



LA VISIÓN DE LAS CULTURAS NO OCCIDENTALES SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO*

Mohammed BEDJAOUI

OBSERVACIONES GENERALES

Cada vez que una gran crisis política sacude al mundo, la opinión pública internacional hace un descubrimiento y una profesión de fe. En primer lugar un descubrimiento: el de la existencia del derecho internacional. Seguidamente una profesión de fe: la de creer que ese derecho internacional es la expresión pura de la justicia y de la paz, de la libertad y de la igualdad. Para todos los pueblos y para todos los hombres. Esta opinión pública alimenta la convicción, difusa pero bien arraigada, de que el derecho internacional no puede ser más que el refugio de valores seguros y universales en los cuales todo ser humano, cualquiera que sea su cultura, debe sentirse reflejado a menos que sea un bárbaro.

A decir verdad, en estos casos la opinión internacional no hace más que redescubrir de manera episódica lo que pierde de vista. Podríamos decir que cíclicamente, cuando hay que manejar una crisis mundial, la opinión internacional, en busca de certidumbres, se reinventa su credo de un derecho internacional-refugio, superior e inviolable en todos los sentidos. Poco preocupada por lo general por el "doble-standard", borra voluntariamente de su horizonte la presencia de las numerosas afrentas que ese derecho internacional puede sufrir en otro contexto. Por lo demás, haría mal en no creer en este derecho que ha logrado algunas brillantes conquistas, a lo largo de decenas de combates, para proteger, mediante normas imperativas e intransgredibles en todo momento, los valores humanos más compartidos por todas las civilizaciones y todas las culturas.

* Traducido por Laura San Martín Sánchez de Muniáin.



Pero siempre cuesta hacer admitir a la opinión pública internacional que el derecho internacional no es únicamente ese receptáculo de valores inmutables, sino simplemente la expresión de un “momento” de la historia de la humanidad, marcado más por la aportación normativa de los Estados poderosos que por la de los Estados que lo son menos. Sin embargo es evidente que el vigor de la política de las grandes potencias influye siempre en gran medida en las construcciones del derecho internacional, a través de sus comportamientos externos, la densidad de sus relaciones internacionales, los tratados de paz, las grandes convenciones multilaterales, los pactos regionales, los tratados de alianza, los grandes acuerdos de intercambios comerciales y, en general, todos los instrumentos diplomáticos en cuya confección han tomado una parte privilegiada. No obstante, es obvio que los Estados que han invertido mucho en estas construcciones, en gran medida también han invertido sus intereses en ellas.

El contenido del derecho internacional cambia cuando el poder cambia. No es una constante de la sociedad internacional. El derecho internacional no es como la geografía o la historia. Es una variable que evoluciona en función de la política, de la economía, de la cultura y de la tecnología. Ningún conjunto jurídico reviste un carácter de eternidad que le proteja contra los cambios del medio y la erosión del tiempo. Si el derecho internacional es sacralizado y recibido por la opinión como un producto perfecto en el que se unen justicia, equidad, moral y valores universales intangibles, es porque se trata ante todo de un acto del espíritu, luego un “construido”, con lo que ello comporta de abstracción, de autonomía y de desapego de la realidad.

Desde esta perspectiva, una creencia difusa hace del derecho internacional a la vez la expresión de la voluntad general y del interés general de la humanidad y no primordialmente el producto o la suma de las ventajas de diversos grupos de Estados. El mismo postulado lo hallamos en derecho interno, donde grandes esfuerzos de abstracción y de artificio hacen también de la ley la expresión de la voluntad general y del interés general de la nación.

Y sin embargo voluntad general e interés general se resisten a una demostración racional, incluso en derecho interno. En las diferentes legislaciones nacionales se supone que la ley expresa la voluntad general de un pueblo; sin embargo es la resultante de vectores diversos y complejos y de un conjunto de fuerzas antagonistas presentes. La ley adoptada expresa un “momento” de



equilibrio entre esas fuerzas cuyos intereses son y permanecen divergentes. Ese “momento” en la evolución de los hechos sociales es pues captado y expresado en la norma jurídica. Ésta estabiliza así, de modo más o menos duradero, el equilibrio al que han llegado esos hechos. En otros términos, la regla jurídica traduce provisionalmente la conciliación de intereses contradictorios.

Si la voluntad general sólo aparece en derecho interno mediante un alto grado de abstracción y de artificio, esto ocurre aún en mayor medida en derecho internacional, el cual, además, no es obra de un legislador internacional que no existe. Los actores internacionales quizás incluso difieren más entre sí que los actores de la escena nacional. Los Estados son desiguales en poder, en eficacia y en influencia sobre la formación de la norma jurídica internacional.

En cuanto al interés general, su carácter indeterminado lo hace incomprensible. Léon DUGUIT construyó todo el derecho público francés alrededor de esta noción según la cual el Estado está investido de cierto número de tareas de interés general. El Estado se invierte al mismo tiempo de un poder de fuerza pública para el cumplimiento de esas tareas. El interés general sería el resultado de la convergencia de los intereses privados de los ciudadanos. Pero esto implica una sociedad homogénea inspirada en fundamentos morales colectivos claros.

En derecho internacional, es todavía más aventurado buscar el interés general a través de las políticas contrastadas y los intereses divergentes de los Estados que además temen por su soberanía. No es fácil encontrar un denominador común a las disposiciones de una norma internacional que, a través de sus Estados respectivos, pusiera sobre el mismo plano al campesino necesitado de Java que al rico negociante de Chicago, al intelectual refinado de París y al mendigo leproso de Calcuta, al mujik poco ilustrado de Ucrania y al ganadero voluntarioso de Australia, al hechicero polígamo de Mopti y al caballero de industria nipón, a la estudiante de *tchador* de Ispahan y al testigo de Jehová de Nebraska, o, si nos referimos a los Estados, al Estado liberal y burgués y al Estado comunista, al Estado confesional y al Estado laico, al Estado industrializado y al Estado subdesarrollado, considerados además todos ellos soberanos en la misma medida.

El concepto de interés general ha servido no obstante para la elaboración de un derecho internacional de los espacios nuevos, derecho del mar y derecho del espacio extra-atmosférico, donde se



han aclimatado los conceptos de patrimonio común de la humanidad y de interés de la humanidad y el principio de finalidad humana general. Según los diversos tratados multilaterales que rigen el Espacio, las actividades espaciales de los Estados deben desarrollarse respetando el principio de afectación al interés general, teniendo debidamente en cuenta, por una parte, los intereses de todos los Estados y por otra parte, los intereses tanto de la generación actual como de las generaciones futuras.

Volviendo al derecho internacional "terrestre", recordaremos que es una "regla de juego" entre Estados, es decir un conjunto de normas que fijan el comportamiento esperado por parte de cada Estado, en cada circunstancia, en cada hipótesis. Es un instrumento técnico apropiado para resolver los conflictos de interés entre Estados y para regular así la vida internacional animada por soberanías estatales en principio iguales. En esta misión de preservación del orden y de la paz, el derecho internacional aparece, como todo derecho, como conservador por naturaleza y por función. En efecto, si nos preguntamos en qué sentido, o en favor de quién debe resolver la regla jurídica una tensión social, atravesamos un conjunto de referencias. Detrás de la regla de derecho, hacia arriba, existen situaciones a proteger y posiciones a defender. La regla ha sido elaborada para preservar una situación, conservar una experiencia. Es un factor de seguridad y de estabilización. No puede ser, por tanto, neutra o inocente. La palabra clave del derecho es en efecto la garantía de la seguridad. El derecho procura en primer lugar la seguridad de la situación antes de dispensar la justicia y la equidad, cuando esto es posible.

El derecho internacional es pues un "construido" destinado a proteger un equilibrio de intereses (que puede ser justo o injusto) en un determinado momento de la historia. Este "construido" es naturalmente obra de los Estados más importantes y más destacados. Por ejemplo, el llamado derecho internacional clásico, que rigió las relaciones internacionales hasta la víspera de la segunda guerra mundial, nació del juego de las leyes de la economía capitalista y del sistema político liberal. Tomó de este doble origen los elementos de una indudable coherencia que se expresaba en su construcción teórica y en el enunciado de sus reglas positivas.

En correspondencia con el orden económico circundante, ese derecho se presentaba como (a) un derecho oligárquico llamado a regir las relaciones entre Estados civilizados miembros de un club cerrado; b) un derecho plutocrático que autorizaba a esos Estados



a colonizar y a explotar los recursos de otros pueblos; (c) un derecho no intervencionista al máximo, y por tanto lo bastante elaborado para permitir, por una parte, un amplio *laissez-faire et laissez aller* a los Estados del club, y, por otra parte, una conciliación de esa libertad de acción reconocida normalmente a todos estos Estados.

Hasta los años 30, las obras científicas subrayaban la inspiración europea del derecho internacional clásico al servicio de los intereses de esta región del mundo. Elaborado progresivamente durante cuatro siglos por y para Europa, el derecho internacional era más bien un derecho de la familia europea, inspirado por una civilización y por valores europeos, expresión de una época, de una hegemonía y de un complejo de intereses económicos y de otro tipo. E incluso más tarde, en los años 60, el profesor holandés VERZIIL podía escribir, todavía no sin algo de razón: “No podemos negar, ni siquiera dudar que el derecho internacional actual es un producto del espíritu europeo, y que debe su origen a una fuente común de creencias europeas, y, en estos dos aspectos, sigue siendo principalmente de origen europeo.”

Hoy en día la situación ha cambiado. Aunque, a decir verdad, no mucho, con la salvedad de que ahora hay que hablar de inspiración no sólo europea sino, más ampliamente, occidental, debido al aumento del poder de los Estados Unidos desde el segundo conflicto mundial.

Aquí la cuestión reside en saber si el derecho internacional contemporáneo deja lugar a la expresión de las civilizaciones, culturas y sensibilidades no occidentales. Para ello, convendría responder más completamente a estas dos preguntas: ¿quién elabora la regla del derecho? y ¿cómo se aplica ésta? Advertiremos entonces que nada, o casi nada, ha cambiado fundamentalmente y que si bien todos los Estados son iguales, los hay que son “más iguales” que otros hasta tal punto que influyen de modo decisivo en los procesos de creación y de aplicación del derecho internacional.



I. LOS PAPELES RESPECTIVOS DE LOS "IGUALES" Y DE LOS "MÁS-IGUALES" EN LA CREACIÓN DE LA REGLA DE DERECHO INTERNACIONAL

1. *La acción preponderante de los Estados poderosos en la creación de la costumbre*

A. *Costumbre y cultura: el abono cultural de la costumbre*

La costumbre se forma a partir de una repetición de comportamientos por parte de los Estados (una *repetitio facti* o una uniformidad de conducta), que es a la vez causa y consecuencia de una convicción de que se trata de una obligación (*opinio juris*) a la cual hay que conformarse como modelo de conducta para el futuro.

Esos dos elementos, *repetitio facti* y *opinio juris*, de los que tradicionalmente se dice que son constitutivos de la costumbre, muestran que la creación de una norma consuetudinaria en las relaciones entre Estados está condicionada por una especie de consenso, o por una conciencia social ampliamente extendida de la necesidad de respetar ciertas reglas de conducta. Esto significa claramente que el terreno elegido para producir una norma consuetudinaria debe ser un medio de una cierta homogeneidad en el grado de desarrollo, el comportamiento, los valores y la cultura.

No sorprende pues que el medio occidental o europeo, que cumple esta condición en mayor grado que otros, haya sido el más activo aguijón y continúe siendo el actor más fecundo, en la producción de normas consuetudinarias. De ahí que tampoco nos sorprenderá observar que las normas consuetudinarias así creadas protejan sus intereses y reflejen por fuerza la visión de las relaciones internacionales de los Estados occidentales.

B. *Costumbre y repetitio facti: el criterio de la densidad de las relaciones*

Al ser la formación de la costumbre tributaria de un comportamiento uniforme y repetido, está claro que los Estados más "presentes" en la escena internacional y cuyas actividades de cualquier naturaleza son las más densas en esa escena, son los que contribuyen más poderosamente a la creación de la costumbre



internacional. La masa considerable de hechos repetitivos que con el tiempo constituirá la costumbre muestra pues que su contenido se “alimenta” más de los hechos repetitivos de los Estados desarrollados que de los hechos de los Estados en desarrollo: apenas será necesario decir que la masa en cuestión se compondrá en mucha mayor medida de la práctica diplomático-política internacional de los Estados Unidos o de Alemania que de la de Guinea-Bissau o de Malawi. Es pues natural, y sin duda inevitable, que el derecho consuetudinario fundado en esa práctica repetida refleje fatalmente ante todo los intereses densos y multiformes de los Estados más poderosos en las relaciones internacionales.

C. *Costumbre y opinio juris: el criterio de la cultura jurídica*

La misma *opinio juris*, esa convicción que tenemos de actuar conforme a lo que debe ser, es a la vez la causa y la consecuencia del hecho repetitivo. De ahí que la *opinio juris* esté más desarrollada en los países más determinantes en la escena internacional.

La densidad de las relaciones que mantiene un Estado poderoso acaba por hacer de su *opinio juris* un reflejo habitual. La *opinio juris* se revela fácilmente en él por su comportamiento, sus iniciativas y sus declaraciones. En los países menos presentes en la escena internacional la *opinio juris* no es tan fácil de identificar; será todo lo contrario de un reflejo habitual muy aparente. Por tanto es la *opinio juris* de los Estados occidentales la que más cuenta en la formación de la costumbre.

D. *Costumbre internacional y simple proyección de normas nacionales en el medio internacional*

La energía creadora de los Estados poderosos en el ámbito de la formación de la costumbre es tal que proyectan o transponen sus propias normas internas sobre la escena internacional. Este movimiento de proyección, que es revelador de la importante participación de los Estados occidentales, opera en dos direcciones principales.

Por una parte, en sus relaciones *inter se*, los Estados occidentales se fijaron unas reglas de juego, es decir, normas consuetudinarias que expresan su cultura y su grado de desarrollo,



ya se trate de las reglas del derecho de la paz o de la guerra, de las relaciones diplomáticas, comerciales, de su concepción de su soberanía, de sus exigencias en cuanto a los derechos del hombre, etc... Estas reglas reflejaban el grado de homogeneidad de la sociedad occidental. Es este núcleo duro europeo el que, por proyección, ha constituido el derecho internacional con vocación universal.

Respecto del resto del mundo, no cristiano y no europeo, Europa ha observado una doble actitud: o bien ha excluido durante mucho tiempo a los otros países del beneficio de su “derecho internacional de Europa”, llamado derecho “de las naciones civilizadas”, o bien ha terminado por proyectar ese derecho europeo sobre el resto del mundo, considerándolo como el derecho universal e imponiéndolo como tal. Según las épocas, los países no occidentales estaban bien excluidos de ese derecho con lo cual se encontraban en una condición inferior, bien forzados, al independizarse, a aplicar ese derecho occidental, consagrado como expresión de valores universales incontestables.

El derecho internacional actual a menudo se ha formado a partir de normas nacionales o de comportamientos unilaterales que se han impuesto al resto del mundo. Por ejemplo, hasta finales del siglo XVII, Inglaterra adoptó la doctrina de los mares cerrados, a causa de su debilidad marítima frente a su principal rival, Holanda. Después cambió totalmente de rumbo y sostuvo el principio de la libertad de los mares en cuanto alcanzó la supremacía marítima. Ese principio de derecho internacional es ahora antiguo y venerable, pero un autor, al igual que muchos otros, se pregunta “a quién beneficia la libertad de los mares si no es a aquéllos que cuentan con los medios indispensables para utilizarlo y explotarlo, es decir, los poderosos...”¹.

Hasta el nacimiento de la SDN, ese derecho llamado “internacional” o “universal”, no era de hecho más que un derecho europeo, nacido de la unión de un hecho regional y de un poder material, transpuesto como derecho dominante sobre el conjunto de las relaciones internacionales. Los Estados europeos proyectaban así sobre el plano mundial su poder y su derecho. Nos referimos ahora a la verdadera naturaleza del derecho llamado “internacional”, su sustancia e incluso la realidad de su existencia.

1. SALMON, Jean, “Le procédé de la fiction en droit international”, *Revue belge de droit international*, 1974, tomo 1, p. 35.



Al haberse formado históricamente a partir de “hechos de poder regionales”, no podía ser un derecho de “participación”, sino solamente un derecho internacional otorgado al planeta entero por uno o dos grupos dominantes. Es de este modo como ha podido servir de soporte jurídico a las diferentes facetas políticas y económicas de la dominación.

Este derecho internacional clásico aparecía entonces como un cuerpo de normas con un contenido geográfico preciso (era un derecho europeo), una inspiración ético-religiosa (era un derecho cristiano), una motivación económica (era un derecho mercantilista) y con objetivos políticos (era un derecho imperialista).

Hasta la víspera de las descolonizaciones en cadena de los años 50, este derecho no había evolucionado sensiblemente como soporte de la expansión de los Imperios; la emergencia de los dos super-grandes eclipsó la influencia de Europa y provocó una nueva repartición importante de las zonas de influencia en el mundo.

E. *Costumbre internacional y la “suavización” de las contestaciones eventuales de los países nuevos*

La preponderancia de los Estados poderosos en la creación de normas consuetudinarias se mide también por el hecho de que las contestaciones nacidas en un momento u otro de la historia del derecho internacional por parte de ciertos grupos han fracasado. Las etapas de esas contestaciones fueron tres. La primera fue la de América, tanto del Norte con la doctrina Monroë, como del Sur con la elaboración de un derecho latinoamericano; fue la acusación “geográfica” de un derecho “europeo”. La segunda fue la de la Revolución bolchevique de octubre de 1917, que marcó al mundo durante 74 años; fue la denuncia “ideológica” de un derecho “burgués”. La tercera fue la de los países descolonizados en las décadas 50-70 y de manera más general del Tercer-mundo; fue la contestación “económica” de un derecho de los “ricos”.

a) *La acusación “geográfica” de un derecho “europeo”*

Una doble contestación surgió del Norte y posteriormente del Sur del Nuevo Mundo al final del siglo XVIII y principio del XIX.



La independencia de Estados Unidos en 1776, las protestas americanas contra el bloqueo de sus costas por Inglaterra marcaron el comienzo de una nueva era. Los representantes de la joven República americana, Quincy ADAMS en sus instrucciones al embajador americano en Rusia en 1820, y después JEFFERSON en su famosa carta del 24 de octubre de 1823, esbozaron ya los grandes rasgos de una política internacional americana fundada en una separación completa del sistema americano de los cánones europeos. Uno y otro insisten en el carácter extra-europeo de este sistema así como en la necesidad de no asimilarlo, "en interés de la paz del mundo", al sistema europeo.

Eran los síntomas anunciadores de una doctrina célebre, la de Monroe.

El movimiento prosiguió con la liberación de las colonias portuguesas y españolas de América del Sur. Pero la contestación era más geográfica que doctrinal. Procedía de una población de origen esencialmente europeo. Se trataba de un continente y de un derecho que pretendían separarse más para afirmarse que para aislarse aún más. Sin duda, la aportación del derecho latinoamericano al derecho clásico europeo era considerable: prohibición de la guerra, condena de la conquista, obligatoriedad del arbitraje... Pero la profundidad de la contestación de la herencia europea fue, a fin de cuentas, bastante relativa.

Otra acusación iba a suponer un ataque más severo al derecho internacional clásico.

b) *La denuncia "ideológica" de un derecho "burgués"*

El aliento de la Revolución bolchevique de octubre de 1917 ocasionó la aparición de un problema doble: por una parte el de la nueva función del derecho en una comunidad internacional que comprende dos regímenes sociales radicalmente diferentes a la vez en su inspiración y en sus aspiraciones, y por otra parte el de la adaptación del derecho internacional a la división del mundo en dos bloques, el del Este y el del Oeste.

La URSS negó la existencia de reglas clásicas en materia de sucesión de Estados, repudiando las deudas y los tratados de la Rusia zarista. Esa fue al menos la posición de principio al comienzo, posición que, en ocasiones, al menos en lo que concierne a las deudas públicas del antiguo régimen zarista, ha podido



debilitarse por las necesidades de las negociaciones ulteriores, a base de concesiones recíprocas.

Esta actitud de rechazo a suceder en las obligaciones se explica por parte de la URSS por su afán de no sentirse ligada por una conducta en el plano internacional sin su previo consentimiento expreso. Fue el comienzo de la época que vivimos, la de la elaboración progresiva de un derecho internacional voluntario, y no de un sistema jurídico impuesto o sufrido. Todo el esfuerzo ha consistido en conferir los más bellos títulos al acuerdo, al asentimiento. La vía regia de este derecho voluntario es evidentemente la vía convencional; pero incluso la costumbre participa de algún modo de lo convencional. En efecto, toda regla consuetudinaria debe ser demostrada por la práctica histórica de los Estados, y ser efectivamente aceptada por ellos. Así, el asentimiento de los Estados se convirtió en el proceso privilegiado de elaboración de las reglas de derecho internacional².

Después de la Revolución de octubre, es el fenómeno de la descolonización el que ha tratado de aportar, a su vez, datos nuevos a la evolución del derecho internacional. Se trata ahora de una contestación "económica" de un derecho de las "potencias ricas".

c) *La contestación "económica" de un derecho de las "potencias ricas"*

La contestación económica de un derecho de los países industrializados se ha realizado progresivamente gracias a la descolonización.

2. Grigory TUNKIN, *Droit international public*, prólogo de Michel VIRALLY, Paris, CNRS, 1965; "Le droit international de la coexistence pacifique", *Mélanges Henri Rolin*, 1964; "Remarks on the juridical nature of customary norms of international Law", *California Law Review*, 1961, p. 419 y 428-429.

Sobre la formación de la costumbre sobre la base del asentimiento de los Estados, ver también la opinión del juez Manfred LACHS en el caso de la *Barcelona Traction*, en CIJ, *Recueil 1970*. Sobre el papel del acuerdo en la elaboración y la aplicación del derecho internacional, ver el curso general del profesor Charles CHAUMONT en el *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1970, vol. I, tomo 130.



El profesor Louis HENKIN³ ha resumido así la posición de los Estados nuevos: “El derecho internacional, escribe, no puede sobrevivir a la decadencia de la dominación europea y no puede gobernar una comunidad de naciones donde la mayoría de los miembros no son europeos, no son imperialistas, no son capitalistas, no participan en el desarrollo del derecho y cuyos intereses son diferentes de los de las otras naciones”.

Es esta nueva “comunidad de los pobres” la que trató de atacar el derecho internacional establecido. La descolonización necesariamente debía acarrear una interpelación del mundo rico con vistas a la instauración de un nuevo orden económico internacional, del mismo modo que debía procurar obtener la expresión jurídica de este último en un nuevo derecho internacional. Así, la descolonización aparecía de entrada como un dato relevante para la transformación del orden económico y jurídico internacional.

Pero un análisis espectral de la descolonización ha podido revelar sus matices; descubrimos entonces puntos débiles capaces de marginarla en cualquier momento en la elaboración del nuevo discurso jurídico y económico internacional. Y es que, en efecto, el dato de la descolonización se enfrenta a otro elemento aún más poderoso que es la persistencia de hechos de dominación, que perpetúan el orden económico actual y esterilizan los esfuerzos de elaboración de un nuevo derecho internacional. Convendría por tanto evaluar los efectos respectivos de estas “invariantes”, descolonización y dominación, en favor de la transformación o de la consolidación del orden internacional actual. Aunque éste mismo no se halla desprovisto de una acción de regreso sobre esas invariantes.

Pero si en los años 60 y 70 especialmente, la nueva energía de los países descolonizados hizo que se esperara por parte de éstos una dinámica capacidad de cambio en el orden internacional, la última década ha revelado claramente la debilidad de esta herramienta de cambio.

Los países nuevos han terminado por mostrar que no poseen en sí mismos la capacidad de renovación del derecho internacional. Intervienen en efecto fenómenos diversos debidos a la complejidad de las situaciones, a la pesadez de las estructuras, a la

3. Louis HENKIN, *How nations behave. Law and foreign policy*, Nueva York, Washington, Londres, 1968, (324 p.), p. 117



imitación del modelo del socio dominante, a la tiranía del factor tiempo, a las servidumbres impuestas por la debilidad de los dirigentes, a las llamadas políticas de cooperación con el concepto ambiguo de ayuda, etc... Las componentes del nuevo complejo relacional establecido entre ex-metrópolis y antiguas colonias son de hecho variables; está constituido por una dosis cambiante en el tiempo, variable según el país, entre la tendencia a mantener los antiguos lazos y la voluntad de distenderlos o de eliminarlos.

Si únicamente ha podido alcanzar una independencia ficticia, el país en desarrollo se ve obligado no sólo a asegurar una cuasi-continuidad jurídica en el orden interno antiguo, que garantiza así las posiciones privilegiadas del Estado dominador, sino incluso a "importar" instituciones jurídico-políticas que transmiten esos factores de dominación.

La calcomanía de instituciones jurídicas a la que proceden los países nuevos, la prótesis jurídica que opera al incorporar técnicas, procedimientos y soluciones jurídicas extranjeras a su derecho nacional, les incitan a comportarse del mismo modo en el plano de las relaciones internacionales y del derecho internacional; las soberanías fantasma, la independencia política ficticia y la subordinación económica efectiva constituyen los rasgos distintivos con los que se presenta el Estado nuevo sobre la escena internacional, dispuesto así a tener en cuenta el derecho internacional de "papá", o en todo caso demasiado debilitado y demasiado frágil para impugnar con fuerza y de manera duradera el ordenamiento general.

d) *El retorno del balancín del péndulo o el triunfo del orden consuetudinario establecido*

Los riesgos de fragmentación del derecho internacional consuetudinario en ningún momento se han realizado, a pesar de la creación de normas regionales propias de cada uno de los conjuntos contestatarios. El derecho latinoamericano, el derecho africano, el derecho de los países de la Europa comunista, de ningún modo han mermado la universalidad del derecho internacional general, ni tampoco su preeminencia.

La doctrina y la jurisprudencia se han adaptado. Si antaño la *repetitio facti* y el comportamiento uniforme debían ser atribuibles a todos los Estados para crear la costumbre, hoy podemos considerar que la costumbre nace del comportamiento repetido de



los “Estados interesados” o de los “principales Estados”, lo que permite eclipsar las contestaciones de los países nuevos.

Por lo demás, como se ha dicho más arriba, los grupos regionales no han podido desempeñar un papel decisivo en el plano político y económico que les permitiera competir seriamente y poner en peligro el poder occidental sobre los asuntos mundiales, desplegando sobre el planeta sus diferentes derechos regionales. No obstante, en determinados periodos, especialmente desde el fin de la segunda guerra mundial, han llegado a aportar al derecho internacional algunas reglas nuevas, así como a hacer de ese derecho un derecho de “participación” para todos los miembros de la comunidad internacional, aunque sin conseguirlo plenamente jamás. Esta renovación, aunque relativa y limitada, se ha realizado a través de las resoluciones de las Organizaciones Internacionales, las grandes conferencias multilaterales de codificación, las instituciones internacionales permanentes de codificación y los tratados multilaterales.

Precisamente, un examen de la elaboración del derecho convencional internacional permitirá nuevamente evaluar todo el peso que inevitablemente adquieren los Estados poderosos frente a los que no lo son tanto en la creación de este derecho.

2. *La acción preponderante de los Estados poderosos en la elaboración del derecho internacional convencional*

A primera vista el tratado parece el medio ideal de hacer participar, sobre una base democrática, a todos los Estados en la elaboración de la norma jurídica internacional. La vía del acuerdo permite el encuentro de soberanías iguales, definiendo con plena libertad los derechos y obligaciones que se reconocen unas a otras en el marco de sus relaciones internacionales. De hecho los países que han cuestionado el contenido del derecho internacional clásico occidental que pretendía regirles, a menudo han preconizado una determinación en común de las normas que deben regir el mundo y, con este fin, han hecho valer la superioridad que a sus ojos revestía el procedimiento convencional sobre el procedimiento consuetudinario.

Pero el tratado sólo en apariencia anula la preponderancia de los Estados poderosos y únicamente restablece un semblante de equilibrio entre éstos y los otros, de manera que el derecho convencional internacional también expresa en gran medida los



intereses de las grandes potencias. Todo concurre a mostrarlo, por medio de los procedimientos, el peso de los actores y, con frecuencia, el contenido material de los tratados.

La libertad y la voluntad soberana del sujeto se suponen. No son verificadas siempre ni por completo. En las grandes conferencias de codificación del derecho internacional, como por ejemplo en la III^a Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, los pesos respectivos de las delegaciones, según el número y cualificación de sus miembros, muestran claramente de qué lado se inclinará la balanza inexorablemente. La evaluación del peso, de la actividad y de la influencia respectivas de las delegaciones gubernamentales en el seno de la Organización es particularmente esclarecedora. La mayoría de los países del Tercer Mundo sufren cruelmente de una indigencia cualitativa y cuantitativa de dirigentes en todos los ámbitos. Ese es un aspecto de su subdesarrollo que aparece muy nítidamente en el caleidoscopio abigarrado de las representaciones de las conferencias internacionales.

Los métodos de trabajo para la elaboración de la norma en estos areópagos imponen la constitución de comisiones, subcomisiones, grupos de trabajo, despachos, comités de redacción, unidades de coordinación, etc., lo cual implica que cada delegación de un país en desarrollo debería comprender un número de miembros suficiente para poder participar de manera útil en las reuniones de todos los órganos. Esto está fuera del alcance de un gran número de países del Tercer-mundo, que todavía carecen de los medios humanos y financieros necesarios para participar en pie de igualdad con los otros Estados en los diversos y frecuentes encuentros internacionales. Así, ya de entrada, un gran número de países del Tercer-mundo se hallan infra-representados cuantitativamente y no pueden, simplemente por ese hecho, participar en todos los órganos en que se elabora la norma internacional, ejercer en ellos una presencia vigilante y, a fin de cuentas, desempeñar plenamente su papel. Muchos de ellos se resignan a una participación simbólica allí donde para hacer valer sus intereses deberían emprender una acción dinámica. A esto hay que añadir la falta de formación, la ignorancia de las lenguas extranjeras (las de las potencias extranjeras aventajadas), la falta de experiencia en la explotación de los recursos procesales, la falta de iniciativa, y a menudo también la ausencia de motivación, la falta de interés, el no discernimiento de la importancia de lo que está en juego, la subestimación del alcance del interés que una delegación percibe



de tal o cual problema que, sin embargo, es vital para una gran potencia más implicada en los asuntos del mundo.

Así pues el teórico “poder del número” debe ser de hecho matizado, ya que la frecuente debilidad de las delegaciones del Tercer Mundo muestra toda la vulnerabilidad de éstas, cuyas voces pueden ser captadas en cualquier momento por los Estados industrializados que continúan siendo poderosos árbitros del juego.

Es éste un aspecto muy importante y muy concreto, aunque no percibido por la doctrina, de la desigualdad en el diálogo o la desigualdad evidente de oportunidades entre los Estados desarrollados y los demás para hacer valer sus posiciones respectivas.

Si bien el tratado sigue siendo el procedimiento por excelencia para la elaboración y la producción de la norma jurídica internacional, hay que reconocer, no obstante, que constituye una técnica particularmente pesada y lenta. Y ello aunque la elaboración convencional de un nuevo derecho del mar, por ejemplo, que ha revolucionado rápidamente el secular y venerable monumento de Grocio, haya demostrado la aptitud del tratado multilateral para ofrecer condiciones satisfactorias de celeridad.

Pero aun demostrando interés y consideración por ese tipo de elaboración convencional de la norma jurídica internacional, los países llamados por eufemismo en vías de desarrollo perciben perfectamente todos sus límites y constricciones. Como ya hemos dicho, estos países, por multitud de razones político-jurídicas, no se hallan en situación de igualdad con otros, más fuertes que ellos, para negociar y concluir tratados con ellos. Esto es particularmente claro en los tratados bilaterales, donde el Estado más débil se expone a una serie de constricciones y de presiones de naturaleza tanto objetiva como subjetiva, a lo largo de un “mano a mano” que forzosamente nunca es igual.

La negociación pluralista, aparentemente más democrática, de los tratados multilaterales sólo atenúa débilmente la preponderancia de los Estados más poderosos.

3. *La acción preponderante de los Estados poderosos en la producción de los principios generales del derecho*

Cuando la costumbre y el tratado son insuficientes para determinar el contenido material del derecho internacional, se apela, especialmente ante las jurisdicciones internacionales, a lo que denominamos los principios generales del derecho. Pero advertiremos de entrada que cuando el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia se refiere, en su artículo 38, párrafo 1, c), a estos principios, es para precisar que se trata de los principios “reconocidos por las *naciones civilizadas*”, lo cual es una expresión desafortunada, heredada del periodo de los siglos XIX-XX, en que la doctrina acostumbraba a dividir a la humanidad en civilizados, semi-bárbaros y bárbaros⁴. Consideramos la fórmula anacrónica, pero es tremendamente reveladora. Está claro que las naciones “civilizadas” son las naciones avanzadas y por tanto las más poderosas. Son pues, según el propio Estatuto del Tribunal, particularmente elegibles para extraer de su derecho interno los principios que, por una ósmosis natural, vienen a alimentar el derecho internacional. Estamos aquí en presencia de un paso directo y en estado puro de la norma interna de un Estado poderoso a la esfera del derecho internacional.

Ciertamente la decisión sobre la oportunidad de tomar prestado un principio general del derecho interno de un Estado y aplicarlo al derecho internacional corresponde, según el artículo 38

4. Podemos tomar al azar cualquier manual o tratado de derecho internacional de un país de Europa, del siglo XIX o incluso del siglo XX hasta la víspera de la segunda guerra mundial, para constatar una tal distinción o categorías vecinas. VON LISZT (*Le droit international*, p. 6, trad. G. Gidel, de la edición alemana de 1913, Paris, 1927) explicaba que sólo los Estados civilizados formaban parte de la comunidad internacional. HEFFTER hablaba, a guisa de universalidad, del “derecho público de Europa”. WHEATON explicaba que “el derecho público, con pocas excepciones, siempre ha estado y todavía está limitado a los pueblos civilizados y cristianos de Europa y a aquéllos de origen Europeo”. Con fines de aplicación de este “derecho internacional europeo”, LORIMER en 1883-1884, clasificaba la humanidad en tres especies: “la civilizada”, la “bárbara”, y la “salvaje”. VON LISZT en 1898, por su parte, la dividía en “civilizada”, “semi-civilizada” y “no-civilizada”. La humanidad no civilizada estaba “fuera del derecho”

En el mundo contemporáneo, hemos querido interpretar finalmente la expresión embarazosa “naciones civilizadas” mencionada en el Estatuto de la Corte, considerando que todos los Estados admitidos en las Naciones Unidas son reputados civilizados...



del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, exclusivamente al juez. Es él quien discrecionalmente ordena ese paso del derecho interno al orden internacional.

Pero esta importante observación no es pertinente en este contexto, donde lo esencial es que el derecho internacional contemporáneo contiene principios extraídos del derecho interno de los Estados más avanzados; se trata, por ejemplo, de algunos principios procesales, principalmente los que conciernen a la carga de la prueba, la interdicción de juzgar *ultra petita*, la competencia inherente para las cuestiones incidentales o prejudiciales, la autoridad de la cosa juzgada, etc..., y de algunos otros principios generales como la buena fe, la auto-conservación del Estado, la responsabilidad individual, la reparación íntegra del perjuicio directo, etc...⁵.

Es importante resaltar que estos principios, que no son sino la manifestación de exigencias elementales de justicia, se encuentran en muchos derechos internos de países en vías de desarrollo. Pero nuestro objetivo no es apreciar los méritos de estos principios, sino más bien determinar su origen. El derecho internacional los ha buscado en la legislación y en la práctica judicial de los Estados avanzados, los cuales, una vez más, se presentan así como los inspiradores y los proveedores de este derecho. Se pide, en efecto, al juez internacional que indague en la "conciencia jurídica" de los Estados civilizados, fórmula eminentemente vaga, pero muy edificante.

4. *La acción preponderante de la jurisprudencia y de la doctrina de los Estados poderosos*

A. *Las "incontrables" jurisprudencia y doctrina de los Estados débiles*

Además de la costumbre, el tratado y los principios generales del derecho, el juez internacional está autorizado por el artículo 38

5. Cf. Bin CHEN, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, prólogo de Georg SCHWARZENBERGER, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987. Encontramos en la obra, p. 397 y siguientes, un "Draft Code of General Principles of Law" (proyecto de código de principios generales del derecho).



del Estatuto del Tribunal a tener en cuenta las “decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”.

La realidad muestra claramente que la jurisprudencia y la doctrina a las que el juez internacional puede recurrir son las de los Estados avanzados. Los Estados más débiles tienen o bien una jurisprudencia y una doctrina poco desarrolladas, mal conocidas, mediocrementemente difundidas, poco accesibles por estar en una lengua que generalmente no se encuentra entre las lenguas internacionalmente extendidas, o bien una jurisprudencia y una doctrina inspiradas por el reflejo del copista, es decir alimentadas por los préstamos de todo tipo de los países occidentales, considerados como modelos.

B) *La doctrina monista y la influencia asegurada del derecho interno de ciertos Estados desarrollados sobre el derecho internacional*

En el mundo desarrollado la doctrina desempeña un papel apreciable en la clarificación y el progreso del derecho internacional que se aplica a todos, países en desarrollo incluidos. Pero además, se observa en esta doctrina la existencia de una gran corriente animada por autores prestigiosos y apta para facilitar la proyección del derecho interno sobre el derecho internacional, es decir, en suma, apta para permitir al derecho interno de los derechos desarrollados influir más fácilmente en el derecho internacional aplicable a todos los Estados.

A la visión doctrinal voluntarista o dualista, que considera como independientes y distintos el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional, se opone en efecto la doctrina monista, según la cual los dos órdenes son inseparables, uno y otro derivados y procedentes de un solo y único sistema. Cuando además constatamos que el monismo se compone de dos ramas, una que proclama la primacía del derecho internacional (KELSEN, MERKL, von VERDROSS, Georges SCELLE, etc...), y otra que, por el contrario, proclama la primacía del derecho interno, no podemos más que concluir que esta última aporta un serio complemento a la influencia del derecho interno de los Estados fuertes sobre el derecho internacional llamado a regir el conjunto de la comunidad internacional.



La doctrina occidental contiene pues una corriente, hoy ciertamente en decadencia, según la cual el derecho internacional no es más que el derecho público externo del Estado, lo cual proporciona a éste, si es fuerte, todos los canales necesarios para influir en el derecho internacional.

5. *El "número" puesto en jaque por el "poder" o las dificultades de una elaboración del derecho internacional mediante las resoluciones de las Organizaciones Interestatales*

Durante los treinta primeros años de la existencia de las Naciones Unidas, los países desarrollados dispusieron, además del derecho de veto que conservan en el Consejo de Seguridad, de una mayoría automática en la Asamblea General de las Naciones Unidas, gracias tanto al número restringido de los Estados miembros como a la existencia de ciertas clientelas.

Una cincuentena de Estados dieron a luz a las Naciones Unidas en 1945 en San Francisco. Hoy, más de ciento sesenta son miembros de la Organización. El que el número de Estados se haya más que triplicado plantea problemas complejos. La explosión estatal registrada por el mundo de la post-guerra no se plantea únicamente en términos cuantitativos. Para la elaboración de un nuevo orden mundial el *membership* debe eclipsar al *leadership* y privilegiar el *partnership*. Pero el problema es que jamás el poder y el número se han encontrado en una relación tan antinómica como ahora.

En otro tiempo Europa proyectaba sobre el mundo su derecho y su poder. Escribió la historia del mundo a través de sus soldados, sus mercaderes, sus misioneros y sus "legistas"⁶. Dominó el planeta en nombre de su derecho. El Tercer Mundo era casi inexistente hasta 1960. Hoy, nuestro planeta exige conversiones y metamorfosis, transplantes y sustituciones. Pero éstas encuentran indudables dificultades para realizarse.

El problema no es tanto la "transferencia de mayoría" en sí misma. Esta, detenida por los países occidentales hasta las décadas cincuenta y sesenta, ha pasado a los Estados del Tercer Mundo. Este dispone de una cantidad de voces decisiva y tal vez

6. Ya en el siglo XVI, RONSARD cantaba a Francia "mère des arts, des armes et des lois".



decisoria en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Conferencia General de la OIT o en la UNESCO. Y por primera vez la fuerza del número se encuentra enfrentada a la fuerza material. Por primera vez también, el poder político-económico real en el mundo, detentado siempre por Occidente, no dispone ya de una expresión jurídica tal como podía encarnarse hace aún algunos años en las resoluciones de la ONU, de la OIT, de la UNCTAD o de la UNESCO por ejemplo. A la inversa, y por primera vez, el Tercer Mundo ha tratado de disponer en estas instituciones de un “derecho de creación del derecho”, gracias a la fuerza del número.

Pero la réplica no ha tardado en ponerse en marcha en esta etapa histórica de preformación de un nuevo derecho, con lo que ello supone en materia de equilibrios antiguos más o menos rotos y de equilibrios nuevos más o menos precarios y amenazados. El poder material interpela al poder del número e impugna con éxito el carácter normativo universal de los trabajos de las instituciones internacionales.

Hace poco tiempo, la potencia occidental disponía aún de la clientela del Tercer Mundo que todavía ni había reencontrado su identidad, ni descubierto su peso político ni realizado la “explosión estatal” que le ha supuesto la fuerza del número. El mundo occidental encontraba entonces normal el disponer a la vez del número y de la fuerza, del poder material y de la capacidad correspondiente de crear un derecho protector de esta situación. Para los beneficiarios de ese par de vectores “poder y derecho”, el mundo no podía ser mundo sin ese dominio que encontraban natural poseer a la vez sobre el derecho al poder y sobre el poder del derecho.

Los años sesenta, y sobre todo setenta, trastornaron ese confort. Al menos por un tiempo.

La descolonización tuvo por consecuencia no sólo la liberación de los países coloniales sino también, en cierto modo, la emancipación de muchos Estados pequeños de la dependencia de las grandes potencias. La libertad de acción de estos pequeños países ha adquirido algún relieve y cierta consistencia por la afluencia de Estados nuevos procedentes directamente de la descolonización. Pero esto no significa que el fenómeno de la clientela haya desaparecido. Viejos o nuevos, los pequeños países sufren todavía los efectos inducidos de la política de las grandes potencias en su repartición de las zonas de influencia. Por otra



parte, los pequeños Estados se hallan lejos de constituir un bloque homogéneo y monolítico. Los regímenes políticos de estos países ofrecen un abanico ampliamente abierto. Sin homogeneidad y sin cohesión absoluta en la acción, estos pequeños países están siempre expuestos a convertirse en clientes de los grandes.

No es exacto pensar que su unidad de convicción o de acción se manifiesta automáticamente en todos los ámbitos de la actividad internacional. Los análisis de sus votos, a los que se han consagrado diversos autores, muestran generalmente más divergencias que convergencias en sus actitudes. De este modo, mediante una investigación informática, sobre la base de datos de ordenador, un equipo de jóvenes investigadores, bajo la dirección de Marco MOZZATI, ha querido describir los tres momentos principales de la formación de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: el orden del día, en tanto que lista de temas concatenados objeto de decisión, las bases decisorias, es decir, los precedentes sobre los que se apoyan los textos de las resoluciones, y la decisión de voto de estas últimas. Llegaron así a la conclusión de que "el privilegio de orientar las elecciones políticas pertenece exclusivamente a un número restringido de países: los que unen los métodos de la ciencia política a la conducción de una importante política internacional"⁷. Esta investigación ha desmontado perfectamente los mecanismos no sólo de los sistemas de dominación y de las reacciones que suscitan, sino también del objetivo del combate, es decir, el poder, que sigue siendo patrimonio de las grandes potencias.

De este modo, el proceso de elaboración de la norma jurídica internacional por la vía de la resolución refleja ciertamente juegos de equilibrios indecisos y precarios y relaciones de fuerzas evolutivas, pero su resultante por el momento es todavía ampliamente favorable a los Estados desarrollados. Y es así como en el fluir que expresan estos vectores cambiantes, la regla jurídica internacional positiva traduce mínimamente las aspiraciones de la humanidad al progreso. De manera que, a pesar de la existencia de

7. CONSIGLIO NAZIONALE DELLA RICERCHIE, *Manuel pratique pour l'étude des relations et des organisations internationales*, que abarca desde el periodo de la primera sesión de la Asamblea General, abierta el 10 de enero de 1946, hasta la 30ª sesión, finalizada el 17 de diciembre de 1975; obra colectiva bajo la dirección de Marco MOZZATI, publicada por el CESDOC, Universidad de Padua, con la contribución de la UNESCO (grueso volumen sin paginación pero con una numeración continua de las resoluciones, tratadas en el orden de las sesiones de la Asamblea General).



una mayoría aplastante detentada por los Estados del Tercer Mundo, éstos permanecen en una condición muy inferior que no se corresponde ni con su número, ni con su considerable peso demográfico, ni con sus inmensos recursos, ni con el prodigioso mercado potencial que representan.

Por otra parte, incluso cuando los países en desarrollo expresan sus posiciones con una cohesión perfecta, las grandes potencias nunca se ven completamente privadas de ciertos privilegios que detentan por otro lado gracias a la estructura y al funcionamiento del sistema institucional de la familia de las Naciones Unidas, sin olvidar el dominio capital de la preservación de la paz mundial, para cuya gestión estas potencias disponen del derecho de veto.

En todo caso, los Estados industrializados todavía disponen de medios lo bastante poderosos para captar las voces de los países en desarrollo. Pero las presiones de todo tipo que aún pueden ejercer sobre cada uno de ellos no constituyen sus únicas armas. La personalización de la pena potencialmente aplicable a todo Estado cuyo voto no es apreciado, puede ser sustituida por el principio de penalización colectiva, paralizando la organización internacional mediante su retirada, privándola de su contribución financiera.

Por otro lado, la práctica del consenso, que se ha extendido desde 1964 a las Naciones Unidas para la adopción de resoluciones, ha sido en cierto modo desnaturalizada por la práctica de la reserva. Constataremos en efecto la molesta tendencia de ciertos Estados que juegan a dos bandas, emitiendo reservas en el momento de la adopción de una resolución por consenso. La técnica del consenso les permite obtener textos de compromiso que atenúan, amortiguan y a veces abortan los proyectos de resolución. Pero una vez asegurado ese resultado, recurren a la técnica de las reservas que les permite no considerarse alcanzados por estas resoluciones. Las reservas formuladas sobre cuestiones secundarias, así como las declaraciones interpretativas de todo o parte del texto adoptado, todas ellas admisibles, han dado paso lamentablemente a la formulación de reservas fundamentales que debilitan el alcance mismo del consenso. La práctica de la reserva añade otra dimensión al problema complejo del valor jurídico de las resoluciones.



La cuestión del grado de normatividad jurídica ha sido objeto de un número incalculable de estudios. Hasta ahora, la realidad muestra que las resoluciones que encuentran oposición por parte de los Estados fuertes han sido objeto de un análisis jurídico que les niega valor normativo. El grado de "implicación" o de compromiso de los intereses de los países avanzados mide el coeficiente de fuerza ejecutoria que reconocen a esas resoluciones. Se atienen a la tesis de la recomendación desprovista de todo efecto ejecutorio.

Los Estados occidentales estiman, pues, que las resoluciones de la Asamblea General pueden como mucho ser tomadas en consideración como elementos en la formación de una regla consuetudinaria, a condición de que sean confirmadas por una práctica conforme de los Estados. Esta práctica puede provenir de equilibrios de fuerzas, de evoluciones políticas, de necesidades económicas, pero, de ningún modo, del valor obligatorio de las resoluciones.

A la inversa, los Estados del Tercer Mundo consideran que estas resoluciones constituyen como mínimo la expresión de la voluntad de la comunidad internacional, incluso si no se puede sostener que emanen de un "poder legislativo" internacional que es inexistente. A través de estas resoluciones asistimos a una formación espontánea de la costumbre y a la declaración de principios generales del derecho.

Evidentemente, frente a los desafíos que plantea la resolución, el jurista clásico experimenta en general cierta perplejidad. Asiste a la gestación y al nacimiento de normas por diversos procedimientos y en movimiento fluctuante durante la elaboración, más o menos audaz, de estas normas nuevas. Evoca entonces este conjunto de sedimentaciones sucesivas, este cuerpo de reglas todavía "cartilaginoso" y lo considera como un "prederecho", un "para-derecho", un "periderecho", un "standard" de conductas, o sólo un conjunto de simples declaraciones o recomendaciones no generador de efecto obligatorio. El comportamiento del jurista, desorientado por semejante situación, es comparado por Michel VIRALLY al de una gallina que hubiera descubierto un tenedor⁸. "Todo esto se explica, añade el autor, por el hecho de que nos

8. Ver la conclusiones de Michel VIRALLY en el coloquio de Aix-en-Provence de la Sociedad francesa de derecho internacional, en *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, p. 307, Paris, Ed. Pedone, 1974.



hallamos en presencia de un derecho que todavía no está totalmente formado. Para seguirlo, el jurista amante de la claridad debe aventurarse en un claro-oscuro donde es difícil distinguir el perro del lobo y reconocer si estamos en presencia de la silueta familiar, tranquilizante, de la norma jurídica, o bien, por el contrario, de la forma, más salvaje e indescrptible, de una norma que no sabemos muy bien qué es (...). El deber del jurista es el de intentar domesticar esas normas salvajes e introducirlas en la casa del derecho sin ocasionar daños a ésta⁹.

Los autores han agudizado el ingenio para describir esta técnica jurídica nueva: “soft law”, “costumbre salvaje”, “pre-derecho”, “derecho blando”, “derecho recomendatorio”.

En este trabajo, subrayaremos simplemente ese valor jurídico amortiguado de la resolución, en la que vemos el fracaso del número frente al poder. Una vez más el poder normativo en derecho internacional pertenece, naturalmente, más a los Estados poderosos que a los Estados que no lo son tanto.

* * *

El papel de estos últimos Estados en *la creación* de la norma jurídica internacional parece pues bastante reducido, ya se trate de la costumbre, del tratado, de la resolución, de los principios generales del derecho o de la doctrina. ¿Es este papel más consistente o más significativo en *la aplicación* del derecho internacional?

II. PAPELES RESPECTIVOS DE LOS “IGUALES” Y DE LOS “MÁS IGUALES” EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA INTERNACIONAL

Los órganos encargados de la aplicación del derecho internacional son por una parte las jurisdicciones internacionales y por otra parte los órganos cualificados de las Organizaciones Internacionales. (No tendremos en cuenta aquí la cuestión de la interpretación y la aplicación del derecho internacional por los órganos

9. *Ibid.*, pp. 307-308.



judiciales o ejecutivos nacionales). Debemos recordar también que el derecho internacional no sólo contiene un conjunto de normas jurídicas aplicables en principio indistintamente a todos los Estados, sino también un cuerpo jurídico aplicable de manera selectiva a los países en desarrollo, en el marco del derecho del desarrollo. Pero esta cuestión nos reenvía a la de la creación de normas específicas y por tanto no concierne a la cuestión de la aplicación, objeto de esta sección.

Por el contrario, otro punto muy importante se refiere a la aplicación del derecho internacional: se trata de determinar el lugar que el derecho internacional deja en la práctica a los derechos regionales. Semejante examen, que descansará esencialmente en el análisis del capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas, relativo a los “acuerdos regionales”, revelará el lugar preciso que ocupan las diferentes culturas y civilizaciones del mundo en la reglamentación de las relaciones regionales. Será el momento de examinar en particular el lugar que ocupa el derecho islámico en relación con el derecho internacional.

1º) *La aplicación judicial del derecho internacional*

Ante todo se trata de la aplicación del derecho internacional por el Tribunal Internacional de Justicia. Pero buscaremos en vano, en la función del Tribunal de decir el derecho, un factor o elemento cualquiera susceptible de darnos indicaciones sobre el papel de las grandes potencias y el de las menos grandes. En efecto, los jueces del Tribunal no son de ningún modo representantes de su país de origen sino que constituyen un cuerpo de magistrados independientes, sin vínculos con ningún país en su función judicial. Desempeñan su misión con total imparcialidad y de ahí la autoridad moral y el prestigio que se les reconoce en todas partes.

Sin embargo si la aplicación del derecho internacional por el Tribunal mundial es evocada aquí, es porque, bajo el ángulo particular que aquí nos interesa, ha sido objeto de diversos trabajos por algunos autores. En particular, se ha publicado una obra reciente sobre “los jueces del Tercer Mundo en el Tribunal Internacional de Justicia”¹⁰. En esta obra, la autora se pregunta en

10. SICART-BOZEC, Michèle, *Les juges du Tiers-monde à la Cour internationale de Justice*, prólogo de Alain PILLEPICH, París, Economica, 1986, 326 p.



primer lugar si la “continuidad del derecho internacional” ha podido ser mermada por la acción de los jueces del Tercer Mundo. La autora ha creído descubrir en ellos, fundamentalmente a través de sus declaraciones, opiniones individuales o disidentes, una tendencia a adoptar una concepción ofensiva o en todo caso protectora de la soberanía estatal, sobre todo cuando se trata de Estados jóvenes (exaltación del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, voluntad de controlar los recursos marítimos, desconfianza en las restricciones a la soberanía tanto política como económica, etc...). La autora analiza a continuación lo que considera como un esfuerzo de adaptación del derecho internacional por los jueces del Tercer Mundo (con la ampliación de la función judicial y con la interpretación amplia del derecho existente a través de la renovación de la costumbre y de los principios generales del derecho, la adhesión de las resoluciones al rango de fuente del derecho y la promoción de la equidad). ¿Podemos sin embargo concluir verdaderamente que el Tercer-mundo, marginado en la creación del derecho internacional, desempeña un papel más acentuado en la aplicación de este derecho? La autora no se ha atrevido a llegar a semejante conclusión, y con razón.

Por lo demás, dejaremos naturalmente a la autora la responsabilidad de sus análisis. Los jueces del Tribunal, formado por 15 miembros, se reparten geográficamente del siguiente modo: 2 latino-americanos, 3 africanos, 3 asiáticos, 2 europeos del Este, 1 americano y 4 europeos del Oeste. Pero cualquiera que sea el análisis hecho por esta autora o por otros sobre este reparto, no perderemos de vista un elemento esencial como la naturaleza de la formación de los jueces llamados del Tercer Mundo. Es cierto que el artículo 9 del Estatuto del Tribunal prevé que los miembros deberán elegirse de tal manera que se asegure “que en el conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mismo”. Pero es necesario, como señala la autora citada, tener en cuenta igualmente la formación lingüística, cultural y jurídica de los jueces del Tercer Mundo que han pasado hasta hoy por el Tribunal. Estos han recibido, en su mayoría, una formación jurídica occidental, en la medida en que “los jueces asiáticos han estado impregnados por el derecho anglo-sajón, mientras que los jueces latino-americanos han sido formados en el derecho continental”, y en que “los jueces africanos y de Oriente Medio, según la dominación colonial a que haya estado sometido su país, han estado marcados por el sistema lingüístico y jurídico



anglo-sajón o continental”¹¹. Estos jueces del Tercer Mundo, como sus otros colegas del Tribunal, no pueden utilizar más que una de las dos lenguas oficiales de éste, el francés o el inglés.

Recordaremos, pues, que junto a su pertenencia étnica, su educación primaria y sus hábitos intelectuales, los jueces del Tercer Mundo poseen la particularidad no desdeñable de haber recibido una formación jurídica occidental y de trabajar en una de las dos lenguas de Occidente.

La declaración debe terminar ahí. No es cuestión de detenerse a analizar el interior de los jueces internacionales para evaluar el grado de subjetividad contenido en sus juicios de *hombres*. Dejaremos gustosamente a otros autores, juristas o sociólogos, por formación o por circunstancias, el trabajo de hacer, desde ese punto de vista, el retrato-robot del juez internacional. Pensamos por ejemplo en la Sra. Lyndel VON PROTT, australiana de origen austriaco, cuya “juris-disertación” de doctorado en la Universidad de Tübingen titulada “*Der internationale Richter im Spannungsfeld zwischen Rechtskulturen*” se publicó en inglés con el título “*The latent power of Culture and the international Judge*”, o también en el profesor Rüdiger LAUTMAN, “*Soziologie von den Toren der Jurisprudenz*”¹².

En el capítulo II de su libro, VON PROTT estima, y le hacemos enteramente responsable de su juicio, que los jueces del T.I.J. se han repartido en grupos que votan juntos en el mismo sentido en diversos asuntos, sobre la base de una concepción del derecho compartida, de la existencia de relaciones de amistad y de similitud de experiencia profesional. En su capítulo VI considera que la formación adquirida por los jueces internacionales en el marco de los diversos sistemas jurídicos nacionales ejerce una influencia perfectamente detectable en la jurisprudencia del Tribunal Internacional. La autora poseería aparentemente el

11. SICART-BOZEC, Michèle, *op. cit.*, p. 14. El autor señala no obstante que las diversas funciones anteriores de los jueces, de orden administrativo, didáctico, judicial, diplomático o político, así como sus distintas concepciones filosóficas, religiosas o morales, son factores que les pueden llevar a cumplir su misión de jueces “según un esquema de pensamiento muy diferente”.

12. VON PROTT, Lyndel, “*Der internationale Richter im Spannungsfeld zwischen Rechtskulturen*”, traducido al inglés con el título “*The Latent Power of Culture and the International Judge*”, 1979. Ver también VON PROTT, Lyndel, “*The Role of the Judge of the International Court of Justice*”, *Revue belge de droit international*, 1974, p. 473-507; *cf.* también LAUTMANN, Rüdiger, “*Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*”, 1971.



prodigioso don de leer en el texto oculto de las sentencias como un adivino en los posos del café. El método de aproximación a la solución de un asunto, el estilo del fallo, la naturaleza de los remedios posibles, todo esto está, según ella, “programado” en cierto modo por la formación jurídica inicial y profesional de los jueces¹³. Los métodos de interpretación, las cuestiones de procedimiento, la filosofía judicial, el estilo del fallo recurrirían así a la experiencia profesional nacional.

Si bien puede haber en todo esto *algo de verdad*, tampoco conviene exagerar. Es cierto que, como todo hombre sobre la tierra, el juez internacional está “*situado*”. Entendemos con ello que existe, en sentido sociológico, una “posición” que le confiere un estatuto y que le asigna un papel; posición, estatuto y papel que no puede ocupar o ejercer borrando por completo sus orígenes, su educación y su formación. En esta posición, estatuto y papel, adoptará modelos personales de comportamiento, fruto de su cultura y de su medio de origen, pero también de lo que esperan de él sus colegas, sus amigos, sus críticos, e igualmente, después de todo, de lo que puede resultar de sus diversas calidades, a la vez de juez, de miembro de un club, de una familia, de una iglesia, etc... Por lo tanto, si queremos ir tan lejos, es importante señalar que el papel del juez internacional es modelado también en parte por sus “compañeros” de trabajo así como por sus “transmitters”. La herencia *cultural nacional se funde con el trabajo cotidiano en común y la experiencia colegial internacional*.

El juez internacional, cualquiera que sea su herencia cultural, sabe indiscutiblemente encontrar el “lenguaje común” para resolver una diferencia entre Estados a la única luz de las normas del derecho internacional. Puede no obstante suceder que la elección entre los recursos ofrecidos por las técnicas del derecho internacional esté en parte condicionada por las nociones difusas que ese juez posee de lo que es percibido como “justo” en relación con los *standards* de la sociedad a la cual ha pertenecido y que ha interiorizado o memorizado. Pero en su operación intelectual, se enfrenta continuamente al “sentimiento de justicia” que se representan sus compañeros y colegas de trabajo y, en ese marco profesional, desempeña de hecho dos papeles: el de “*rule applier*” y el de “*rule adjuster*”, lo cual crea en él un conflicto latente.

13. Página 191.



Lo que limita enormemente la parte, no de “subjetividad”, incluso en el mejor sentido, sino de “*particularismo*” adquirido en sus orígenes y en su educación, es la mirada atenta y crítica de los “*role-transmitters*”¹⁴: en primer lugar los colegas de trabajo, a continuación los Estados partes, y, finalmente, toda la profesión jurídica internacional. Permanece también bajo la mirada de la élite jurídica de su país de origen, que espera de manera confusa que actúe como promotor de su cultura jurídica nacional; pero ésta se mezcla y se entrecruza con la mirada de los otros juristas del mundo, que frecuenta en los foros internacionales y ante los cuales pretende mantener su reputación. Está también atento a las Academias científicas, a las Organizaciones Internacionales, a los altos funcionarios internacionales, a los miembros de los cuerpos diplomáticos, particularmente los de la Sede del Tribunal y los de la Sede de las Naciones Unidas.

En suma y desde muchos puntos de vista, nada distingue aquí al juez internacional del juez interno: uno y otro están influidos por lo dado y lo adquirido, por lo que traen con ellos y lo que reciben de la comunidad profesional a la que en adelante pertenecen. “El oficio del juez”, como lo llaman los procesalistas¹⁵, es decir, el ejercicio del poder de apreciación y de decisión durante todo el recorrido operatorio del juez, es sensiblemente el mismo para uno y otro: únicamente el medio, en este caso internacional, cambia.

Nos parece importante conceder al juez internacional un *espíritu público internacional exigente*, hasta tal punto es consciente de la importancia de los deberes de su cargo y de la necesidad evidente de eliminar de su función toda aproximación de conveniencia o de oportunidad. *El hombre nacionalmente “situado” que es el juez internacional es sin cesar “resituado” internacionalmente.* Está situado entre el deseo constante de aportar en el ejercicio de sus funciones internacionales el profesionalismo que puede haber adquirido en el curso de su formación nacional, y la preocupación de auto-censurar en sí mismo por reflejo, toda aproximación digamos particularista, heredada de esta misma educación anterior.

Todo análisis o incursión más allá de estos límites sería aventurado. Sólo intentarlo supondría peligro, vanidad e injusticia.

14. VON PROTTE, Lyndel, “The Role of the Judge ...”, *Revue belge de droit international*, ..., *op. cit.*, p. 481.

15. M. BOULANGER, *La pratique des jugements et arrêts*, Paris, Librairies techniques, 1965, p. 205.



Pero es evidente que el juez internacional no es ni más ni menos vulnerable que el juez del ordenamiento interno, por el hecho de *su condición común de hombres*. Ahora bien, parece que hoy en día la psicología moderna ha establecido que el juicio del ser humano es anterior al concepto. El juez posee, en tanto que hombre, una red conceptual a priori. Un hecho es inteligible para el juez, nacional o internacional, a través de categorías a priori. Son lo que los especialistas llaman las "*categorías a priori del espíritu*"¹⁶.

2º) *La aplicación del derecho internacional por las Organizaciones Internacionales*

Es éste un tema amplio, a través del cual podremos calibrar el papel considerable de los Estados poderosos y el papel más modesto de los pequeños Estados en la interpretación y aplicación del derecho internacional. Nos limitaremos aquí a evocar únicamente la acción del Consejo de Seguridad en este ámbito. E incluso, sólo examinaremos algunos aspectos de ésta, en particular los referentes a la gestión de las crisis internacionales.

En virtud del artículo 24, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad tiene un papel preeminente en el ámbito del mantenimiento de la paz. Actúa con este fin en nombre de todos los Estados miembros, los cuales le confieren expresamente tal poder en ese artículo.

Sabemos que en el ejercicio de sus funciones tanto en el marco del capítulo VI como del capítulo VII, el Consejo de Seguridad dispone de un poder de apreciación extremadamente amplio. Puede decidir abrir una investigación ordinaria o especial; es dueño de la calificación jurídica de los hechos que le aporte esta investigación; dispone del poder de hacer recomendaciones sobre los medios de solución de la situación creada; puede, en particular, ejercer una acción de conciliación o de mediación; puede crear órganos subsidiarios para asistirle en su tarea. Además, cuando actúa en su misión de restablecimiento de la paz sobre la base del capítulo VII, consagrado a su "acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión", indica las

16. BACHELARD, Gaston, "*Essai sur la connaissance rapprochée*", p. 12, citado por IVANIER, Théodore, "*L'interprétation des faits en droit. Essai de mise en perspective cybernétique des 'lumières du magistrat'*", Paris, L.G.D.J., 1988.



medidas oportunas, las cuales pueden implicar incluso el uso de la fuerza armada.

De todo esto retendremos esencialmente, en este artículo, el poder que posee el Consejo de Seguridad de “constatar” una situación y de decidir las medidas apropiadas. Entre este examen de los hechos y la decisión obligatoria que adopta para restablecer la paz, se interpone la fase en el curso de la que el Consejo de Seguridad se da a sí mismo la calificación jurídica de los hechos. Es por ejemplo dueño absoluto de calificar o no de agresión una intervención armada de un Estado contra otro. Dispone pues de un poder incontestado de interpretar y de aplicar el derecho internacional en primera y última instancia. La construcción de la Carta descansa en la preeminencia dada a un directorio, el Consejo de Seguridad, es decir, en último término, a las cinco grandes potencias que poseen derecho de veto en él. No era posible confiar a Estados menos poderosos (incluso si son diez en el seno del Consejo al lado de los cinco Grandes) la responsabilidad vital de mantener o restablecer la paz en el mundo. Así pues, también en este ámbito, y conviene resaltar esto aquí, la aplicación de la norma jurídica internacional depende ante todo de las grandes potencias.

La calificación jurídica de una situación por el Consejo de Seguridad acarrea en principio una condena jurídica cuando esta situación es el resultado de una acción contraria al derecho internacional. El Consejo tiene el poder de negar legitimidad a determinada acción, de negarse a reconocerla, condenarla y pretende borrarla para restablecer la paz.

El objeto de nuestra comunicación no consiste en emitir un juicio sobre el realismo y sobre la prudencia de este sistema de seguridad colectiva instaurado por la Carta. Queremos simplemente indicar una vez más que la aplicación de la norma jurídica internacional, al igual que su creación, es ampliamente tributaria de la voluntad de las grandes potencias.

3º) *Orden jurídico universal y órdenes regionales: el caso del orden jurídico islámico*

Conviene antes que nada interrogarse sobre *la existencia* misma de un orden jurídico islámico hoy, cuando éste parece no sólo no haber evolucionado desde el siglo VII, sino incluso no haber gozado del favor de los propios Estados musulmanes en sus



relaciones entre sí. Habría que plantearse a continuación la pregunta por las condiciones de la coexistencia de este orden jurídico islámico, previamente reconocido, actualizado y aplicado, con el orden jurídico universal, conforme a las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

A. *¿Existe todavía hoy un orden jurídico regional musulmán?*

Existe una rica concepción islámica del derecho internacional, extraída a partir del siglo VII a la vez del Corán y de los *hadiths* del Profeta Mohammed. Desde entonces se han creado escuelas de derecho islámico que han enriquecido con sus exégesis eruditas este *corpus islamicus juris*. Pero desde la Edad Media, el mundo ha evolucionado y la fuerza y el poder se han desplazado progresivamente hacia otros centros, no musulmanes. El Oriente árabe-musulmán comenzó su lenta decadencia hace siglos. Esta es observable en todos los ámbitos. En particular, el derecho internacional islámico es todavía un derecho de especulación con fines totalmente académicos.

Varias razones explican esta situación.

- a) *El derecho internacional, de origen occidental, ha ignorado o desconocido el derecho internacional islámico*

En su libro *La fascination de l'Islam*, Maxime RODISON ha descrito con gran erudición y riqueza documental, las diversas etapas históricas de la mirada occidental hacia el mundo musulmán. Esa mirada occidental no fue agradable. En la Edad Media eran "dos universos en lucha... Para el Occidente cristiano, los musulmanes fueron un peligro antes de convertirse en un problema".¹⁷

El más antiguo *Código de derecho internacional* del que disponemos es el "*Kitâb al-Majmû*" de Zaid ibn ALI (muerto en el 738). Comprende un largo capítulo titulado "*Siyar*" relativo a las reglas que rigen la guerra y la paz entre los musulmanes y los no musulmanes. El gran jurista SARAQSHI (muerto en el año 1090) que escribió un tratado de derecho internacional en 4 volúmenes,

17. RODISON, Maxime, *La fascination de l'Islam, suivi de Le Seigneur bourguignon et l'esclave sarrasin*, Paris, édit. La découverte, 1989, 200 p.



definió el término “siyar” de este modo: “Sabed que la palabra ‘siyar’ (comportamiento) es el plural de sîra..., comportamiento de los musulmanes frente a los sujetos no-musulmanes del Estado islámico. ... de los apóstatas que son los peores de los no-musulmanes por haber renegado después de haber reconocido; ... de los rebeldes musulmanes que gozan de una situación menos grave que la de los no-musulmanes”.¹⁸

Pero el Occidente ha ignorado o desconocido la aportación de los Arabes y del Islam al derecho internacional. Salvo algunos historiadores muy especializados, los juristas e historiadores del derecho que, en Occidente, han tratado de describir la historia del derecho internacional lo han hecho a su manera, sin jamás, o casi, acordarse de la aportación islámica. La inmensa mayoría de los tratados y manuales de derecho internacional, hasta hoy, y por todo el mundo, corto-circuitan la historia del derecho internacional evocando la aportación de la Antigüedad griega y latina, para después saltarse alegremente la contribución del Islam del siglo VII al siglo XV.

Un ejemplo entre cientos. Habría cabido esperar que Ernest NYS, el jurista belga que consagró más de 400 páginas a exponer los “orígenes del derecho internacional”¹⁹ y que además publicó una quincena de estudios históricos sobre la diplomacia, el derecho de la guerra y las teorías del derecho internacional²⁰, reservara algunas páginas a la aportación del Islam. No fue ése el caso. He aquí cómo, en la introducción a su libro citado, hace gallardamente un fabuloso salto en el tiempo, ocultando entre seis y ocho siglos de historia del mundo mediterráneo ampliamente

18. Citado por HAMIDULLAH, Muhammad, “Contribution musulmane au droit international”, in *L'Islam dans les relations internationales*, IV Colloque franco-pakistání, Paris, 1984, éd. Edisud, 1986, (pp. 138-143), p. 139

Por atenernos únicamente a este período que siguió inmediatamente al nacimiento del Islam en el siglo VII, podemos citar numerosos trabajos islámicos de exégesis y de codificación del derecho internacional que muestran la concepción de las relaciones internacionales por los musulmanes en esa época. Debemos también un “*Kitáb as-Siyar*” (*Tratado de derecho internacional*) a cada uno de los siguientes grandes juristas: Zaïd ibn ALI, ya citado (muerto en el 789); Abu HANIFA, su discípulo (muerto en el 767); ZUFAR (muerto en el 775); Abu YUSUF (muerto en el 789); Muhamamad ACH-CHAIIBANI (muerto en el 804); AL-AUZA'Í (muerto en el 774); AL-WAQIDI (muerto en el 822); MALIK (muerto en el 795); etc...

19. NYS, Ernest, *Les origines du droit international*, Bruselas, 1894, edit. Alfred Castaigne y Paris, 1894, edit. Thorin et fils, 414 pp.

20. Ver la lista en la primera página de su libro citado arriba.



dominados por las relaciones internacionales entre el Islam y Europa: “La civilización antigua, escribe, desaparece en el siglo VI. El nacimiento del genio europeo se sitúa en los siglos XII y XIII. En el periodo intermedio, la tradición del espíritu humano se hace por lo que hemos convenido (!) llamar la ciencia árabe”.²¹ Después nada más en las 414 páginas de la obra: la aportación musulmana al derecho internacional y a las relaciones internacionales fue así resumida por este único fragmento de proposición un poco agrio.

Podemos consultar hoy al azar cualquier tratado o manual de derecho internacional: ninguno es mejor. ¿Quién podría lamentarlo cuando incluso, como vamos a ver, los propios juristas árabes y musulmanes ignoran completamente o mantienen en el *ghetto* la concepción islámica del derecho internacional?

b) *La doctrina jurídica islámica, fecunda en derecho privado, es estéril en derecho público*

Es ésta una realidad persistente. Se explica fácilmente. En decadencia primero, más tarde colonizados o protegidos durante mucho tiempo, los países árabes y musulmanes cesaron de ser los actores de la vida internacional. Esta situación agotó naturalmente su creatividad en un ámbito, el de las relaciones inter-estatales, que les estaba vedado por su estatuto político venido a menos o aniquilado. En tales condiciones, los juristas musulmanes sólo podían desplegar los recursos de su ciencia y de su técnica en el ámbito, sin gran riesgo político para el colonizador o el protector, que éste consintió en dejarles, es decir en el derecho privado de las personas y de los bienes.

Ese derecho, que abarcaba en concreto el llamado estatuto personal de los individuos, se regía por el Corán y los *hadiths*. A pesar de que era un derecho no-laico, el trabajo de exégesis y de interpretación (*ijtihâd*) al que se entregaron los juristas musulmanes lo desarrolló, adaptó y desacralizó en parte.

Es decir, el derecho islámico original históricamente fue objeto de tensiones que, por un lado, llevaron a un punto muerto a su rama de derecho público y, por otro, acarrearón un desarrollo de su rama de derecho privado que, aunque apreciable, no traspasó ciertos límites.

21. *op. cit.*, páginas II-III.



Igual que una máquina parada durante mucho tiempo se agarrota o se oxida, o que un órgano sin función se atrofia, y que una norma jurídica inaplicada cae en desuso, del mismo modo, el derecho público, interno y sobre todo el internacional, a falta de empleo se marchita. En resumen, el derecho islámico, procedente de la revolución cultural del siglo VII, ha sufrido en el tiempo un frenazo en el plano público y una evolución controlada en el plano privado. Por lo tanto su proceso se ha desequilibrado, por una casi-amputación de su rama del derecho (internacional) público y un desarrollo en cierto modo circular de su rama de derecho privado.

Esto último traducía exactamente la situación política de los pueblos islámicos durante mucho tiempo sojuzgados.

Por desgracia, desde la obtención de su independencia, estos pueblos todavía no han logrado un renacimiento de la rama del derecho internacional público. Los juristas de los países musulmanes independizados, con alguna rara excepción, han sucumbido a la fácil tentación de la imitación vaga de Occidente en lugar de hacer el más costoso esfuerzo de creatividad necesario. Los manuales y tratados de derecho internacional editados en el mundo musulmán, desde el Atlántico hasta las islas de la Sonda, son en su gran mayoría obras occidentales traducidas a la lengua local por estos juristas, reducidos así al papel de traductores o copistas.

Esta es una situación que refleja también la condición política menor y el papel descolorido y poco eficiente de los países subdesarrollados en el ruedo internacional. Pero por importante que sea el incentivo económico en la lucha contra el subdesarrollo, ésta está igualmente condicionada por el factor cultural. Y no sé si puedo resistir durante más tiempo el deseo de renovar desde aquí *un llamamiento que ya lancé a todos los juristas del mundo musulmán para que se movilicen más en un esfuerzo decisivo de creatividad en lugar de permanecer confinados en un mimetismo irrisorio que a menudo realiza artificialmente prótesis jurídicas extranjeras inertes sobre comunidades humanas vivientes*. Incluyo en mi llamamiento a los juristas no musulmanes, especialmente a los occidentales, para hacerles ver la ventaja que supondría este renacimiento para el pluralismo y la democracia en el mundo.



- c) *Las instituciones de los países islámicos independizados se han vaciado en moldes culturalmente extranjeros que las han alejado del derecho islámico.*

- i) *La creación del Estado bajo el modelo "común" (el standard del siglo XX)*

La culminación del proceso de descolonización de los pueblos musulmanes ha obedecido a un patrón habitual. Hasta ahora los países que se han emancipado han creído ejercer su derecho a la autodeterminación dándose un Estado correspondiente sobre el papel al *standard* del siglo XX. El proceso de descolonización ha sido así vaciado en ese molde familiar del Estado, conforme a una especie de principio de universalidad de la organización contemporánea del poder estatal, cuando resulta que el Estado es un "producto histórico" de toda una civilización y que los países musulmanes estaban organizados bajo el modelo comunitario. El Estado fue, pues, la forma adoptada por todas las liberaciones nacionales que triunfaron. ¿Era la única? ¿No podía la autodeterminación llevarse a cabo en el plano de las instituciones? No lo sé. Yo me limito a constatar que estas creaciones de Estados según el modelo "común", que sin duda constituyen un progreso, no podían mantener esos Estados bajo el imperio del derecho islámico tradicional.

En todo caso, esta evolución generalizada y uniformemente adoptada, predeterminó el recorrido de antemano. El Estado creado debía asumir sus derechos y deberes tal como los otros Estados los entienden y practican.

- ii) *La adhesión de los Estados musulmanes a la Carta de las Naciones Unidas, y su admisión en las Organizaciones Internacionales y su significado en cuanto a la supervivencia del derecho islámico.*

Al adherirse a la Carta de las Naciones Unidas y a los actos constitutivos de las Instituciones especializadas por una parte, al convertirse en miembros de las Naciones Unidas y de las otras Organizaciones del sistema por otra parte y, finalmente, al ratificar un número elevado de tratados multilaterales, los Estados musulmanes se han comprometido a aplicar el derecho internacional



moderno, a cuyo desarrollo y codificación han contribuido en diversas instancias internacionales desde 1945. Han suscrito los fines y principios de la Carta que les obliga a actuar “de conformidad con los principios... del derecho internacional” (artículo 1º). No es pues el derecho islámico sino el derecho universal el que debe regir las relaciones internacionales de cada uno de estos Estados musulmanes con los otros miembros de la comunidad internacional.

¿Pero la adhesión de los Estados musulmanes a la Carta de las Naciones Unidas y su admisión en las Organizaciones con vocación universal no pueden significar algo más? ¿No constituyen nada más que un abandono del derecho musulmán en beneficio del derecho universal? ¿No representan una oportunidad para el derecho musulmán de aportar la contribución de la que sea capaz para el desarrollo de un derecho más universal y más marcado por la participación de todos?

De nuevo, la cuestión nos lleva simplemente a calibrar el peso específico de los Estados musulmanes en el mundo, y su grado de influencia en las relaciones internacionales. Parece que ese peso y esa influencia continúan siendo muy modestos. Pero la adhesión a la Carta de las Naciones Unidas no privaba en cambio a los Estados musulmanes de la posibilidad de crear sus propios órganos regionales donde el derecho islámico hubiera podido encontrar la oportunidad de renacer.

- iii) *Las múltiples referencias, durante las dos guerras del Golfo, a la Carta de las Naciones Unidas y al derecho internacional, y el recurso a las Naciones Unidas para poner fin a los conflictos.*

Ninguna Institución regional islámica se ha hecho o ha podido hacerse cargo de la solución de los dos conflictos del Golfo (guerra iraco-iraní de 1980-1988 y “guerra del Golfo” de 1991). Recordaremos brevemente que, en el primer conflicto, los Acuerdos de Argel de 1975 concluidos por las partes beligerantes para poner término a su contencioso territorial fueron registrados en las Naciones Unidas, a falta de una institución de acogida puramente islámica. Fue también a un órgano de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad, al que le correspondió la tarea de intentar poner fin al conflicto, cuando la Carta de las Naciones Unidas podía autorizarle a reconocer una competencia principal,



aunque no exclusiva, a toda institución regional apropiada, para tratar de resolver el conflicto antes de ejercerla él mismo.

Cuando el Consejo de Seguridad pasó a ocuparse de la guerra iraco-iraní, uno de los beligerantes demostró ciertamente alguna desconfianza al respecto, de acuerdo con su línea de conducta habitual. Pero de una y otra parte se invocaba, en el Consejo y fuera del Consejo, el derecho internacional y no el derecho islámico.

Todos estos factores, y muchos otros que podíamos haber evocado, han hecho que el derecho islámico haya permanecido casi en el estado en que se hallaba en el siglo VII y haya sufrido la indiferencia en que siempre ha vivido, tanto por parte de la comunidad internacional como por parte de los propios Estados musulmanes.

De ahí que las posibilidades de coexistencia de ese derecho con el derecho universal, teóricamente intactas, son de hecho nulas.

B. Las posibilidades no empleadas de coexistencia entre un orden universal y un orden regional islámico

El artículo 52 de la Carta de las Naciones Unidas ha precisado que ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de organismos regionales destinados a entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales que se presten a una acción de carácter regional.

Lo que ha impedido aprovechar esta disposición para lograr el apaciguamiento de la región es la incapacidad del único foro regional existente apropiado para hacerse cargo de la solución de conflictos y no ninguna incompatibilidad del derecho musulmán o de este foro islámico con los fines y principios de las Naciones Unidas.

El lugar mínimo e insignificante que ocupa el derecho internacional islámico en el área geográfica de los Estados musulmanes no constituye una sorpresa. Es el producto inevitable de la debilidad política persistente de esta región del mundo. Esta región se halla asolada por guerras, arruinada por rivalidades, codiciada por sus riquezas, sobre todo energéticas, acechada por intolerancias, y dolorosamente expuesta a refugiarse, sea en la taciturna contemplación de un "pasado sin futuro", para olvidar una historia



demasiado ingrata, las desgracias del presente y las humillaciones cotidianas, sea en una “modernidad sin raíces” que la empuja hacia una despersonalización y una cultura adulterada.

* * *

La elaboración del derecho internacional contemporáneo continúa siendo en gran medida obra de los Estados avanzados. Estos han podido proveerse, a través de este derecho, los instrumentos jurídicos adecuados para consolidar su poder y su desarrollo. Pero al mismo tiempo hay que reconocer que han conseguido hacer avanzar objetivamente este derecho internacional. Este salto cualitativo se mide sobre todo por los progresos registrados en la creación y la formación de la norma jurídica internacional, con la emergencia del *jus cogens* entre otras cosas, por el enriquecimiento institucional, por la ampliación (aunque todavía discreta y contestada) del círculo de sujetos del derecho internacional al individuo, a la humanidad y a la comunidad internacional y, finalmente, por una percepción más generalizada del carácter obligatorio del derecho internacional, del que esperamos una aplicación indiscriminada y más firme en el marco del nuevo orden mundial hoy anunciado.

La Haya, septiembre de 1991.