la C.E.. D-18. 1992. págs. 131-171) al valorar "la funcionalidad y flexibilidad del nuevo título frente a una opción más reglamentista que habría encorsetado jurídicamente una materia modulada por factores contingentes heterogéneos y que debe acomodarse a la responsabilidad primordial que el propio país beneficiario conserva sobre su modelo de desarrollo". pág. 169. También en el marco del GATT ha sido proverbial su flexibilidad, circunstancia que ha propiciado sus debilidades, pero también su adaptación a los tiempos. Véase el debate entre "legalistas" y "pragmáticos", con una cierta comprensión hacia estos últimos, en A.M. ÁVILA, J.A. CASTILLO URRUTIA, M.A. DÍAZ MIER: Regulación del comercio internacional tras la Ronda Uruguay. Madrid, 1994. págs. 78-80. Según se apuntó ya, el acta final de la Ronda Uruguay marca un progreso de la previsibilidad jurídica de las relaciones comerciales, previsibilidad que, no obstante, habrá que contrastar con los datos de la práctica (de hecho, alguna diferencia comercial reciente se ha encauzado fuera de su marco institucional). También es interesante en el proceso de construcción europea el debate sobre la rigidez o la laxitud que debe presidir la consecución de la tercera y última fase de la Unión Económica y Monetaria.

realidad, a fin de facilitar la adaptación perpetua y necesaria del derecho a los hechos, según la conclusión principal de una célebre monografía sobre el tema publicada en 1964⁷⁰. Esta nueva vertiente del orden internacional conduce a la "necesidad de estudiar las soluciones del ordenamiento internacional a la luz del comportamiento y de la práctica de los Estados", como ha preconizado un sector de la doctrina española⁷¹. Por otro lado, esta perspectiva aconseja, como método de investigación, indagar en la faceta práctica y efectiva de las normas internacionales, para lo que debe mantenerse, si resulta posible, una comunicación con los agentes políticos o socioeconómicos que dan vida a la regla de derecho. De esta suerte, se evita tener una idea puramente academicista de la materia.

La identificación del derecho como producto y como actor social nos conduce a abordar otra vertiente inexcusable de la gnoseología del Derecho internacional: la dimensión socioeconómica y la estructura de poder que asientan, acompañan y mediatizan el proceso jurídico en todas sus fases, a la vez que son condicionadas por éste en un fenómeno de ósmosis. También la abstracción del medio en que opera el derecho —la estructura de las relaciones internacionales— es un desperfecto de los planteamientos formalistas que han tenido quizá en Charles Chaumont uno de sus más acerbos y cualificados censores⁷². El propio Kelsen reconoció que "en ningún otro campo como en el derecho internacional, la descripción científico-objetiva del derecho positivo está más seriamente comprometida por consideraciones políticas".

En realidad, la toma en consideración de la infraestructura que fundamenta al derecho para el correcto entendimiento de éste es hoy ampliamente reconocida. Así, en 1956, durante un Coloquio celebrado sobre la enseñanza del Derecho internacional, bajo la presidencia de Charles de Visscher, se invitó a no desvirtuar la idiosincrasia propia del razonamiento jurídico, pero, al mismo tiempo, a dejar un lugar adecuado a la exposición

⁷⁰ J. TOUSCOZ: *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*. Paris, 1964. Especialmente, pág. 258. De todas maneras, llevaba razón A. MIAJA DE LA MUELA cuando en 1958 situaba a la efectividad como criterio indispensable para fijar la juridicidad, pero no como criterio único, pues, de otra forma, decía, se podría reducir al Derecho internacional a una simple constelación de fuerzas que opera en la vida internacional. *El principio de efectividad en Derecho internacional*. Valladolid, 1958. Precisamente, el valor del principio del *uti possidetis iuris*, realzado en la sentencia Burkina Faso contra Malí de 22 de diciembre de 1986, supone un correctivo importante al criterio de la efectividad. Importa destacar, empero, que la sentencia sobre la diferencia terrestre, insular y marítima de 11 de septiembre de 1992 ha combinado el valor de seguridad jurídica ínsito en el principio del *uti possidetis* justamente con cánones de efectividad. La sentencia Libia/Chad de 3.2.94, por su parte, si bien se fundamenta en un tratado de 1955 para la delimitación territorial, encarece el principio de la estabilidad de las fronteras aun en el caso de que el tratado fronterizo no se encuentre ya en vigor.

⁷¹ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: *Materiales de prácticas de Derecho internacional público*. Palabras del prólogo. Oviedo, 1984. Esta idea queda reafirmada en la nueva edición de esta obra (Madrid, 1992).

⁷² Su concepción global del Derecho internacional fue expuesta en su Curso de la Academia de La Haya de 1970 (Volumen 1970-I, págs. 335-526). Véanse especialmente sus críticas al formalismo ("mezcla de cinismo y de ilusionismo", le llama) en págs. 344-345. Otro punto de vista clásico del antiformalismo es el de Charles de Visscher en *Théories et réalités en Droit international public*. Paris, 1970. págs. 164-170. En realidad, los reproches que ha merecido la concepción formalista del derecho han procedido de distintas fuentes y perspectivas. Así, en 1961, F. GONZÁLEZ VICÉN pudo escribir que "La superación del formalismo es hoy, sin duda, uno de los temas centrales, si no el tema central, del pensamiento jurídico". "Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo". *Anuario de Filosofía del Derecho*. 1961. pág. 73.

de las realidades sociales subyacentes a las normas de derecho positivo⁷³. A menudo, no obstante, la interdisciplinariedad que debe acompañar el análisis jurídico es más proclamada que asumida y practicada. Por ejemplo, la doctrina marxista soviética sustentó tradicionalmente postulados voluntaristas acérrimos distantes de las realidades sociales.

A mi parecer, la combinación de métodos propiamente jurídicos con elementos de otras ciencias sociales —y también de la naturaleza— debe conducir la apropiada intelección del Derecho internacional en todos sus estadios, como ya se ha apuntado anteriormente, desechando, por principio, un planteamiento monocausal del fenómeno jurídico. En primer lugar, es en la estructura de poder (ámbito formalmente extrajurídico) donde pueden operarse las transformaciones que luego incidan en la configuración del derecho. En el proceso de elaboración de las normas jurídico-internacionales no pueden localizarse problemas legales en estado puro y hermético. "Rien n'est plus loin des faits -escribió André Gros- qu'imaginer une séparation des domaines de négociation en politique, économique, social, technique ou juridique"⁷⁴.

En el plano de la aplicación del derecho, es el medio socioeconómico el que determina una bifurcación entre dos instrumentos de naturaleza similar como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio Europeo firmado en Roma. Finalmente, si estudiamos los mecanismos sancionadores, no podremos con pautas estrictamente jurídicas explicar de forma apodíctica reacciones internacionales disímiles ante la perpetración de crímenes internacionales de características parecidas: la invasión iraquí de Kuwait y la ocupación israelí de territorios árabes (por no hablar de la guerra en la antigua Yugoslavia...)⁷⁵.

Hemos de preguntarnos, sin embargo, hasta dónde debe llegar esta erudición histórica, económica, ecológica, política, hasta militar, del iusinternacionalista. Como ha señalado Sahovic, el jurista encuentra dificultades en tratar cuestiones cuyas respuestas no dependen exclusivamente del análisis de sus aspectos jurídicos⁷⁶. Giraud denunció este afán "panjuridicista" de invadir disciplinas vecinas y abrazar a todas bajo la esfera del derecho. "Un juriste —aseveró— ne doit pas, lorsqu'il fait du droit, sortir de son domaine propre, sous peine de faire mal son métier"⁷⁷. Yo no comparto esta tesis porque entiendo que el jurista desempeñaría peor su oficio si prescinde en su análisis de factores socioeconómicos estrechamente ligados a la misma esencia del derecho. Sin

⁷³ Un informe de PAUL DE VISSCHER sobre este Congreso se encuentra en la *Revue Générale de Droit International Public*. 1956. págs. 569-583, en particular págs. 572-573. Los testimonios doctrinales en favor de la pluridisciplinariedad en el análisis del ordenamiento jurídico-internacional son muy abundantes. Puede verse, por ejemplo, J.LI. PINOL i RULL: "La categorización de la ciencia del derecho como conocimiento preteórico: consecuencias para el profesor de derecho internacional público". Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco. Madrid, 1993. págs. 587-603.

⁷⁴ A. GROS: "Quelques remarques sur la pratique du droit international". *Mélanges offerts à Charles Rousseau*. Paris, 1974. pág. 114.

⁷⁵ Para situar en sus justos límites el presunto derecho a la intervención con fines democratizadores o pacificadores es, desde luego, oportuno saber que Haití cuenta con un ejército de sólo 7.000 soldados, y que Corea del Norte dispone de unas fuerzas armadas con más de un millón de efectivos.

⁷⁶ M. SAHOVIC: "A l'aube d'une éventuelle nouvelle étape du développement de l'O.N.U.". *Mélanges M. Virally*. Paris, 1991. págs. 406.

⁷⁷ E. GIRAUD: "Le droit positif. Ses rapports avec la philosophie et la politique". *Hommage à Basdevant*. Paris, 1960. pág. 213.

embargo, las palabras de Giraud deben advertir sobre la formación y la vocación preferentemente normativas que ha de acompañar al jurista, de forma que tiene que vertebrar su razonamiento en torno a la regla de derecho. Alain Pellet salva el escollo que comentamos recomendando al jurista polarizar su reflexión en las contradicciones internas al derecho, pues las externas, si bien no le son ajenas, no constituyen su especialidad. Insisto, por mi parte, en la ponderación de las contradicciones externas en la investigación jurídica, pero lleva mucha razón Pellet cuando recuerda que el derecho, en sí mismo considerado, es una privilegiada atalaya del entramado socioeconómico en que despliega sus efectos: "le droit —ha señalado— est non seulement un formidable instrument de gestion d'une société, le droit en tant que fait social, mais encore que c'est un extraordinaire observatoire, un irremplacable instrument de mesure de l'équilibre de forces en présence"⁷⁸.

Ciertamente, si leemos, por ejemplo, el dictamen emitido por el Tribunal Internacional de Justicia en relación a la oficina de la OLP ante la ONU, ¿no percibimos algunos hilos de la política internacional de aquel tiempo?⁷⁹ O, por poner otro caso relativo a una ciencia del espíritu, ¿el seguimiento jurídico del conflicto en Bosnia no arroja luz sobre la psicología humana al adentramos en las profundidades insondables de su perversidad?⁸⁰

Naturalmente, la primera y principal consecuencia de estas ideas debe ser defender fervientemente el entendimiento, la complementariedad y la cooperación con los estudios procedentes de las relaciones internacionales y con sus especialistas.

2. Función valorativa

Junto a la función cognoscitiva y expositiva del derecho, que ha de examinar el fenómeno jurídico en todas sus dimensiones, la investigación jurídica debe comprender una faceta enjuiciadora. "La ciencia jurídica -ha aclarado Hernández Gil- no es

⁷⁸ "Discours et réalité du droit international. Reims: apport et limite d'une méthode". VIIIème rencontre de Reims. Mayo.89. Ponencia mecanografiada amablemente facilitada por su autor. De todas formas, el propio A. PELLET ha precisado que el análisis de los factores que están en la raíz de la formación de las normas jurídicas no se impone sólo para comprender el derecho y la sociedad en la que las mismas se integra —lo que no debe subestimarse—, sino que dicho análisis es igualmente indispensable para comprender el valor propiamente jurídico de la norma en sí misma considerada. Véase su trabajo "Contre la tyrannie de la ligne droite. Aspects de la formation des normes en droit international de l'économie et du développement". Thesaurus.. Thessaloniki, 1992. pág. 307. En otro lugar, A. PELLET ha afirmado que, al igual que sucede en la elaboración del derecho interno, el proceso de gestación del Derecho internacional no es enemigo de la política, sino que es, en amplia medida, si no exclusivamente, político. "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making". The Australian Yearbook of International Law. 1992. pág. 40.

⁷⁹ "Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies". Recueil CIJ. 1988. pág. 12. Es un lugar común decir, en términos generales, que toda diferencia internacional encierra, a la vez, un componente político y otro jurídico (si bien, naturalmente, hay controversias más proclives a ser dirimidas con arreglo a derecho que otras). Este estado de cosas explica, verbigracia, la difícil delimitación del ámbito de los "tratados de carácter político", de acuerdo con el artículo 94, 1, a) de la Constitución española.

⁸⁰ Con razón, B.F. SKINNER se quejó de que en un Congreso Internacional sobre la Paz no figurara como participante ningún conductista. Sobre el conductismo. Trad. de F. Barrera. Barcelona, 1994. pág. 224.

meramente descriptiva, sino también explicativa y valorativa"⁸¹. Esta vertiente axiológica debe estar estrechamente unida a la gnoseología normativa, pero a la vez correctamente delimitada.

La imbricación dimana de que el estudio minucioso del derecho es la premisa que legitima y acota la apreciación personal. Sólo siendo primeramente un técnico se puede fundadamente formular teorías y abrazar ideologías. Marcel Merle ha ironizado sobre la actitud de muchos marxistas, pero creo que el aserto es extensible a otros teóricos, de querer transformar el mundo sin tener previamente que explicarlo⁸².

En cambio, el apropiado deslinde de ambos campos es un imperativo categórico para que la doctrina no emborrone más el conocimiento del derecho positivo, la tenue línea divisoria de la normatividad en Derecho internacional, exponiendo como efectivas normas deseadas. Leben ha escrito atinadamente que la única manera de participar en el esfuerzo de progreso del Derecho internacional es, ante todo y sobre todo, describiéndolo tal como es y no tal como debería ser. La toma de conciencia de las realidades -prosigue este autor- es la única manera para el internacionalista de evitar las trampas mortales de la ilusión idealista y de la retórica política"⁸³. El falseamiento del orden jurídico-internacional sólo conduce al descrédito de esta disciplina a los ojos de otros especialistas y de la opinión pública⁸⁴. La diáfana separación de los planos valorativo y explicativo es, pues, una tarea prioritaria del análisis jurídico⁸⁵. Nada puede autorizar a erigir deseos en normas jurídicas, observa con razón Manin⁸⁶. Tampoco los Estados pueden convertir siempre sus intenciones en reglas de derecho, como sabemos. En consecuencia, entiendo que el jurista desvirtúa su cometido cuando intercala en la exposición del derecho positivo consideraciones de militancia política o sentimientos patrióticos, es decir, cuando se pronuncia sobre la norma jurídica desde apriorismos ideológicos o emocionales; así, cuando escribe: "hasta la Revolución de Octubre, el

⁸¹ A. HERNÁNDEZ GIL: "Metodología del Derecho", *op. cit.*, pág. 383.

⁸² M. MERLE: *Sociología de las relaciones internacionales*. Versión española de R. Mesa. Madrid, 1991. pág. 38

⁸³ Ch. LEBEN: "Les contremesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale". *Annuaire Français de Droit International*. 1982. págs. 76-77. H. LAUTERPACHT formuló este propósito de delimitación de las funciones cognoscitiva y valorativa de los iusinternacionalistas en estos términos: "En exposant le droit existant, ils ne doivent pas être influencés par ce que le droit devrait être; à l'opposé, en exposant la *lex ferenda* ils ne doivent pas attacher trop d'importance à la *lex lata* imparfaite". "Regles generales du droit de la paix". *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*. 1937-IV. pág. 181. Como luego precisaré, creo que las propuestas de reforma normativa deben combinar sabiamente el idealismo con el realismo que imponen hechos insoslayables.

⁸⁴ La insistencia en planteamientos ficticios con apariencia de realidad ha perjudicado, por ejemplo, la reputación del iusinternacionalista en el campo de las relaciones internacionales. Vid. en este sentido I. DETTER DE LUPIS: "The Relationship between International Relations and International Law". En H.C. Dyer, L. Mangasarian (ed.): *The Study of International Relations. The State of the Art*. London, 1989. págs. 384-385.

⁸⁵ Merecen reproducirse y meditarse estas palabras de A. ROSS: "De que un punto de vista sea un punto de vista y no una verdad científica no se sigue que uno no pueda tener un punto de vista. Yo sé muy bien lo que estoy dispuesto a defender y por lo que estoy dispuesto a luchar. Pero no me creo, ni intento que los demás crean, que puede probarse científicamente que mi punto de vista es el correcto". Citado en J.M. RODRÍGUEZ PANIAGUA: *Historia del pensamiento jurídico*. Vol. II. Madrid, 1988. pág. 590.

⁸⁶ Ph. MANIN: *Droit international public*. Paris. 1979. pág. 57

Derecho internacional fue el derecho del más fuerte"⁸⁷. Algo más diremos sobre esta cuestión en el próximo apartado.

Ahora bien, aun cuando el jurista deba investigar objetivamente el derecho en vigor, es inevitable que se provoque una cierta superposición de los planos cognoscitivo y axiológico del examen jurídico, sobre todo en razón de las conjeturas que deja abiertas el ordenamiento internacional. La labor gnoseológica implica ya además, indefectiblemente, una cierta interpretación personal. Es evidente que la subjetividad del estudioso, que insisto debe ser disciplinada, puede ser hasta determinante en el enfoque de temas como la capacidad de obrar de los movimientos de liberación o de la Santa Sede (o la Ciudad del Vaticano). El pensamiento y los orígenes culturales de dos internacionalistas insignes, como Bedjaoui y Schwebel —presidente y vicepresidente, respectivamente, del Tribunal Internacional de Justicia—, son tan dispares que podríamos asegurar que su teoría personal sobre las relaciones internacionales condiciona su percepción de la normativa vigente en Derecho internacional⁸⁸.

De todas formas, insisto en que es exclusivamente en la función valorativa del análisis jurídico donde debe deliberadamente introducirse el componente ético personal, el criterio subjetivo⁸⁹. Soslayamos el tema enjundioso, muy debatido en la teoría del Derecho (Kelsen, Rawls, Dworkin), de si la justicia es susceptible de una aproximación racional, o si, como propugna el relativismo axiológico, los valores son elegidos por la voluntad del hombre, o descubiertos por la fe o la intuición, pero no pueden ser probados por la ciencia.

En cualquier caso, el jurista no puede ser tachado de "insolidario" o de "desaprensivo" si expone las dudas que se ciernen sobre el *ius cogens* en Derecho internacional o sobre la noción "patrimonio común de la humanidad". Pero, ciertamente, la objetividad científica que debe presidir el entendimiento y descripción del derecho en vigor (no el "suprapositivo" o "suprahistórico"), no debe implicar neutralidad ideológica. Las buenas intenciones no deben llevar a "positivizar" íntegramente el proyecto de constitución de un "nuevo orden económico internacional", aunque sí se puede difundir y encarecer sus valores como vectores de un derecho más equitativo. En esta función axiológica no se debe defender el derecho por el derecho en una actitud conservadora, si bien el progreso general del Derecho de Gentes se concibe, en términos generales, como un bien. Se debe hacer hincapié, como dice Pastor Ridruejo, en la "función indeclinable del jurista, que es la de presentar puntos de vista sobre la justicia"⁹⁰. La justicia es, nada menos, "la felicidad social, garantizada por un orden social"⁹¹. Un fin que en el orden internacional

⁸⁷ G. TUNKIN y otros: *Curso de Derecho internacional*. Libro 1. Traducción de F. Pita. Moscú, 1979. pág. 63.

⁸⁸ O. SCHACHTER tiene, en efecto, parte de razón —pero no toda la razón— cuando escribe "relatively few juristic studies, no matter how positivist in theory, fail to betray their national or ideological origins and indeed that more than a few clearly support partisan positions (...). It is in keeping this assumption that the Statute of the ICJ requires the "main forms of civilization" and the "principal legal systems of the world". "International Law in Theory and Practice", *op. cit.*, págs. 38-39.

⁸⁹ Lleva razón J. PUEYO LOSA cuando denuncia que "muchas veces los autores al postular la existencia de un "nuevo orden" en ruptura con el tradicional describen, sin duda, más sus aspiraciones que la realidad". "Represalias, uso de la fuerza y crímenes internacionales en el actual orden jurídico internacional". *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*. 1988. pág. 52.

⁹⁰ J. A. PASTOR RIDRUEJO: "Curso...", *op. cit.*, pág. 18.

⁹¹ H. KELSEN: *¿Qué es justicia?* Traducción de A. Calsamiglia. Barcelona, 1993. pág. 36.

atañe a la pobreza, a la degradación del medio ambiente o a la violación de derechos humanos, exige una actitud de militancia y activismo jurídicos⁹². Incluso ese compromiso, con los fundamentos adquiridos en la disciplina, puede trasladarse, con cierto conocimiento de causa, desde el terreno exclusivamente doctrinal al campo práctico. Claro que no en todos los países se goza de la libertad de expresión y de asociación. Por otra parte, hay que admitir que es difícil tomar partido ante algunos hechos internacionales que sumen a la opinión pública y al estudioso en la perplejidad y en el marasmo⁹³.

En Derecho internacional, precisamente, el "derecho ideal" ha tenido un significado muy particular como orden manifiestamente mejorable en relación con el derecho positivo. Las divergencias doctrinales se estrechan cuando se trata de postular reformas sobre el derecho humanitario, el derecho del desarrollo o la preservación del ecosistema. Las utopías, algunas hechas realidad años y hasta siglos más tarde, han cumplido un papel predominante en el pensamiento jurídico-internacional desde sus inicios. El inopinado colapso de la Unión Soviética y del bloque socialista pone de relieve, empero, las dificultades del ejercicio de la futurología en el campo internacional. "Le temps n'est pas celui des prophètes", ha afirmado Serge Sur⁹⁴. Es verdad que lo internacional, lo europeo, lo universal, son marcos apropiados para la acuñación de grandes palabras y sentimientos. Es llamativo el mayor progresismo esgrimido por algunos autores en cuestiones internacionales que en asuntos internos; quizás porque los temas exteriores se vislumbran más distantes y menos factibles. Ese idealismo optimista que ha dominado a la doctrina tradicionalmente ha obedecido, además, como indicó Virally, al propósito del estudioso de conjurar las dudas que la observación de una vida internacional más próxima a la anarquía que al reino del derecho podía generar en su espíritu⁹⁵.

Es irrefutable que el estado del mundo es absolutamente insatisfactorio, y que el realismo es compatible con el utopismo en su sentido más digno, como ha opinado Roberto Mesa⁹⁶. Por mi parte, creo que las propuestas de lege ferenda deben dotarse de ambición, ser emitidas con independencia, pero, al mismo tiempo, ha de infundirse precisión, relativa viabilidad y coherencia a las exhortaciones en favor de un mundo más justo y más humanitario. En otros términos, ha de huirse de la demagogia,

⁹² Blandir la ética es, en consecuencia, combatir la indiferencia, como ha señalado con precisión Fernando SAVATER: "Llamo *ética* a la convicción revolucionaria y a la vez tradicionalmente humana de que no todo vale por igual, de que hay razones para preferir un tipo de actuación a otros, de que esas razones surgen precisamente de un núcleo no trascendente, sino inmanente al hombre y situado más allá del ámbito que la pura razón cubre". *Invitación a la ética*. Barcelona, 1994. pág. 10.

⁹³ Es difícil, pues, en ocasiones, trasladar a la política internacional las categorías tradicionales de derechas e "izquierdas", "conservadurismo" y "progresismo".

⁹⁴ "Sur quelques tribulations...", *loc. cit.*, pág. 882.

⁹⁵ M. VIRALLY: "Réflexions sur la politique juridique des Etats". *G.L. de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*. París, 1989. pág. 395.

⁹⁶ "Teoría y práctica de las relaciones internacionales", *op. cit.*, pág. 272. Naturalmente, según ha señalado R.-J. DUPUY, la utopía desequilibra al jurista que prefiere instalarse en la seguridad sin replantear los esquemas dados, pero recalco que no se puede respaldar cualquier reglamentación jurídica, y que debe someterse a disección y contestación la regla de derecho. Vid. "Droit, révolution, utopie". *Révolution et droit international*. Colloque de Dijon. Paris, 1990. pág. 435.

precisamente, como apuntaba antes, para no dañar la credibilidad del Derecho internacional⁹⁷. Ahora bien, tomando otro punto de vista, no comparto tampoco una propensión sistemática, bastante generalizada, al derrotismo que niega todo progreso y toda esperanza al campo de las relaciones internacionales sin formular soluciones alternativas, en la convicción de que el pesimismo resulta más sesudo mientras que el optimismo aparece como una postura cándida. Es, sin duda, más fácil demoler que construir, pero esto último debe ser ensayado por el jurista. Ahora bien, para esta labor constructiva ha de valerse con frecuencia, como sabemos, de parámetros ajenos a la técnica jurídica difíciles de aprehender. De este modo, para pronunciarse sobre la pertinencia de una acción armada internacional de envergadura en Bosnia-Herzegovina había que calibrar si dicha operación resultaba viable o aconsejable a la luz de criterios estratégicos y económicos. Lo cierto es que la experiencia avala que los bombardeos selectivos efectuados por la OTAN contra posiciones serbias parecen haber surtido un efecto favorable para la pacificación de la zona, dando la razón, de este modo, a los que propugnaban desde mucho tiempo atrás el empleo de la fuerza armada.

Hubert Thierry ha llegado a establecer una clasificación de los especialistas en el Derecho de Gentes entre "internacionalistas" (orientados por un derecho de finalidad conducido por valores idealistas) y "normativistas" (atentos primordialmente a los derechos y obligaciones dimanantes de la regla de derecho)⁹⁸. Según he comentado ya, estimo que los dos planos, deslindados con la mayor precisión posible, deben acompañar de forma combinada el razonamiento jurídico: en primer lugar, el conocimiento pormenorizado y documentado del derecho positivo al margen de planteamientos formalistas y, complementariamente, la formulación de propuestas de lege ferenda⁹⁹.

Este último plano del análisis jurídico debe ser ensalzado. La doctrina científica, rigurosamente instruida, debe promover la reglamentación jurídica en la materia. La desregulación o la regulación defectuosa son perjudiciales, normalmente. De esta manera, la doctrina no es sólo un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho —en los términos del artículo 38 del Estatuto del TIJ—, sino que ha de fomentar e iluminar también la creación normativa en Derecho internacional público. Se trata, pues, de preconizar que la doctrina iusinternacionalista, como sucedió sobre todo antaño, no sea, tomando palabras de Rodríguez Iglesias, únicamente un factor de "revelación" del Derecho internacional, sino asimismo una clave de "anticipación" del proceso jurídico¹⁰⁰. Para ejercer esta tarea precursora del derecho, la doctrina depende,

⁹⁷ En este sentido, llevaba razón Ch. de VISSCHER cuando fustigaba la tendencia tan expandida a la utopía, la cual se afirma con particular energía en tiempo de crisis. "Cours général de principes de droit international public", *loc. cit.*, pág. 450.

⁹⁸ "Internationalisme et normativisme en droit international". *G.L. de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*. Paris, 1989. pág. 370. En una línea similar, aunque advirtiendo una cierta exageración en el binomio, O. SCHACHTER ha distinguido entre instrumentalistas y positivistas. Los primeros, pertenecientes al *policy-oriented*; los segundos, afectos al *rule-oriented*. "International Law in Theory and in Practice", *op. cit.*, pág. 18.

⁹⁹ Naturalmente, del escrutinio de las normas internacionales pueden extraerse, por vía inductiva, valores generales aparejados al ordenamiento jurídico internacional. Por tanto, para entresacar esos valores debe emplearse un método experimental, no intuitivo ni sesgado.

¹⁰⁰ G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: "Funciones de la doctrina en Derecho internacional". *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor D. Antonio Truyol y Serra*. Vol. II. Madrid, 1986. pág. 107.

en muchas ocasiones, de información procedente de otras áreas de conocimiento, información que no siempre es categórica, como sucede con predicciones y principios económicos o con los datos atinentes a la degradación de nuestro medio natural. Es indispensable, en consecuencia, que a la labor de desarrollar y perfeccionar el Derecho internacional se asocien expertos procedentes de una multiplicidad de especialidades, en sintonía con el carácter pluridisciplinar argüido en páginas anteriores¹⁰¹.

Otras veces, en fin, el iusinternacionalista trasciende las funciones de revelación y anticipación del Derecho internacional para involucrarse directamente en el proceso de elaboración y aplicación institucional del mismo.

¹⁰¹ Conviene agregar que justamente la revalorización y afianzamiento del Derecho internacional relega a la doctrina a un papel más secundario que el que, desproporcionadamente, desempeñó en otros tiempos. El recordado M. VIRALLY ha descrito este fenómeno con estas palabras: "Pour une multitude de raisons, le rôle de la doctrine a considerablement déchu depuis le début du siècle (et surtout depuis trente ans). On assiste à une prise de conscience de plus en plus claire de l'importance politique du droit international, devenu pour les gouvernements une chose trop importante pour être laissé aux juristes, et surtout aux professeurs". "À propos de la lex ferenda". *Mélanges offerts à Paul Reuter*. Paris, 1981. pág. 520.