

REFLEXIONES SOBRE LA FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN UN ESCENARIO MUDABLE

José Manuel SOBRINO HEREDIA / Montserrat ABAD CASTELOS

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.— I. POSIBLES CAMBIOS A EXPERIMENTAR POR LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL: A) El ámbito consuetudinario: la marcha imparabile de la expresión de ciertas convicciones jurídicas frente a la práctica. B) El ámbito creciente del *soft law*: la manifestación de intenciones políticas frente a la expresión de compromisos jurídicos. C) Otros cambios normativos previsible (o los efectos derivados de la incompatibilidad entre normas). D) Probables novedades en el plano de los *sujetos* creadores de las normas.—II. PERCEPCIÓN SOBRE LA NECESIDAD DEL CRECIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL: A) Observaciones introductorias; B) Observaciones en relación con varios ámbitos materiales: a) *El plano de los conceptos jurídicos*; b) *El Derecho internacional económico*; c) El desarme; d) La responsabilidad internacional del Estado; e) La competencia extraterritorial del Estado.—APRECIACIONES FINALES.

INTRODUCCIÓN

Cabe hacer infinitas cábalas sobre cuáles pueden ser los cauces por dónde discurrirá la elaboración del Derecho internacional público en un futuro más o menos próximo, que sitúe su centro de gravedad a partir de los veinte años siguientes. A primera vista, no es difícil imaginar qué canales acogerán el curso, bastante crecido ya, de dicha elaboración, así como los obstáculos que pueden entorpecer más el ya pedregoso camino: la sectorialización rampante, la descentralización, la falta de coordinación entre los órganos competentes para proyectar la codificación o el progreso del Derecho o, incluso, la misma crisis que aqueja a algunos de aquellos órganos, como es el caso de la Comisión de Derecho Internacional, encargados de la tarea de



contribuir al impulso, al menos en la etapa inicial, de la formación del ordenamiento jurídico internacional en un gran número de áreas.

Dejando al margen los desafíos que pudieran estar ahora mismo latentes y que pudiesen llegar a representar algún peligro para la unidad del ordenamiento internacional¹, cabe adentrarse, aunque sea superficialmente, en lo que atañe a ciertos aspectos que podrían enmarcarse, en cierto modo, en el clásico tema de debate sobre la plenitud del sistema internacional. Planteado en otros términos, cabría interrogarse sobre varias cuestiones, algunas de ellas estrechamente relacionadas entre sí; a saber: cuáles serán, previsiblemente, los rasgos distintivos del *law-making* venidero, si se echa de menos especialmente la existencia de regulación sobre algún ámbito de la realidad internacional o cómo es de suponer que se resuelvan o intenten solucionarse los problemas que existen actualmente en el proceso de formación del Derecho internacional.

Está claro que uno de los signos más reveladores del estado de salud de un sistema jurídico es el que se muestra con su aptitud, o bien con su ineptitud, para continuar creando o adaptando las normas que forman parte del mismo. En palabras de DANILENKO,

“(...) one of the most important features of an effective legal system is its capacity to reflect the changing needs and demands of a society in which it operates. In view of this basic requirement, it is clear that a viable legal system presupposes continuous law-making activity”².

Partiendo de la tesis de la plenitud del sistema normativo internacional, en el sentido de que, aun sin ser realmente un orden completo o *acabado*, puede actuarse como si así lo fuera, es perfectamente factible teorizar brevemente sobre los dos órdenes de desarrollo que le aguardan. Por una parte, y tras constatar la expansión del Derecho internacional, hemos de centrarnos en la evolución que cabe esperar en relación con el contenido de ciertas normas jurídicas, las cuales, aunque nacidas en momentos históricos diferentes, co-

1. Para atender a los factores de diversidad más importantes, con una prueba simultánea del carácter unitario del orden jurídico internacional, véase O. CASANOVAS Y LA ROSA: “Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. II, 1998, Centro Internacional Bancaja para la Paz y el Desarrollo / Aranzadi Editorial, pp. 35-267.

2. G.M. DANILENKO: *Law-Making in the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1993, p. 1.



existen en la actualidad y han entrado en colisión. Igualmente, cabe que nos preguntemos, también en esta primera vía de exploración acerca de las posibilidades de futuro del ordenamiento jurídico internacional, por los cambios ya acaecidos o por experimentar en el mismo. Sería, consiguientemente, un lugar adecuado, por ejemplo, para seguir el rastro dejado por los elementos de la costumbre en los últimos años o para inquirir sobre las últimas tendencias en relación con el *soft law*. Por otra parte, debemos plantearnos la necesidad (y aun la futura repercusión) de una acción reguladora, fundamentalmente de tipo convencional, que se volcase sobre los *vacíos* (lógicamente, no nos estamos refiriendo ahora a la intervención judicial respecto de tales posibles lagunas, aunque quizá también podría hablarse largo y tendido sobre ello, con el dictamen sobre la *Licitud de la amenaza o el uso de armas nucleares* como telón de fondo³) o, si se prefiere, dado que las mismas se pretenden como colmables, sobre el tratamiento a otorgar respecto de las insuficiencias normativas que todavía existen a estas alturas. Este apunte de *lex ferenda* muestra algunos ámbitos que deberían ser objeto de una inquietud reguladora, a pesar de que, sobre todo en relación con algunos de ellos, cabe intuir que las perspectivas de éxito quizá no sean muchas.

Pero antes, ha de reservarse un lugar en esta sede para subrayar que, aunque, día a día, tratados internacionales recién celebrados continúen amontonándose sin cesar, parece legítimo pensar que un desenlace satisfactorio de múltiples carencias actuales nunca podría venir de la mano de una progresión de la cantidad normativa *a secas*. Haría falta un fortalecimiento institucional paralelo, el cual, obviamente, podría llegar a producirse de forma menos lenta y más vigorosa si contase con un apoyo teórico-jurídico claro. Sobra decir que la esencia de una idea como ésta no es originariamente nuestra. Basta con introducirse en un estudio iniciativo, pero global, de nuestra disciplina para comprobar que sus principales talones de aquiles se encuentran mayoritariamente en el mismo ámbito o, tal vez, mejor dicho, en la misma etapa, esto es, en la aplicación (piénsese, sólo a título de ejemplo, pero eligiendo uno especialmente llamativo, por tratarse de un sector en que no faltan las normas, pero sí están relativamente ausentes o inoperantes —o funcionan con un doble rasero— los sistemas de control: el Derecho internacional humanitario)⁴. No

3. Opinión consultiva dictada por el T.I.J. el 8 de julio de 1996; *I.C.J. Reports*, 1996.

4. En extenso, sobre la necesidad y el deber jurídico de prepararse, por parte de los Estados, para la puesta en práctica de tal sector normativo, puede verse M. PÉREZ GONZÁLEZ: "Consideraciones sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario, con especial referencia a su aplicación en el orden interno", *Héctor Gros Espiell*



vamos a insistir ahora mucho más sobre ello, porque, como es bien sabido, sobre una percepción así ya hace mucho tiempo que se viene insistiendo por los internacionalistas, con distintas formulaciones y desde diversos enfoques⁵.

I. POSIBLES CAMBIOS A EXPERIMENTAR POR LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

A) El Ámbito Consuetudinario: La marcha imparable de la expresión de ciertas convicciones jurídicas frente a la práctica

Las relaciones entre los dos elementos de la costumbre siempre han constituido una cuestión especialmente interesante desde el punto de vista jurídico y, como tal, han recibido la merecida atención de la doctrina. No es nuestra intención ahora volver sobre aspectos clásicos que ya han sido vacíos, aunque sólo sea en cierto modo, de cualquier potencial atisbo de novedad en su examen. Tan sólo queremos aquí atestiguar la continuación de una tenencia de la cual ya vienen dando fe numerosos internacionalistas. En efecto, ya hace tiempo, ciertas modificaciones en relación con el proceso consuetudinario comenzaron a hacerse perceptibles a la vista de quienes, por preocuparse mediata o inmediatamente del fenómeno de la costumbre, se han esforzado por calibrar la práctica estatal y por intentar hacer indagaciones sobre el

Amicorum Liber, vol. 2, Bruxelles, 1997, pp. 1087-1113. Con el punto de mira puesto en la aplicación de igual rama del Derecho internacional público, cabe citar, entre muchos otros, a L. CONDORELLI: "L'évolution des mécanismes visant à assurer le respect du droit international humanitaire", *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Éditions A. Pedone, Paris, 1998, pp. 127-133.

5. Hace pocos años, J. ROLDÁN: siguiendo inicialmente a F. WOLF ("Nécessité croissante des normes internationales", *International Law at the Time of its Codification. Essays in Honour of R. Ago*, vol. I, P. Lamberti Zanardi et al. (eds.), Milano, 1987, pp. 553-563), admitía que existe, por supuesto, una necesidad creciente de normas jurídicas internacionales, afirmando que los Estados "deben esforzarse (...) por generar más y mejor derecho, procurando la convergencia de sentimientos e intereses, clarificando sus intenciones jurídicas y dotándolas de coherencia, todo para infundir racionalidad y vías de arreglo a los innumerables problemas transnacionales de nuestro tiempo". Pero añadía, además, que "es preferible, con frecuencia, proceder a un desarrollo institucional, potenciando los mecanismos de garantía, que a un engrosamiento normativo"; *Ensayo sobre el Derecho Internacional Público*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Almería, 1996, p. 91.

estado del convencimiento —jurídico— que pudiese mediar al respecto⁶. Desde esta perspectiva, cabe indicar que, aun cuando en el pasado era posible advertir una prevalencia del elemento material sobre el espiritual (debido a varias razones, entre las cuales, cabría entresacar ahora la existencia de ciertas reticencias a la admisión del elemento de la *opinio iuris*, provocadas por la pretensión baldía de equiparar los estados psicológicos humanos a aquella necesaria certeza estatal; la dificultad que sí entraña, en cualquier caso —aunque, como veremos, cada vez menos—, averiguar si existe o no una creencia que puede caminar separada de la práctica —a pesar de que, al final, haya de precisar de su compañía—; o incluso los problemas planteados por la denominada paradoja del acto inicial de la práctica, el cual, según se mire, podría nacer hasta de un error de conciencia, en el mismo punto de partida, del propio Estado⁷), las cosas han cambiado tanto, que incluso no resulta demasiado atrevido afirmar que aquella primacía ha invertido por completo sus términos, siendo en la actualidad el elemento espiritual el que lleva a sus espaldas el mayor peso⁸. En esta redistribución de la carga llevada a cabo entre los dos componentes tradicionales de la costumbre han influido nuevas

6. Tomando como objeto de estudio dos ramas del Derecho internacional público simultáneamente, esto es, el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario, PÉREZ GONZÁLEZ, ha mostrado que la interrelación entre sendos ámbitos normativos constituye, en realidad, la clave para sostener la afirmación del carácter consuetudinario de ciertas normas pertenecientes al sector de las normas principalmente aplicables en tiempo de conflicto armado; véase su exposición al respecto en “Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, volumen I, 1997, pp. 315-393; pp. 334-339.

7. Estamos ante un problema teórico, al cual la doctrina no ha dejado de darle vueltas y más vueltas, y que suele sortearse a través del empleo de la expresión *opinio iuris sive necessitatis*. Solución que, como estima Žemanek, deja al lector conjeturando si existe una verdadera creencia en un deber jurídico o sólo la convicción de que una determinada conducta es necesaria para ordenar ciertas relaciones internacionales. Como adelantábamos, supone un remedio para rodear el problema, pero no para resolverlo porque, el mismo vuelve a hacerse acuciante cuando la norma consuetudinaria está atravesando por un proceso de cambio; cfr. “The Legal Foundations of the International System. General Course on Public International Law”, *R. des C.*, 1997, Tome 266, pp. 9-336; p. 150.

8. A la doctrina, tal como adelantábamos, no le ha llevado mucho tiempo hacerse eco de tal nueva realidad; véase, entre otros, D. FIDLER: “Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law”, *G.Y.I.L.*, vol. 39, 1996, pp. 198-248; R. HUESA VINAIXA: *El nuevo alcance de la ‘opinio iuris’ en el derecho internacional contemporáneo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991; T. O. ELIAS: “The nature of the subjective element in customary International Law”, *I.C.L.Q.*, vol. 44, 1995, pp. 501-523; M. MENDELSON: “The subjective element in customary International Law”, *B.Y.I.L.*, vol. 66, 1995, pp. 177-208; L. MILLÁN MORO: *La opinio iuris en el Derecho internacional contemporáneo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

realidades, como repasaremos en los párrafos siguientes, pero importa reparar también en que dicha inversión, tanto en el orden de aparición como en la importancia atribuida, tiene un gran significado. En efecto, a diferencia del proceso consuetudinario *tradicional*, en el cual la práctica se iniciaba sin conciencia alguna de obligación por parte del Estado, el elemento material presente se adapta a una aspiración normativa de la Comunidad internacional, fundamentalmente en aquellos casos en que la convicción estatal ha sido declarada en un foro universal⁹. Éste es un modo de proceder que, en realidad, parece acercarse más a un *iter legislativo* que a los cauces consuetudinarios clásicos, y que se justifica por la necesidad de conseguir una mayor rapidez en la creación o en el avance del Derecho en áreas que representan un importante interés para la humanidad¹⁰.

La inconsciencia de que casi irremediabilmente adolecían en el pasado un número considerable de Estados que no eran directamente afectados por una determinada pauta consuetudinaria de índole regional o local, estuviera en gestación o fuera ya consolidada, ha ido dejando paso a un conocimiento generalizado, también prácticamente ya ineludible, de las costumbres, aunque éstas sean ajenas. En este sentido, bien puede señalarse que el valor democratizador se ha dejado sentir visiblemente en el ámbito consuetudinario de las últimas décadas, al abrirse, por fin, este cauce de producción jurídica al conocimiento y a la participación de todos los Estados, sea cuál sea su condición o su peso político en la Comunidad internacional. Pero no nos llevemos a engaño: continúan existiendo entornos materiales vedados a la entrada de normas de carácter consuetudinario para ciertos Estados. En efecto, los Estados subdesarrollados no pueden acceder a la oportunidad de que su convicción jurídica se vea confirmada por la práctica en todos aquellos sectores del ordenamiento internacional en que se precisa que su *opinio iuris* sea compartida por los Estados desarrollados, y que éstos aporten, además, la práctica necesaria al respecto. No haría falta nombrar ninguno de dichos ámbitos, en que la

9. Cfr. J. DELBRÜCK: "Structural changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization", *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht*, 1, 2001, pp. 1-36; p. 30.

10. Cfr. la idea en J. CHARNEY: "Universal International Law", *A.J.I.L.*, vol. 87, 1993, pp. 529-551; pp. 543 y ss. Véase también *id.*, "International Lawmaking. Art. 38 of the Statute of the ICJ", *New Trends in International Lawmaking. International "Legislation" in the Public Interest?*, J. Delbrück (ed.), Berlin, 1997, pp. 171-191. Sobre este particular, puede verse también J. BARBOZA: "The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly", *Liber Amicorum 'In Memoriam' of Judge José María Ruda*, C.A. Armas Barea (ed.), Kluwer Law International, Netherlands, 2000, pp. 1-14; en especial, pp. 2-5, 8-9 y 14.



penetración de los Estados atrasados se ve imposibilitada por carecer del obligado *partenaire*, pero vale la pena ceder ante la tentación de citar uno de los mejores botones de muestra: el ansiado, por unos, y relegado, por otros, N.O.E.I.

En cualquier caso, hemos de señalar ahora que, también en contraste con el pasado, la información sobre las convicciones teóricas que los Estados tengan, o manifiesten tener, y, llegado el caso, sobre, los actos de apoyo o de abandono de aquellas posiciones, o incluso sobre la inacción, es abrumadora. Al incremento de los informes y repertorios, que ya desde hace tiempo venían publicando numerosos Estados, se ha sumado la inflexión supuesta por la revolución tecnológica producida en el mundo de las telecomunicaciones. Nueva realidad que suscita innumerables reflexiones. Entre las muchas posibles, bien puede estimarse que debido al advenimiento de la sociedad de la información, en que ya estamos viviendo totalmente inmersos, se han inyectado múltiples dosis de novedad. Algunos de estos recientes hechos pueden llegar a tener un reflejo casi automático en el Derecho. En el espacio jurídico en que ahora nos estamos moviendo, influyen en la ostensible disminución del tiempo necesario para que una práctica cristalice, para que la misma se expanda también hasta involucrar de algún modo a todos los Estados potencialmente interesados o, incluso, para que las acciones se doten de mayor uniformidad en un más breve período de tiempo. En realidad, el origen de dicha mutación, siendo bastante reciente, no es novísimo. Dicho de otro modo, estas innovaciones se insertan en el seno de un proceso de aceleración que se originó unas décadas más atrás¹¹, aunque, por supuesto, el paso de los últimos años ha multiplicado enormemente su avance¹². Pero no debe olvidarse que ya hace tiempo se había llegado a hablar de la posibilidad de una

11. Y ya había sido objeto de estudio doctrinal. En tal sentido, habría de citarse a R.J. DUPUY, en relación con alguno de sus estudios, como son los dos siguientes: "Coutume sage et coutume sauvage", *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, 1974, pp. 75-87 y "Droit déclaratoire et droit programmatore: De la coutume sauvage à la *soft law*", *L'élaboration du droit international public*, Colloque de Toulouse, Société Française pour le Droit international, Paris, 1975, pp. 132-148.

12. Actualmente la mayor parte de las instituciones gubernamentales tienen su página-*web* en Internet (con las implicaciones que esto tiene, sobre todo, en lo que concierne a la valoración de la práctica apta para conformar el elemento material de la costumbre, que deberá ser juzgada más por su frecuencia que por el mero paso del tiempo). Éste y otros datos fácticos, enormemente reveladores de los nuevos tiempos, pueden consultarse en K. ZEMANEK: "The legal foundations...", *R. des C., loc. cit.*, p. 165.



costumbre *instantánea*¹³, a replantearse la misma pertinencia de la denominación tradicional de la fuente formal a que nos estamos refiriendo, esto es, del mismo término “costumbre”, o a recapacitar sobre su posible contenido¹⁴. Parece enteramente lógico, pues, que a la luz de los últimos impulsos experimentados en la Sociedad de la información incluso se lleguen a plantear otras interrogantes sobre otros posibles cambios en la estructura de la gestación consuetudinaria¹⁵.

B. El ámbito creciente del *soft law*: la manifestación de intenciones políticas frente a la expresión de compromisos jurídicos

A estas alturas, la noción de *soft law* sigue sujeta a un debate teórico nada pacífico, con ocasión del cual continúa cosechando abundantes matices en relación con su significado específico¹⁶. Sin tener que entrar ahora a tomar

13. B. CHENG: “Custom: the future of general State practice in a divided world”, *The Structure and Process of International Law*, R.St. Macdonald y D.M. JOHNSTON (eds.), The Hague, 1983, pp. 513-554.

14. Véase G. ABI-SAAB: “La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du Droit international général dans un monde éclaté”, *International Law at the Time of its Codification. Essays in Honour of R. Ago*, vol. I, P. Lamberti Zanardi et al. (eds.), Milán, 1987, pp. 53-65; p. 64 o R. JENNINGS: “What is International and how do we tell it when we see it”, *ASIL Proceedings*, vol. 37, 1981, pp. 59-88; p. 71.

15. En esta línea, J. KING GAMBLE señala que “(...) Much better, more complete information about state actions and attitudes may make it possible to have less stringent standards”. Pero, justo a continuación, aclara que “this does not mean that customary law will be forced on states against their; it does mean that we will have a much more precise indication of those wills and have it much more quickly”; “New Information Technologies and the Sources of International Law: Convergence, Divergence, Obsolescence and/ or Transformations”, *G.Y.I.L.*, vol. 41, 1998, pp. 170-205; p. 192.

16. Sólo a título indicativo, pueden verse los siguientes escritos que se han acercado al tema: R. BAXTER: “International Law in ‘Her Infinite Variety’”, *I.C.L.Q.*, 1980, pp. 549 y ss.; R.J. DUPUY: “Droit déclaratoire et droit programmatore: De la coutume sauvage à la *soft law*”, *L’elaboration du droit international public*, Colloque de Toulouse, Société Française pour le Droit international, Paris, 1975, pp. 132-148; P.M. EISEMANN: “Le Gentlemen’s Agreement comme source du Droit international”, *J.D.I.*, Núm. 106, 1979, pp. 326-348; R. IDA: “Formation des normes internationales dans un monde en mutation: critique de la notion de *soft law*”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, *Mélanges M. Virally*, Paris, 1991, pp. 333-347; A.J.P. TAMMES: “Soft Law”, *Essays on International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, The Hague, 1983, pp. 187 y ss.; P. WEIL: “Vers une normativité relative en droit international?”, *R.G.D.I.P.*, 1982, pp. 5 y ss.



un partido expreso y consecuente sobre cuál pueda ser el verdadero quid de la esencia del denominado *soft law*, ni tampoco en una posible categorización de los efectos en la conducta —posterior— de los Estados, sólo queremos incidir aquí en la mayor frecuencia con que se vienen efectuando últimamente cierto tipo de manifestaciones. Lo cierto es que muchas declaraciones que bien podrían asemejarse a una genuina expresión de *opinio iuris*, claro está, desde el mero punto de vista formal que puede otorgar una apariencia, parecen quedar-se después en *nada*.

Es bien sabido que el *soft law* se ha puesto esencialmente en relación con la intervención estatal en un determinado foro institucional, por un lado, y con dos ámbitos materiales de la realidad internacional que tienen problemas de juridicidad, por otro lado. Nos estábamos refiriendo, claro está, en primer lugar, a la Asamblea General de las Naciones Unidas y, en segundo lugar, a ciertos aspectos conectados con el ámbito internacional económico y con el medio ambiente internacional¹⁷. Es necesario señalar aquí la continuación de tales tendencias, así como la expansión a otros ámbitos que, en último término, están presididos también por el intento de lograr una perspectiva común o incluso *comunitaria* en su tratamiento normativo, como bien puedan ser ciertos espacios del sector de los derechos humanos. En el clásico estudio que R.J. DUPUY dedicó a la cuestión en 1975¹⁸, y que por cierto ha sido recientemente reeditado, el profesor francés decía que:

17. J. A. BARBERIS, experto en el próximo fenómeno consuetudinario, ha puesto de relieve de modo bien claro, las tres acepciones principales de tal concepto. En primer lugar, se denominan así a las normas que se encuentran inmersas en un proceso de formación y que todavía no han adquirido validez jurídica. En segundo lugar, se hace referencia a ciertas normas jurídicas de contenido difuso o vago, en las cuales resulta difícil precisar si sus disposiciones han sido o no cumplidas de forma debida. Y, en tercer lugar, se emplea para designar las reglas incluidas en las resoluciones de ciertas órganos u organizaciones internacionales, en los acuerdos políticos entre los gobiernos, en ciertos códigos de conducta, en declaraciones conjuntas de presidentes o de ministros de Relaciones Exteriores o, también por ejemplo, en determinadas orientaciones o directrices adoptadas por consenso en conferencias internacionales; cfr. *Formación del derecho internacional*, Editorial Ábaco Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1994, pp. 282 y 283.

18. R.J. DUPUY: "Droit déclaratoire et droit programmatore: De la coutume sauvage à la *soft law*...", *loc. cit.*, pp. 132-148.



“(…) nous nous trouvons dans les zones de croissance d’un droit de finalité qui va à l’encontre des traditions et dont le mouvement ne peut s’affirmer qu’avec le règlement progressif des contradictions qui contrarient l’avènement, toujours inachevé, de la communauté internationale”¹⁹.

Es fácil deducir que en los años venideros este Derecho *blando* continuará incrementado sus ámbitos de actuación. La *globalización* plantea nuevos desafíos ante los cuales los sujetos primarios del Derecho internacional van tardando en reaccionar. El proceso de institucionalización experimentado por la Comunidad internacional ayuda en gran medida a ello, pero no es suficiente. Es cierto que el papel de ciertas Organizaciones internacionales está siendo crucial a la hora de provocar, en cierto modo, que el Estado asuma compromisos. Y también habría que hacer una merecida mención a la importante y ascendente función que vienen llevando a cabo muchas O.N.G.s en la Sociedad internacional, trascendiendo desde hace tiempo la de ejercer una simple *presión*. Sin embargo, a pesar de esa obstinación positiva y constante, institucional, por una parte, y espontánea, por la otra, ha de repararse también en el hecho de que ante la percepción de cada nuevo reto habrán de sucederse una serie de etapas, en las cuales los Estados, mire por donde se mire, tienen mucho que hacer: primero, habrán de reconocerlo como tal reto; segundo, habrán de ir asumiendo que es necesaria una actuación por su parte; tercero, habrán de buscar el medio de acción, y éste no es por lo general un compromiso jurídico inmediato.

Participando en cierta medida en el debate sobre la naturaleza del *soft law*, en el sentido de reconocer, tal como desciframos en la práctica internacional, su carácter de *normatividad atenuada* o de categoría intermedia, en la medida en que no llega a alcanzar la judicicidad plena²⁰, todo parece indicar que por esta vía se encamina la acción de los Estados, sobre todo en el seno de ciertas Organizaciones internacionales, aunque también fuera de tal marco, y en relación con ciertos ámbitos de interés común, tal como adelantábamos. Esta percepción parece ser compartida por la doctrina; quizá sea porque, en último término, se trata de elementos fácil u objetivamente distinguibles en la

19. “Droit déclaratoire...”, ahora recogido en la obra recopilatoria: R.J. DUPUY: *Dialectiques du Droit international. Souveraineté des Etats, Communauté Internationale et Droits de l’Humanité*, Editions A. Pedone, Paris, 1999, pp. 107-120; p. 120.

20. No obstante, el hecho de atribuirle este carácter no implica la pretensión de excluir cualquier otro posible, mientras no sea incompatible.



práctica²¹. Sin embargo, sí cabe percibir disensiones doctrinales (además de los diferentes entendimientos existentes en relación con la naturaleza, como hemos visto *supra*) en lo que atañe a la valoración que cabe realizar e incluso en torno a los efectos que cabe observar. Por una parte, cabe encontrar opiniones que asignan al *soft law* una función de verdadero estímulo al avance del ordenamiento jurídico internacional, en la medida en que

“experience shows that both in domestic jurisprudence and in legislation or codification relevant to international law the existence of a body of soft law stimulates a mimetic process to the effect of reproducing the same prescription in an obligatory mode”²².

Pero por otra parte, es posible encontrar también multitud de opiniones críticas con tal categoría. En este sentido, se ha estimado que

“en tant qu’instrument d’analyse juridique, la notion de soft law manque de rigueur. Nous devons reconnaître que le souci de précision et d’exactitude est à la base du développement du droit international”²³.

En una línea todavía más demoledora, se ha entendido que

“not only does soft law have nothing to contribute to the solution of the political problems of the day, it only contributes to the types of

21. Es sencillo, así, encontrar asunciones del Derecho *blando* que parten de las expectativas que conciernen al previsible “(...) increasing role for soft law in the context of the transformations the international society is this last part of the century”, F. FRANCONI: “International ‘soft law’: a contemporary assessment”, *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Edited by Vaughan Lowe and Małgosia Fitzmaurice, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996, pp. 167-177; p. 174.

22. Quien hace esta afirmación es F. FRANCONI, y todavía añade un ejemplo práctico: “this happened with the 1987 United States Restatement III, whose section 702 includes ‘generally accepted’ human rights whose legal status is largely drawn from a background of soft law (at the time the US was not even a party to most of the relevant treaties!) and with the jurisprudence of domestic courts which have on some occasions enforced provisions of the Universal Declaration on Human Rights as customary law”, “International ‘soft law’...”, *Essays in honour of Sir Robert Jennings...*, *loc. cit.*, p. 176.

23. R.IDA: “Formation des normes internationales...”, *Mélanges Michel Virally...*, *loc. cit.*, p. 340.

smokescreens that bureaucrats and politicians may be fond of, but that in the end are a danger to our cherished Rule of Law"²⁴.

Sin embargo, ambas caras son acomodables simultáneamente en una misma realidad. Aparte de las carencias que este Derecho programático o *pre-Derecho* pueda tener como categoría jurídica abstracta, las principales críticas que cabe hacer deben dirigirse, en último término, a la actitud de los Estados que están detrás, ya que son éstos quienes con su toma de posición, a menudo pacata, impiden una elevación de las intenciones declaradas hasta el plano de los compromisos jurídicos. Pero no hay nada nuevo bajo el Sol. Es éste un trasfondo de pugna entre lo político y lo jurídico a que estamos muy acostumbrados quienes a diario intentamos acercarnos al estudio del Derecho internacional²⁵.

Si acaso, otro aspecto que parece criticable guarda relación con otra cierta actitud de los Estados, y que también la percibimos como ascendente. Nos referimos a la ambivalencia que se le imprime a ciertos actos estatales, de modo que no se deja claro el verdadero propósito que subyace tras el comportamiento, manifestado generalmente por medio de declaraciones verbales. Vemos que este tipo de manifestaciones se hacen cada vez de modo más frecuente. Tal vez el fenómeno globalizador contribuya a ello, particularmente por las implicaciones que tiene vivir en la actual Sociedad de la información. En este sentido, se advertiría lo que se presenta, a nuestro juicio, como un fenómeno progresivo, y que se refiere a la expresión de intenciones con cierta

24. J. KLABBERS: "The Undesirability of Soft Law", *Nordic Journal of International Law*, vol. 67, 1998, pp. 381-391; p. 391. Lo curioso es que el mismo autor argumentaba tan sólo dos años antes que la noción de *soft law* era simplemente "redundant" (puede comprobarse en su artículo "The Redundancy of Soft Law", *Nordic Journal of International Law*, vol. 65, 1996, pp. 167-182), pero él mismo explica en su último trabajo citado cuáles son las razones que motivaron que arribara a la conclusión de que el *Soft law* puede tener efectos indeseables (véase *loc. cit.*, 1998, especialmente, pp. 382 y ss.).

25. Es ciertamente un contexto que ha despertado la curiosidad de numerosos autores, en múltiples lugares. Puede citarse ahora, a título meramente indicativo, el trabajo de P.F. GONIDEC: "Dialectique du droit international et de la politique internationale", *Le droit des peuples a disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du Droit International. Mélanges offerts a Charles Chaumont*, Ouvrage publié avec le concours du Centre National des Lettres, Éditions A. Pedone, Paris, 1984, pp. 315-322. Asimismo, para un interesante análisis del recorrido a través del *ciclo vital* de una norma jurídica internacional, desde antes de su nacimiento hasta su consolidación, teniendo especialmente en cuenta el entorno extrajurídico que actúa como fondo condicionante, puede verse M. FINNEMORE y K. SIKKINK: "International Norm Dynamics and Political Change", *International Organization*, vol. 52, Number 4, Autumn 1998, pp. 887-917; en particular, pp. 986-906.



ligereza. No es difícil observar una tendencia combinada de elementos como la proliferación de reuniones internacionales, de actividades insertadas en el marco de ciertas instituciones del mismo carácter, la atención preferente de los medios de comunicación a dichos encuentros, y la enunciación de intenciones por parte de los líderes políticos, incluso podría decirse que de modo desenfadado, asumiendo algo que *aparentemente* parece un compromiso sobre los temas más diversos, entre los cuales podrían mencionarse los relativos a la acción frente a la pobreza, la prevención de conflictos armados, la cooperación al desarrollo, la protección medioambiental o la lucha contra el SIDA. Luego, los hechos ya se encargarán a menudo de desmentir con crueldad el esperado cumplimiento de los propósitos, antedichos con publicidad. Y tal inacción, además de no poner freno a la expansión de una fractura que cada vez abre más el abismo divisorio que enfrenta a la Humanidad, convierte en incrédulo al *hombre medio de la calle*, lego en cuestiones jurídicas internacionales, y logra confundir también al *internacionalista*²⁶.

26. Pensemos, por ejemplo, en la reciente Cumbre del Milenio (Nueva York, 6-8 de septiembre de 2000), auspiciada por las Naciones Unidas. La misma acogió a representantes políticos al más alto nivel de la inmensa mayoría de los Estados de la Comunidad internacional y fue cubierta por todos los medios de comunicación, escritos y audiovisuales, con derroche de medios (se ha dicho que se trató de la reunión más grande de jefes de Estado o/y de Gobierno llevada a cabo jamás en el mundo; puede verse información relativa a la misma en <<http://www.un.org/spanish/milenio>>). Se planteó como una oportunidad histórica para emprender cierto tipo de reformas. Finalmente, en el informe elaborado por el Secretario General se anunciaban una serie de *propuestas claves*, incluyendo algunas iniciativas nuevas y varios programas: en primer lugar, de desarrollo; en segundo lugar, de seguridad; en tercer lugar, ambiental; en cuarto lugar, de renovación de las Naciones Unidas. Centrémonos por un momento en el contenido del primer programa, referido al desarrollo. En él, "se insta" a los Jefes de Estado o de Gobierno a que tomen medidas en las esferas siguientes: pobreza (reducir a la mitad, antes de 2015, la proporción de la población mundial cuyos ingresos sean de menos de un dólar al día), agua (reducir a la mitad, antes de 2015, la proporción de personas que no tienen acceso al agua potable y segura), educación (reducir la disparidad entre los géneros de enseñanza primaria y secundaria antes de 2005 y asegurar que, antes de 2015, todos los niños completen un programa completo de educación primaria) y SIDA (detener y empezar a hacer retroceder, la difusión del SIDA antes de 2015 a través de la adopción de una serie de medidas, las cuales también se hacen explícitas). Este programa, sobre todo en su faceta referente a la lucha contra la pobreza, fue quizá el más aireado por los distintos medios de comunicación. Y en este sentido, nos parece destacable el hecho de los mismos contribuyeran una vez más a alimentar una cierta confusión con sus titulares en cuanto a la verdadera naturaleza de tales pautas programáticas de actuación. En general, en los distintos informativos televisados en nuestro país observamos como se hicieron referencias a una fórmula equivalente, por ejemplo, a una que afirme que "se asumió el compromiso de erradicar la pobreza en el año 2015". Algo parecido, aunque con menor intensidad, sucedía en la prensa escrita. Al menos en algún periódico nacional, se incluían términos más *imperativos* que el lenguaje realmente utilizado. Así, por ejemplo, en el diario *El País* de 6 de septiembre de 2000 (p. 5), puede leerse

De todas maneras, justo es advertir que una gran parte de la culpa que quepa atribuir por el mal estado de la situación en los campos citados en el párrafo anterior debe imputarse a otros *actores* que operan en la Sociedad internacional: las compañías multinacionales. Volvremos sobre ello en el epígrafe D de este mismo apartado II), al referirnos a los nuevos *sujetos* creadores del Derecho internacional y al juego de los intereses económicos *privados* en la Sociedad internacional actual. Pero podría mencionarse también aquí, sólo a título de ejemplo ilustrador, las batallas (en plural) que vienen librando las potentes multinacionales del sector farmacéutico contra ciertos Estados, por la pretensión de éstos de facilitar la adquisición de medicamentos para la lucha contra el S.I.D.A., que padecen sus nacionales, a un precio más barato²⁷. Serviría como una muestra a enmarcar dentro de lo que podría considerarse una renovada polémica sobre la naturaleza de la relación “*between the market and the state; between economics and politics; between the private and public spheres*”²⁸. Relación que se llegado a cifrar por algunos autores en términos mucho más concretos, según los cuales la cuestión crucial en la economía política global del presente sería “*the tension between states and multinationals, not states and markets*”²⁹.

C. Otros cambios normativos previsibles (o los efectos derivados de la incompatibilidad entre normas)

Con el mismo marco general de fondo, relativo a las expectativas que cabe entrever para la formación del Derecho internacional en el futuro, pero adoptando una perspectiva concerniente al modo en que podrán emerger en un futuro más o menos cercano (a la vuelta de las dos o tres próximas décadas) ciertas normas significativas, se ha ido profundizando por una serie de

la siguiente frase: “Annan indicó ayer que se conformaría con un compromiso para mejorar la situación de la mitad de los pobres en el plazo de 15 años”.

27. Bien a través de la compra por parte del Ministerio de Sanidad u órgano equivalente de los derechos para la fabricación propia de tales fármacos o por comprarlos en el país de producción, bajo licencia, a un coste más bajo.

28. A. C. CUTLER: “Critical reflections on the Westphalian assumptions of international law and organization: a crisis of legitimacy”, *Review of International Studies*, vol. 27, 2001, pp. 133-150; p. 139.

29. L. EDEN: “Bringing the Firm Back In: Multinational in International Political Economy”, *Multinationals in Global Political Economy*, L. Eden and E.H. Potter (eds.), St. Martin’s Press, New York, 1994, p. 26 (citado también en A. C. CUTLER: *ibidem*, p. 145).



internacionalistas que han convertido a las fuentes formales y materiales del ordenamiento internacional en el objeto de sus indagaciones. Al menos en principio, parece haber consenso en partir de la premisa del carácter prácticamente (aunque sólo *prácticamente*) integral del sistema normativo internacional. En este sentido, es bastante sencillo encontrar afirmaciones que anteponen, con gran diferencia además, el problema de la *vaguedad* al de la *insuficiencia* normativa en el orden internacional³⁰. Dando un paso más allá, cabe indicar que, entre los planteamientos actuales realizados por los miembros de la doctrina, destacan, a nuestro entender, los que arrancan de la idea de que los desarrollos más interesantes del Derecho internacional en los próximos años surgirán en el ámbito de la relación entre normas e instituciones que ya existen, más que en la creación de normas o instituciones completamente nuevas. Éste es el núcleo de las sugestivas tesis que desarrollan autores dignos de todo crédito intelectual, como V. LOWE o P. SANDS³¹ (o incluso también, aunque haciéndolo de un modo mucho más implícito, B. SIMMA o K. ZEMANEK³²).

Sin ir más lejos, el papel clave en el esbozo del posible *nuevo orden* normativo representado por V. Lowe estaría ocupado por lo que, este autor denomina, “interstitial norms”, a las cuales se les puede atribuir la función de

30. P. SANDS se pronuncia categóricamente en un sentido así, al decir que “Today’s challenge is not the insufficiency of the rules, but rather that there may be too many, that they are frequently vague and open-ended, and –my principal point– that rules addressing different subject matters may frequently be in conflict with each other”, “Turtles and torturers: the transformation of International Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 33, Number 2, Winter 2001, pp. 527-559; p. 549. Por su parte, DANILENKO parecía partir de una asunción similar ya a principios de los años noventa: “Although the expansion of international law regulation will continue, in the years to come more attention will be devoted to revising and upgrading the already existing normative material. This follows from the fact that the process of codification and progressive development of international law under the aegis of the United Nations has already achieved impressive results (...). With increasing normative situation, law-creating efforts will inevitable shift from absolutely novel law-making to law-changing. Change is the natural law of the development of any society, including the international society”, *Law-Making in the International Community...*, *op. cit.*, p. 2.

31. Además del reciente artículo de P. SANDS citado *supra*, puede verse, del mismo autor: “Vers une transformation du droit international?”, *Cours et Travaux de L’Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris*, 2000, pp. 179-273.

32. Con respecto a estos dos últimos autores, puede verse, respectivamente: “From bilateralism to community interest in International Law”, *R. des C.*, 1994-VI, Tome 250, pp. 217-384 y “New Trends in the Enforcement of erga omnes Obligations”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 4, 2000 (Editors J. A. Frowein and R. Wolfrum), pp. 1-52; en particular, pp. 42 y ss.



ser el verdadero motor del cambio en el Derecho internacional³³. A diferencia de lo que tal vez pudiera intuirse en un principio, este tipo de normas no tiene nada que ver con las normas secundarias conocidas por todos. Pero pronto se sale de dudas, al detenerse en la aclaración ofrecida sobre el particular:

“the development is taking the form of the emergence of normative concepts operating in the interstices between those primary norms. These emergent concepts we may call ‘interstitial norms’ or ‘modifying norms’ or ‘metaprinciples’, because they do not themselves have a normative force of the traditional kind but instead operate by modifying the normative effect of other, primary norms of international law”³⁴.

Hace falta precisar, para la comprensión plena de esta teoría, que el nacimiento de tales conceptos normativos tendría lugar, ante todo, con la toma de conciencia en un determinado supuesto de la falta de concreción necesaria y exigible a una norma, la cual, por tanto, no se adaptaría bien a los hechos concretos a que hubiera de aplicarse³⁵. Asimismo, el germen de un nuevo *concepto normativo* o el manejo de otro ya consolidado podría originarse al surgir problemas de determinación del alcance de determinadas normas o, en definitiva, cuando se percibiera una colisión entre las mismas, generalmente producida entre el contenido de dos normas primarias³⁶.

33. V. LOWE: “The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm creation changing?”, *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Edited by M. Byers, Oxford University Press, 2000, pp. 207-226; especialmente ahora, las pp. 207-212.

34. *Ibidem*, p. 213.

35. Sobre estos presupuestos, y como contexto, nos parece especialmente recomendable la lectura de una monografía de J. STONE: *Legal System and Lawyers’ Reasonings*, Stevens, London, 1964.

36. El discurso que efectúa V. Lowe es mucho más extenso. Para los aspectos que ahora estamos viendo, pueden verse las pp. 212 y ss. de *ibidem*. Allí, el autor pone varios ejemplos prácticos, que pueden ayudar a entender la necesidad de contar con ciertos principios normativos o “interstitial norms” que atenuen o compensen las ambigüedades o las incompatibilidades entre las normas. Sin ir más lejos, y en lo que respecta, a posibles supuestos en los cuales falla la claridad y la determinación de los límites, esto es, la delimitación del contenido de cualesquiera normas en presencia, Lowe apunta casos respecto de los cuales sería útil tener en cuenta más datos que los presentes en la regla jurídica de referencia inicial: “(...) is the entry of armed policy into diplomatic premises from which shots have been fired, killing someone in the street outside, a violation of diplomatic immunity and inviolability or is it a lawful measure of internal policing or of self-defence? (...) does the rule on the inviolability of the diplomatic bag preclude its exposure to sniffer dogs trained to search out drugs or explosives? Do oil rigs have a right of innocent passage? Is the conduct of military



Existen ya numerosos supuestos de la práctica, incluso para ilustrar la categoría referente a las contradicciones normativas, la cual en principio se presenta como más inusual. V. Lowe utiliza, a modo de paradigma, durante todo el desarrollo seguido para el planteamiento de las sucesivas hipótesis: el concepto de desarrollo sostenible. En particular, podría destacarse ahora, a nuestros efectos, el uso aplicativo que del mismo habría hecho la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* entre Hungría y Eslovaquia, resuelto en 1997³⁷. En efecto, reflejando el conflicto de valores que latía en el núcleo de esta controversia, en relación, sobre todo, con el aprovechamiento hidroeléctrico del Danubio, la Corte sostuvo la necesidad “*to reconcile economic development with the protection of the environment*”. El tropiezo que visiblemente se producía entre el contenido de los dos principios jurídicos, es decir, el que declara el derecho al desarrollo económico, por una parte, y el que proclama el deber de protección medioambiental, por la otra, fue conciliado a través del concepto del desarrollo sostenible, según el propio entender de la Corte. No obstante, el juez Weeramantry todavía habría ido más allá, en su opinión individual respecto del asunto, al sostener, en línea con la idea avanzada ya desde hace algunos años por algunos expertos en cuestiones medioambientales, por ciertos Estados y por una serie numerosa de textos (sobre cuyo alcance jurídico consuetudinario existe una considerable nebulosa), que el principio del desarrollo normativo constituye ya en la actualidad, no un mero *concepto*, sino un auténtico *principio* normativo o, utilizando sus propias palabras, que “*(...) the law necessarily contains within itself the principle of reconciliation. That principle is the principle of sustainable development*”³⁸. En el mismo orden de ideas, P. SAND recuerda que los magistrados que conocieron el *caso Pinochet* en las distintas instancias judiciales británicas hubieron de enfrentarse, asimismo, con un aparente conflicto de normas y valores³⁹. Entraban en

exercises in the exclusive economic zone of a foreign State a lawful exercise of third State rights in that zone?”; *ibidem*, pp. 213 y 214.

37. Localizable en *I.C.J. Recueil* 1997 y, también, en <http://www.icj-cij.org>.

38. *Ibidem*. Por lo que se refiere al posible estadio normativo que puedan haber alcanzado determinados *principios* medioambientales, como es justamente el caso del que predica la necesidad de asegurar un desarrollo sostenible, véase la monografía de J. JUSTE RUIZ: *Derecho internacional del medio ambiente*, McGraw Hill, Madrid, 1999, en especial, pp. 69 y ss. y, también, la contribución de F.H. PAOLILLO, en “Fuentes y evolución del Derecho internacional del medio ambiente”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, volumen II, 1998, pp. 349-428.

39. Véase “Turtles and Tortures...”, *New York University Journal...* 2001, pp. 550 y 551.

juego, en este caso, la inmunidad del Jefe de Estado (aunque, bien es cierto, que esta norma ya se había ido recortando en gran medida, sobre todo a partir del término de la Segunda Guerra Mundial), por un lado, y la protección de derechos humanos fundamentales, por otro lado. A pesar del carácter multi-forme de las respuestas judiciales habidas y de que el final del estadió británico de este asunto fue *político* (gubernamental y no judicial), el razonamiento efectuado en la última instancia de la *House of Lords* parece haber hecho mella, en el sentido de descartar para siempre la pertinencia de dicha inmunidad, por contraria al objeto y fin de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984.

Sin duda, a la luz de estos ejemplos reales, parece perfectamente verosímil esperar que *principios normativos* de este tipo puedan y deban aplicarse en un futuro que, como quien dice, ya está a la vuelta de la esquina, para resolver claroscuros y antinomias. Es más, estos momentos en que nos ha tocado vivir, como todo tiempo de transición, son ricos en contradicciones normativas de tal índole⁴⁰. Se podría expresar, entre otras innumerables formulaciones, diciendo, como han hecho varios autores, que hay un conflicto entre *lo viejo* y *lo nuevo*, en lo que a ciertas normas y principios se refiere. Se trata de una realidad que se hace especialmente visible en determinadas áreas, en las cuales han llegado a instaurarse obligaciones *erga omnes* que pretenden regir la conducta de los Estados hasta llegar a alcanzar sus propios ámbitos internos⁴¹. La relación que mantiene el Derecho internacional de los derechos humanos con otros sectores del ordenamiento jurídico internacional conforma un campo que ilustra a la perfección la existencia de esos topetazos que se pueden producir, al batirse las normas entre sí: las normas antiguas, en retirada, y las jóvenes, en progresión.

En cualquier caso, hay choques normativos que hay que recomponer. La conciliación se hace con frecuencia complicada. Puede parecer fácil en la teoría, pero en la práctica muchas veces ni siquiera puede solucionarse a

40. P. SANDS dice que el Derecho internacional suele presentarse como "(...) an agglomeration of more or less distinct and free standing subject areas: the law of the sea, air law, human rights, economic development (...) and other subjects tend to be treated as being self-contained areas. We know that this is not the case, as amply demonstrated by the *Shrimp/Turtle* and *Pinochet* cases", "Turtles and Tortures...", *New York University Journal...* 2001, p. 549.

41. Cfr. una idea similar en K. ZEMANEK: "The Legal Foundations of the International System...", *R. des C.*, cit., p. 128; y véase, asimismo entre otros, G. SCHWARZENBERGER: "Complexities of Distinction Between *Old* and *New* International Law: Empirical Question Marks", *International Law in Transition. Essays in memory of judge Nagendra Singh*, Edited by R.S. Pathak y R.P. Dhokalia, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1992, pp. 21-32.



través de dar primacía a una de las normas en presencia, por razones que generalmente escapan del campo jurídico, es verdad, pero la realidad que permanece, al fin y al cabo, es el hecho de que no se pueda alcanzar una verdadera solución o, al menos, aquella que debería ser una respuesta coherente con los nuevos tiempos⁴². Piénsese, sólo como uno de los muchos ejemplos posibles, en el cruel tratamiento represivo que se ha venido dando por parte de las autoridades de la Federación de Rusia al pueblo checheno en los últimos años. Aun sabiendo todos que el principio de no intervención ya nunca debe escudar violaciones masivas de los derechos humanos, que desde hace tiempo inquietan también al Derecho internacional (clara antinomia a la vista), en este caso la alegación del primer principio ha funcionado en la práctica, impidiendo que las violaciones causadas cesen y se restaure la licitud internacional. Por el empleo de un habitual y conocido doble rasero o quizá también por otras razones adicionales que no se mueven ya en el terreno del Derecho, pero lo que importa es que todavía se viene dando efectividad a un principio, cuya aplicación en unas circunstancias así, debe considerarse como anacrónica (y la situación de fondo, ilícita, aunque, por desgracia, ni rara ni insólita) y encima su alegación se ha presentado, y desde la perspectiva de los Estados que usualmente se autoarrogan el papel de *garantes* de la legalidad internacional se ha respetado, como si fuera conforme a Derecho, al ordenamiento jurídico interno y al internacional⁴³.

Retomando de nuevo el hilo cursor de este epígrafe, podría decirse que pensar en el surgimiento o en el empleo de tales singulares conceptos o de principios normativos pertenecientes al Derecho internacional entra en la esfera de lo creíble para los próximos años. Como afirma V. Lowe, es probable que el ordenamiento jurídico internacional comience a desarrollar sus propios principios de *enriquecimiento injusto* y otros mecanismos restitutorios, así como un peculiar concepto internacional de *abuso de Derecho*, el cual, aunque ya se encuentra arraigado en la teoría doctrinal de los autores que emplean un acercamiento privatista a ciertos aspectos del Derecho internacional, tiene más posibilidades de alcanzar mayor trascendencia si es emplea-

42. Para una interesante revisión de la influencia del factor político, véase D. KENNEDY: "Putting the politics back in international politics", *The Finnish Yearbook of International Law*, vol. IX, 1998 (2000, Kluwer Law International), pp. 17-27; especialmente, pp. 26 y 27.

43. Pueden verse, sin embargo, las —tímidas— reacciones producidas desde el Consejo de Europa ("Réactions à la situation en Tchétchénie"), en "Chronique des faits internationaux" de la *Revue Générale de Droit International Public*, tome 104, 2000/2, pp. 481 y 483.

do a modo de instrumento de verificación del ejercicio lícito de poder por parte de los Estados⁴⁴.

D. Probables novedades en el plano de los *sujetos* creadores de las normas

Otro de los aspectos curiosos que fácilmente puede desprenderse de una teorización como la que estamos siguiendo, sobre el devenir formativo del Derecho en los próximos años, tiene que ver con los potenciales creadores del mismo. Probablemente ya se habrá avistado que la posibilidad de participar en el proceso de creación del Derecho internacional, con toda seguridad, se abriría hasta cubrir, sin fricciones ni rozaduras, a otros actores que ahora no son plenos sujetos del ordenamiento jurídico internacional. Con esta previsible evolución, desaparecerían o desaparecerán ciertas constricciones actuales, pues el avance del Derecho no se producirá a través de los cauces tradicionales de elaboración de las normas primarias, generalmente, a partir de un proceso consuetudinario o de celebración convencional y contando con los Estados y con las Organizaciones internacionales de carácter intergubernamental.

De este modo, otros *entes*, como por ejemplo las O.N.G., que ahora ya tienen un trascendente papel, predominantemente social, verán como su importante función de presión cristaliza en el campo jurídico, pudiendo participar activamente en el impulso hacia delante del Derecho internacional⁴⁵.

44. Cfr. "The Politics of Law-Making...", *loc. cit.*, p. 218. Sobre las posibilidades de arraigo que podría tener uno de los principios aludidos, es de inexcusable referencia la contribución que ya había realizado con anterioridad A. MIAJA DE LA MUELA: "El principio del enriquecimiento sin causa en el Derecho internacional clásico y el nuevo orden económico internacional", *Symbolae García Arias*, Temis, Zaragoza, 1973-1974, pp. 349-379.

45. Es fácil hacerse una idea intuitiva acerca de la trascendencia práctica que las O.N.G. pueden llegar a tener en un futuro próximo. En este sentido, puede añadirse que se ha producido una evolución más que palpable en lo que atañe a la intensidad de su actuación en una numerosa serie de ámbitos. Para percibir la progresión habida en el plano social internacional, basta con leer análisis efectuados en la década de los años setenta, o incluso ochenta, y compararlos con el contenido de los efectuados muy recientemente, a finales de los años noventa o ya a partir del año 2000. En la primera hornada de estudios jurídicos sobre la cuestión, pueden verse, entre otros, el que realiza M. PÉREZ GONZÁLEZ: "Las organizaciones no gubernamentales en el ámbito de la Organización Internacional", *R.E.D.I.*, 1976, Núms. 2-3, pp. 299-324 o aun el efectuado diez años más tarde por J.M. SOBRINO HEREDIA: "La determinación de la personalidad jurídica de las Organizaciones internacionales no Gubernamentales.



Continuando en la misma línea, incluso podría sostenerse que no tendría por qué existir, en principio, límite alguno con respecto a “*the category of persons who may contribute to the development of interstitial norms*”⁴⁶. En este sentido, V. Lowe ha precisado que, lógicamente junto a la capacidad de persuasión que pueda albergar un determinado “*interstitial principle*”, su autoría, esto es, la autoridad que posea su creador, puede contribuir en gran medida a que su reconocimiento se generalice. Este autor pone el ejemplo del Tribunal Internacional de Justicia, añadiendo que si este órgano judicial articulara un *principio de conciliación normativa*, éste se haría creador de un respeto seguro. En cambio, un contenido similar que fuera formulado por otra entidad podría ser menos persuasivo. Si, en vez del órgano judicial principal de las Naciones Unidas, fuera, por ejemplo, *Greenpeace*, quien anunciara que el principio del *desarrollo sostenible* es la norma que debe resolver los conflictos que se produzcan entre el derecho al desarrollo y el deber de proteger el medio ambiente, al menos actualmente, arrastraría menos seguidores⁴⁷. Por tanto, a pesar de la calidad intrínseca o del carácter potencialmente normativo que pueda tener el contenido de un determinado concepto o principio de aquella índole, es fácil entender que la condición del creador o del formulador del mismo, sin duda, tendrá virtualidad para influir de forma determinante en

Contribución del Consejo de Europa”, *R.E.D.I.*, 1990, pp. 101-124. En relación con los trabajos más recientes en el tiempo, puede citarse, entre una vasta literatura que parece crecer por momentos, el elaborado por P. ORTEGA, quien se hace eco de las últimas propuestas surgidas precisamente del frente de las Organizaciones no gubernamentales, en el sentido de la formulación con insistencia de la necesidad de apertura hacia las mismas de alguna forma de participación directa en la Asamblea General de las Naciones Unidas. Puede comprobarse en: “Las N.U.: su reforma y el papel de las O.N.G.”, *Guerras Periféricas, derechos humanos y prevención de conflictos. Anuario CIP 1998*, Centro de Investigación para la Paz, Icaria Editorial, Madrid, 1998, pp. 59-80, especialmente, pp. 62 y ss. También nos parecen de referencia inexcusable los trabajos que se citan a continuación: H. HANNUM: “Implementing Human Rights: An Overview of NGO Strategies and Available Procedures”, *Guide to International Human Rights Practice*, Third Edition, Edited by H. Hannum, Transnational Publishers, Inc., Ardsley / New York, 1999, pp. 19 y ss.; P. PACK: “Amnesty International: an evolving mandate in a changing world”, *A Human Rights: An Agenda for the 21st Century*, Edited by A. Hegarty and S. Leonard, Cavendish, Publishing Limited, London / Sidney, 1999, pp. 233 yss.; K. R. RUTHERFORD: “The evolving arms control agenda. Implications of the Role of NGOs in banning antipersonnel landmines”, *World Politics*, vol. 53, October 2000, pp. 74-114; P. ÜVIN, P.S. JAIN and L. D. BROWN: “Think Large and Act Small: Toward a New Paradigm for NGO Scaling Up”, *World Development*, vol. 28, Number 8, 2000, pp. 1409-1419.

46. “The Politics of Law-Making...”, *loc. cit.*, *ibidem*, p. 219.

47. Véase *ibidem*, p. 219.

la autoridad a destilar por el nuevo principio *conciliador* e, igualmente, en su misma capacidad de generalización.

En relación con la función judicial, y aun partiendo de que la jurisprudencia no tiene el carácter de fuente del Derecho internacional, es innegable que el Tribunal Internacional de Justicia ha venido comportándose en la práctica de modo que trascendía los constreñidos y teóricos límites del contenido del artículo 38 de su Estatuto. Dicho de otro modo, gracias al componente creativo que todo razonamiento, en este caso jurídico, puede llevar consigo, es indudable que el órgano judicial principal de las Naciones Unidas ha contribuido en cierto modo al progreso del Derecho internacional⁴⁸. Pero si hasta hace bien poco tiempo el Tribunal Internacional de Justicia protagonizaba la actuación judicial en el ámbito universal, ahora tiene que compartir su misión con varios órganos jurisdiccionales nuevos que se van disputando un hueco en la misma esfera internacional. Dejando a un lado los temores que esta proliferación de Tribunales está suscitando de cara a mantener la unidad del Derecho internacional, parece obvio que los nuevos órganos judiciales de carácter internacional podrán contribuir igualmente al desarrollo del ordenamiento jurídico⁴⁹. Pero a ello, todavía se suma la creciente interpretación de aspectos normativos internacionales por jueces nacionales, debido a la entrada de un sinnúmero de elementos del ordenamiento jurídico internacional en los Derechos internos⁵⁰. Piénsese, por ejemplo, en recientes interpretaciones que han sido llevadas a cabo recientemente en el plano interno en relación con el

48. En efecto, si, por una parte, la Corte ha puesto en práctica el contenido de lo que supone la literalidad del apartado 1.d) del mencionado artículo, aplicando, consecuentemente, "las decisiones judiciales como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho", por otra parte, ha ido sin duda más allá. En este último sentido apuntado, lo cierto es que la Corte ha venido disfrutando de una considerable influencia desempeñando dos funciones principales que han dado en ser calificadas, por un buen conocedor de los entresijos judiciales, como es el juez Guillaume, de "auxiliaire du codificateur", en primer lugar, y de "juge du codificateur", en segundo lugar. Véase, "Le juge international et la codification", *La Codification du -Droit International. Colloque d'Aix-en-Provence*, Société Française pour le Droit International, Éditions A. Pedone, Paris, 1999, pp. 301-308; p. 303.

49. De hecho, lo están haciendo ya. Por ilustrar esta afirmación con tan sólo un ejemplo, podría mencionarse la interpretación evolutiva que el Tribunal *ad hoc* que tiene competencia para conocer de los crímenes cometidos por individuos en el territorio de la antigua Yugoslavia viene realizando de la categoría de los *crímenes contra la humanidad*.

50. En general, sobre las últimas tendencias en la relación entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos internos, puede verse *Droit International et Droits Internes, Développements récents*, Rencontres Internationales de la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, Colloque des 16-18 avril 1998 (sous la direction de R. Ben Achour et S. Laghmani), Éditions A. Pedone, Paris, 1998.



caso Pinochet. Es seguro que ciertos considerandos jurídicos contruidos en un plano judicial interno (como los empleados por el Pleno de la Audiencia Nacional española, en sus Autos de diciembre de 1998, para justificar la propiedad jurídica de un concepto del delito de genocidio que no pueda descartar, de su posible comisión frente a ellos, a los *grupos políticos* o como los utilizados en última instancia de la *House of Lords*, en el sentido de excluir sin dudas la inmunidad de los Jefes de Estado en supuestos de comisión de delitos de torturas) han dejado para siempre su impronta en el Derecho internacional⁵¹.

En este mismo orden de ideas, hemos de dedicar una atención especial a la situación de las empresas multinacionales, pues bien podría decirse que sus actividades e importancia han ido creciendo hasta alcanzar límites desmedidos. Tanto es así, que su presencia y actuación parece haber impreso un nuevo carácter en la sociedad internacional presente: el de la privatización⁵². Por supuesto, estas compañías transnacionales están dejando una huella en el Derecho internacional, y, en tal sentido, es posible afirmar que están interviniendo en la creación (y, desde luego, en la aplicación) de normas jurídicas. Éste es un panorama relativamente novedoso (reciente, en especial, por lo que se refiere a sus gigantescas proporciones, que aun parecen ir en aumento), asumido como cierto por cualquier miembro de la doctrina que últimamente se haya asomado al estudio de cuestiones relativas a la génesis normativa en

51. P. SANDS sintetiza con elocuencia el potencial de la proliferación de jurisdicciones y de la creciente disponibilidad de los Tribunales internos a aplicar el Derecho internacional: "(...) the creation of these new international courts 'judicializes' international relations, increasingly subjecting international disputes to binding third-party adjudication and providing new avenues of appeal from the decisions of national courts. There is a double effect: (1) national courts begin, cautiously perhaps, to look over their shoulders to possible international appeal, and (2) the international decisions are themselves removed from the political control of states and put into the hands of what is, in effect, a new international player: the international judiciary. These developments transform the way we think about international law. States lose a degree of control in the 'making' of international law, since the line between interpretation and legislation can often be a hard one to draw, and a more level playing field is created. The decisions in the *Shrimp/Turtle* and *Pinochet* tribunals have, through the process of interpretation of a set of rules adopted by states, transformed their potential impact". "Turtles and tortures...", *New York University Journal...* 2001, cit., p. 555.

52. Por ejemplo, P. SANDS habla de este rasgo distintivo, junto a los de globalización, innovación tecnológica y democratización. En concreto, el fenómeno de la privatización es definido por este autor como un factor de cambio centrado en "(...) the promotion of private enterprise and ownership as a dominant feature of societal structure, with the emphasis increasingly on the public sector playing a residual role in a deregulated society"; "Turtles and tortures...", *New York University Journal...* 2001, cit., p. 541.

el plano internacional⁵³. Sin embargo, es preciso llamar la atención sobre la extraña falta de correspondencia entre la teoría jurídica y la realidad práctica en esta materia. Se han producido algunas advertencias doctrinales en este sentido, fundadas en un riguroso análisis, que merecen, cuando menos, una reflexión pausada. En efecto, autores como C. A. CUTLER, J. MERTUS o S. STRANGE argumentan que las concepciones clásicas, todavía utilizadas, y basadas en una visión estado-céntrica, un orden jurídico positivista o nociones *públicas* de autoridad, son incapaces de aprehender la significación actual de los actores no estatales, de las estructuras normativas que existen en el presente, indudablemente menos formales, o de la influencia que el poder económico está ejerciendo en el escenario global⁵⁴. La presencia de las empresas multinacionales se hace a menudo invisible en el plano teórico del Derecho internacional, en parte porque las mismas “*are not lobbying for the recognition of general international legal personality*”. Y la razón de esta actitud se puede intuir fácilmente:

“they are content to arrange more specific recognition of legal personality for limited purposes so as to enable them to pursue their legal claims more directly without exposing them to more general international legal responsibility”⁵⁵.

Puede ser oportuno dejar apuntado aquí que esta asimetría puede tener serias consecuencias. Esto es, si no se llega pronto a captar normativamente esa presencia de las empresas multinacionales como *sujetos de Derecho* podría desembocarse en una grave crisis de legitimidad del propio sistema⁵⁶.

53. Véanse, entre muchos otros, J. DELBRÜCK: “Structural Changes in the International System and its Legal Order...”, *Schweizerische Zeitschrift...* 2001, cit., pp. 23 y ss. o D. THÜRER: “The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State”, *Non-State Actors as New Subjects of International Law. From the Traditional State Order towards the Law of the Global Community*, R. Hofmann (ed.), Berlin, 1999, pp. 37-58.

54. Se puede cfr. esta idea, en concreto, en A. C. CUTLER: “Critical reflections on the Westphalian assumptions of international law ...”, *Review of International Studies*, 2001, cit., p. 133.

55. A.C. CUTLER: *ibidem*, p. 143.

56. Ésta es la tesis de A.C. CUTLER (véase, por ejemplo, *ibidem*, pp. 133-135), y no parece que le falte razón. Más adelante, explica que “the implications of treating corporations, like individuals, as objects and not as subjects are deeply troubling empirically and normatively. When one reviews the activities of business corporations it becomes clear that while they may be objects at law (*de iure*), they are, in fact, operating as subjects (*de facto*). Indeed, the problem of the subject is



II. PERCEPCIÓN SOBRE LA NECESIDAD DEL CRECIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL

A. Observaciones introductorias

El desarrollo seguido hasta aquí, que ha tenido por objeto ciertos pronósticos sobre los posibles avances que cabría esperar dentro de pocos años, no debe llevar a ocultar que, además de *principios conciliadores* entre normas antiguas y recientes, o entre normas nuevas que puedan entrar en conflicto (en cualquier caso, entre reglas jurídicas vigentes, como pueda ser el caso de la antinomia que puede derivarse del intento de observación simultánea de la integridad territorial del Estado y de la libre determinación de los pueblos), se precisan todavía más *normas*. Esta necesidad no es extensible al ordenamiento internacional entero, sino que se hace palpable de modo especial en ciertos sectores. En efecto, la inagotable cuestión referente a la inexistencia o a la incertidumbre latente respecto a múltiples normas jurídicas internacionales, como es comprensible, ha llamado siempre la atención de la doctrina, desde diferentes ópticas. Sin que medie ni un recóndito ánimo exhaustivo por nuestra parte, podríamos citar algunos ámbitos, cuyo escaso o prácticamente nulo desarrollo conlleva graves inconvenientes, o incluso la tan traída y llevada *desregulación* (estado al cual se alude, casi siempre a la vez que se da cuenta de ciertos efectos negativos del fenómeno globalizador), así como, por supuesto, también incertidumbres.

No hace mucho, Bedjaoui mostraba su preocupación en torno al tema, en relación con el cometido a desempeñar por la Corte Internacional de

becoming increasingly more acute in the context of contemporary developments that are reconfiguring state – society relations, in some cases causing a contraction of state authority and an expansion of private, corporate authority in the world” (*ibidem*, p. 137). Pero no es sólo eso, porque aparte, todavía podrían producirse otros efectos no deseados. Sin ir más lejos, aquella “legal ‘invisibility’” de las multinacionales aumentaría su importancia, fomentando las fuerzas de la globalización, privatización y desregulación; cfr. *ibidem*, pp. 133 y 134.

J. MERTUS también se pregunta por la contribución (nominal y real) de los actores no estatales, como las corporaciones multinacionales o las O.N.G, poniendo de relieve, entre otros miedos, el lado oscuro que supone “their inability to be open, transparent and accountable”, “Considering Nonstate Actors in the New Millennium: toward expanded participation in norm generation and norm application”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, Number 2, Winter 2000 (Millennium Issue: Shaping the Parameters of International Law in the New Millennium), pp.537-566; p. 561. Otro temor, que esta misma autora manifiesta, y que a nuestro juicio merece ser tenido en cuenta, es el de la posible debilidad de las normas a cuya formación coadyuven (véase, *ibidem*, pp. 561 y 562).

Justicia, en un momento en que, precisamente, él actuaba todavía en calidad de juez y presidente de la misma. En su discurso, pronunciado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, y tras constatar la, todavía, escasa penetración del Derecho en muchos sectores del orden social internacional, se refería a la concurrencia de contrastes de densidad normativa y a aquellas “áreas grises” del Derecho internacional público. El juez Bedjaoui asumía la existencia de verdaderos espacios de incertidumbre, que pueden afectar a temas de particular sensibilidad, como la paz y el futuro del mundo y se refería, asimismo, a la experiencia de primera mano que ya había tenido la Corte al toparse con una de aquellas zonas de duda, al pronunciarse en el *Dictamen sobre la licitud de las armas nucleares*⁵⁷.

Hay una larga serie de materias sobre las que se ha propuesto, por unos o por otros, la conveniencia de su codificación. Alguno de ellos se prestaría mal a una iniciativa codificadora. Se ha estimado, en este sentido, que nociones como las referidas al patrimonio común de la humanidad o al interés de la misma son, tal vez, demasiado vagas o difícilmente susceptibles de recibir una formulación convencional⁵⁸. Desde el mismo punto de vista, y con los ojos puestos en los momentos actuales (la ubicación temporal de las opiniones en esta materia tiene particular importancia), se ha valorado que probablemente la pretensión de codificar todos los aspectos del Derecho internacional constituya un error. Según un entendimiento así, habría que dejar un cierto lugar a la costumbre, en tanto que fuente del Derecho, dado que ésta habría demostrado sobradamente su flexibilidad y aun una capacidad de adaptación superior a la poseída por las normas escritas⁵⁹. Ciertamente, parece haber supuestos ejemplares para permitir la verificación de una idea así⁶⁰. Pero sin

57. “The limitations on the contribution by the International Court of Justice to the maintenance of peace”, *Statement by J. M. Bedjaoui*, Plenary Meeting of the General Assembly, 51st session, 15 October 1996, <http://www.icj-cij>.

58. Cfr. P. CAHIER: “Rapport Général”, *La Codification du Droit International. Colloque d'Aix-en-Provence*, Société française pour le droit international, Éditions A. Pédone, Paris, 1999, pp. 253-280; p. 280.

59. Cfr. *ibidem*.

60. En este sentido, vale de referencia fiable la opinión de un especialista sobre un ámbito material concreto: el relativo a las Operaciones para el Mantenimiento de la Paz. Tras haberlas estudiado a fondo, concluye que, a pesar de no estar expresamente recogidas en ningún texto normativo, “(...) tienen sólidos fundamentos jurídicos sobre los que asentarse”. Éstos podrían reconducirse a los cinco siguientes: “a) el propósito de mantener y tomar las medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; b) Las competencias del Consejo de Seguridad, de la Asamblea General y del Secretario General de las Naciones Unidas respecto al arreglo pacífico de controversias; c) La competencia de los distintos órganos de las Naciones Unidas para establecer organismos subsidiarios para el desempeño de sus funciones; d) La Resolución 377



entrar ahora en un análisis sobre qué grado real de adaptabilidad pueda haber en los múltiples entornos que se han dejado ir, al menos hasta ahora, de la mano del acomodo consuetudinario⁶¹, debe tenerse en cuenta, además, que también la fuente convencional se encuentra experimentando un proceso de renovación para adaptarse a algunos de los importantes cambios acaecidos en la Sociedad internacional. Novedades en los instrumentos convencionales, que podrían sintetizarse en abstracto diciendo que viene jugando fuerte la pretensión de que el régimen de los tratados internacional albergue nuevos elementos que impliquen una mayor flexibilidad, a cambio de perseguir ciertos objetivos globales. En el seno de esta última tendencia, ha de situarse, por ejemplo, el empleo de las siguientes técnicas: la celebración cada vez más frecuente de las denominadas Convenciones marco (por ejemplo, los “framework agreements” tan usuales en materia de protección medioambiental), los cuales sólo se encargan de establecer ciertos principios básicos, pero que se encomiendan a un desarrollo normativo posterior; el recurso a procedimientos simplificados de modificación convencional; la posibilidad de proceder a una interpretación auténtica de disposiciones convencionales por parte de órganos responsables de su aplicación; o la creciente utilización de mecanismos de cooperación entre órganos nacionales e internacionales⁶².

En fin, parece claro, al menos a nuestro juicio, que ciertos sectores agradecerían la llegada de una regulación convencional, que, cuando menos, contribuyera a descifrar el estado jurídico de la cuestión. Nos parece especialmente representativo el ámbito relativo al Derecho internacional económico, constituido ya en un vasto sector del ordenamiento jurídico internacional, y en

(V) de 3 de noviembre de 1950, de la Asamblea General, conocida como *Unión Pro Paz*; e) La doctrina jurídica de las competencias implícitas de los distintos órganos de las Naciones Unidas para poder llevar a cabo sus fines”, P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: *Operaciones de las Naciones Unidas...*, *op. cit.*, p. 300.

61. Compartimos el sentido de la reflexión que hace F.X. PONS RAFOLS, cuando se refiere a la necesaria “medura y prudencia” con que hay que emprender, en general, la tarea de codificación y desarrollo progresivo de la materia referente al Derecho relativo a las Organizaciones internacionales, dada la especial interacción existente en este ámbito entre normas convencionales y consuetudinarias y debido también a la capacidad de adaptación que estas últimas han demostrado siempre, tanto frente a los cambios de la Sociedad internacional como respecto a las nuevas necesidades de las propias Organizaciones internacionales; cfr. *Codificación y desarrollo progresivo del Derecho relativo a las Organizaciones internacionales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 118.

62. Para cfr. éstas y otras nuevas estrategias introducidas en el régimen de los tratados internacionales, así como para un estudio de las mismas, véase C. TIETJE: “The Changing Legal Structure of International Treaties as an Aspect of an Emerging Global Governance Architecture”, *German Yearbook of International Law*, vol. 42, 1999, pp. 26-55; especialmente, pp. 35-43.

el cual tienen ya cabida varios *subsectores*. Junto a él, a nuestro entender, todavía destacan otras esferas de la realidad, como las que tienen que ver con la responsabilidad internacional del Estado, el desarme o la competencia extraterritorial. Pero aún antes de descender a la consideración de estos ámbitos en concreto, cabría detectar, si se quiere en un plano horizontal, la falta previa de muchos *conceptos* jurídicos, claros y precisos, que sin duda deberían existir y que habrían de servir como punto de referencia en el avance de distintos sectores del Derecho internacional.

B. Observaciones en relación con varios ámbitos materiales

a) *El plano de los conceptos jurídicos*

En el terreno de los *conceptos* jurídicos, planteados ahora desde un punto de vista genérico, tal vez podría afirmarse que no se trata de un ámbito en el cual nuestra disciplina merezca precisamente una buena puntuación. Es posible echar de menos la existencia de muchas *nociones*, algunas de ellas verdaderamente básicas y necesarias para intentar una aplicación objetiva del Derecho existente. Muchas de estas ausencias son el fruto de frontales rechazos políticos enraizados en el origen de ciertas regulaciones y suponen, a su vez, fuente de otros conflictos y, por ende, de nuevas inevitables politizaciones. Planteado en otros términos, quiere decir que nos encontramos ante verdaderos círculos viciosos. Podría pensarse en la ausencia de muchos *conceptos*, todavía por consensuar, aunque bien es verdad que algunas de las realidades necesitadas de definición en el ordenamiento internacional llevan consigo una gran carga emocional, lo cual, a menudo, las convierte, como mínimo, también en resbaladizas para los sistemas internos. Pero sin ir más lejos, puede reflexionarse sobre las ambigüedades presentes en el contenido jurídico internacional que integra la realidad designada con términos como *minoría*, *pueblo*, *terrorismo*, *soberanía*, *globalización* y un largo etcétera⁶³.

63. Tomando sólo uno de los botones de muestra, puede señalarse que la inexistencia de un concepto de *minoría* ha sido resaltada por miembros de la doctrina. Se trataría ésta de una ausencia menos disculpable si se tiene en cuenta la reciente elaboración de varios instrumentos jurídicos con aspiraciones de *globalidad* en el tratamiento material ofrecido. Puede destacarse, en este sentido, la Convención para la protección de las minorías elaborada en el ámbito del Consejo de Europa de 1995. En palabras de Zemanek, "it should perhaps, be taken as a sign of the attitude of States towards a general régime of minority protection that none of the aforementioned

b) *El derecho internacional económico*

Para empezar, puede decirse que no sobran precisamente las normas (quizá debería decirse, cierto tipo de normas) en el ámbito genérico del Derecho internacional económico. Se trata ésta, entre otras, de una consecuencia lógica del principio de libre mercado que ha terminado por generalizarse e imponerse⁶⁴. De todas formas, la primera afirmación requiere una triple serie de matizaciones. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el Derecho internacional público no es el único sistema que ha venido a introducir elementos normativos en los espacios del orden económico internacional abiertos a la entrada de juridicidad. El Derecho internacional privado, junto a otras ramas de los ordenamientos internos, dejan sentir igualmente su presencia. En segundo lugar, ha de contarse con la gran magnitud práctica de las reglas introducidas por operadores económicos privados⁶⁵. En tercer lugar, y en relación con el *subsector* concreto del Derecho comercial, ha de tenerse presente la proliferación de organizaciones internacionales, además de la Organización Mundial del Comercio, que tienen competencias en la

documents or instruments [véase el Curso citado al final, pp. 117 y ss.] —not even the European Framework Convention!— defines clearly what a minority is”; “The legal foundations...”, *R. des C., loc. cit.*, p. 120 (el signo de admiración pertenece al texto original).

64. Las investigaciones llevadas a cabo sobre el Derecho internacional económico son ya incontables. Efectuamos aquí una selección de trabajos cuyo contenido debe tenerse en cuenta, junto con aquellos otros que aparecen citados en el transcurso de todo el presente epígrafe. Son los siguientes: F. BORELLA: “Le nouvel ordre économique international et le formalisme juridique”, *Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Pedone, Paris, 1984; pp. 73-88; D. CARREAU, T. FLORY y P. JUILLARD: *Droit international économique*, L.G.D.J., 3ème édition, 1990; T.O. ELIAS: *New Horizons in International Law*, Second revised edition (revised and edited by F.M. Ssekandi), Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1992, pp. 185 y ss.; FLORY: “Le nouveau système commercial mondial: quelques remarques”, *J.D.I.*, 1995-2, pp. 877-891; F.A. KHAVAND: *Le nouvel ordre commercial mondial, du GATT à l'OMC*, Nathan, Paris, 1995; A. F. LOWENFELD: “Remdies along with Rights: Institutional Reform in the new GATT”, *A.J.I.L.*, vol. 88, Number 3, July 1994, pp. 477-487; P. MESSERLIN: *La nouvelle organisation mondiale du commerce*, Dunod, Paris, 1995; C. NEHMÉ: *Le GATT et les grandes accords commerciaux mondiaux, vers l'OMC*, Les éditions d'organisation, Paris, 1994; B. STERN: *Un nouvel ordre international?*, Economica, Paris, 1983; P. VELLAS: *Aspects du Droit international économique*, Presses de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, Pedone, Paris, 1990.

65. Cfr. V. ABELLÁN: “El Derecho Internacional Económico (I): la promoción del desarrollo” (Capítulo XXIX), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Dir. M. Díez de Velasco, Duodécima Edición, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 586-602; p. 586. Véase, asimismo, F.X. PONS RAFOLS: “Les relacions econòmiques internacionals: plantejament general”, en V. Abellán Honrubia, *Nocions bàsiques de Dret Internacional Públic per a diplomatures de Ciències Empresarials i de Gestió i Administració Pública*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1996.



materia. Se trata de una multiplicidad de sujetos creadores de Derecho que introduce forzosos elementos de complejidad en la regulación internacional⁶⁶. Por tanto, la afirmación con que comenzábamos la redacción de este epígrafe puede cobrar más sentido al añadir que, si bien es cierto que han llegado a acumularse gran cantidad de normas, ha de repararse en que la mayoría de ellas atañen a la consecución de objetivos como la supresión de obstáculos al libre comercio, estando ausente, consiguientemente, algo parecido a un marco general.

Es menester, por varias razones, proceder a desarrollar un verdadero entramado regulador en el ámbito económico. Esta necesidad proviene de varios frentes, aunque prácticamente todos ellos podrían encontrar algún modo de cabida dentro del fenómeno omnipresente de la globalización, que ha venido a caracterizar de modo casi determinante a la sociedad internacional actual. Lo cierto es que se han aportado sólidas razones para justificar una intervención reguladora. Quizá de más sea decir que tales planteamientos, a los cuales nos sumamos, no constituyen un paradigma de neutralidad, en la medida en que no parten de un presupuesto compartido. En efecto, como es de sobra sabido, ni entre los Estados, ni tampoco entre la doctrina, existe un consenso a favor de la instauración de una base normativa convencional, que pudiera coartar artificialmente la operación práctica de las reglas *naturales* del mercado. Ni que decir tiene, que una visión así, reticente ante el avance normativo, no es mayoritaria en la doctrina de nuestra disciplina jurídica. De hecho, los iusinternacionalistas suelen hacer gala de argumentos y enfoques que permiten la entrada a elementos que trascienden y que, incluso, priman sobre los estrictamente economicistas.

Por nuestra parte, vemos como evidente que ciertos peligros derivados o agudizados por la globalización generan la necesidad de ubicar el funcionamiento económico dentro de ciertos límites, puesto que existen una serie de problemas que el mercado internacional, por sí mismo, desde luego, no va a solventar (sino, más bien, todo lo contrario). Sin ir más lejos, parece apremiante la necesidad de acometer nuevas formas de distribución social. Asimismo, la garantía de un adecuado equilibrio ecológico es uno de los desafíos a tener en cuenta, pues el propio éxito de la economía global en

66. Cfr. D. J. LIÑÁN NOGUERAS: "El Derecho internacional económico (II): el comercio internacional" (Capítulo XXX), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Dir. M. Díez de Velasco, Duodécima Edición, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 603-626; pp. 603 y 604. Los antecedentes y la situación existente hasta el comienzo de la década pasada pueden verse en R. BERMEJO GARCÍA: *Comercio internacional y sistema monetario. Aspectos jurídicos*, Madrid, 1990.



cierto modo supone la aparición de graves perjuicios de tipo medioambiental. Otros supuestos de posibles envites, cuya situación actual nos parece grave, y respecto de los cuales el propio mercado nunca establecería límites, son el creciente tráfico de armamento, el narcotráfico o el trato de la mano de obra más desfavorecida, con la cual también se trafica. Igualmente, estimamos de elemental justicia social conseguir que el capital, cada vez más volátil, sea sometido a tributación, pues no parece si no un retorno a un nuevo régimen de privilegios el hecho de que se incremente la imposición sobre el consumo o el trabajo, mientras que con respecto al capital, donde están precisamente los mayores lucros, se vaya liberando la fiscalidad progresivamente⁶⁷.

No se debe olvidar, además, que la obligación de cooperación constituye uno de los pilares que deben guiar la actuación de los Estados, en virtud del artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas (“realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico...”). Es bien sabido que este propósito de la Organización universal supuso un nuevo punto de partida, el cual dio lugar, fundamentalmente a partir de los años sesenta, a una *revolucionaria* estrategia política y jurídica (esta última con una juridicidad de alcance diverso y, en el subsector referido a la cooperación al desarrollo, incluso dudoso e imperceptible, cómo volveremos a ver unas líneas más abajo).

Pero es particularmente destacable que a los factores de juridicidad, generados a partir de la obligación estatal de cooperación establecida, entre otros lugares, en el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones, todavía se pueden unir otros poderosos argumentos extrajurídicos, para justificar la conveniencia de una regulación de la economía internacional. En este sentido, una razón como sería la pretensión centrada en la mejora de la eficiencia del sistema, gracias al incremento de su carácter previsible, del orden y de la transparencia, merece ser tenida en cuenta. Asimismo, la necesidad de proteger al inversor, cuya salvaguardia está descuidada en virtud de la dinámica económica internacional presente, también parece otro fundamento sólido a considerar. Por último, la búsqueda de varias formas de cooperación internacional, como una vía para encauzar recursos hacia o, por el contrario, para desviarlos respecto de ciertos sectores de la economía, consistiría también en otro moti-

67. Sobre ello, véase en general I. SEIDL-HOHENVELDERN: *International Economic Law...*, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

vo de peso, avalista de la pertinencia de una mayor reglamentación jurídica internacional⁶⁸.

Pero retomando una cuestión que iniciábamos unas líneas más arriba, nunca debe perderse de vista una realidad que constituye, a la vez, origen y consecuencia de tanta frustración en el entorno de la cooperación al desarrollo. Nos referimos al carácter de *soft law*, o de normatividad atenuada, de este otro *subsector*. Este factor, de por sí, podría determinar que no se pudiera hablar de la existencia de un *nuevo orden económico internacional*, al menos no en el sentido pretendido por la expresión en sus orígenes⁶⁹. Incluso se diría que, en estos momentos, la expresión *nuevo orden económico* parece tener, cada vez más, otro tipo de significación, contraria incluso a la inicialmente concebida. En definitiva, podría conectarse con la profundización de la brecha entre la opulencia y la miseria. En consecuencia, puede estimarse que incluso el modesto estadio que había sido alcanzado en relación con la cooperación al desarrollo está corriendo un grave peligro, si es que no está experimentando ya un retroceso⁷⁰. Más aun, el valor relativo a la socialización, que había comenzado a abrirse paso a través del Derecho internacional, parece haber dado un paso atrás⁷¹. Ésta es una realidad que puede verse como algo tangible

68. Para el desarrollo de estos tres argumentos principales, véase E. KWAKWA: "Regulating the International Economy: What Role for the State", *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Edited by M. Byers, Oxford University Press, 2000, pp. 227-246; especialmente, pp. 231 y 232. Tanto es así, que este autor parece cobijar ninguna duda al estimar que "(...) the recent boom in international trade is in part attributable to efforts to regulate the international economy" (*ibidem*). En general, para enfoques alineados en líneas similares, pueden consultarse, entre muchos otros, J. BHAGWATI, y R. HUDEC: *Fair Trade and Harmonization*, Massachusetts, 1997; D. CARREAU y P. JUILLARD: *Droit international économique*, 4ª ed., Paris, 1998 o F. WEISS; E. DENTERS y P. DE WAART: *International Economic Law with a Human Face*, Kluwer, Dordrecht, 1998.

69. *In extenso* sobre la situación actual, véase I. SEIDL-HOHENVELDERN: *International Economic Law*, 3ª Revised Edition, Kluwer Law International, Dordrecht, 1999, pp. 3 y ss. (se hace especialmente recomendable en este punto la lectura del apartado segundo del capítulo I, titulado "A New International Economic Order – programme or reality?").

70. Con realismo, M. PÉREZ GONZÁLEZ avanzaba hace pocos años una conclusión que dejaba las cosas en su justo sitio ("no puede decirse que la justicia distributiva y la igualdad real se hayan instalado en el derecho internacional positivo") y que se iba a ver avalada de modo más claro por la práctica justamente posterior en el tiempo; "Algunas reflexiones sobre el derecho al desarrollo en su candidatura a derecho humano", *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Volumen I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, pp. 321-344; p. 344. Puede verse del mismo autor, *El derecho de desarrollo o el desarrollo de los derechos*, Instituto de Ciencia y Sociedad, Facultad de Ciencias Políticas, Madrid, 1991.

71. Debe advertirse, pese a todo, que no es mucha la certeza jurídica que hay en todo este terreno. Son muchos los aspectos por cuya estadio actual cabe preguntarse.



en un ejemplo ya tópico: el Acuerdo de 1994 relativo a la enmienda de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Como es sabido, este nuevo instrumento ha tirado por la borda los planes de gestión colectiva de un espacio marino que, por definición, se encuentra más allá de los límites de la jurisdicción nacional. En fin, hay ya una nutrida serie de visiones autorizadas sobre los peligros que se están haciendo realidad y de los próximos tal vez a estallar.

Nadie puede negar la razón que asiste a G. ABI-SAAB, cuando, tras un fundado análisis que repasa todas las etapas atravesadas por el Derecho internacional, concluye con un profundo pesimismo que:

“(...) the international law of development (...) is stopped dead in its evolution; a progressive deconstruction of this law’s normative structure can now be seen, together with a total about-turn in the opposite direction, towards policies of privatization, deregulation and the dismantlement of all protections. These new strategies in the ‘spirit of the times’, to favour globalization, with the World Trade Organization as their flagship, place themselves squarely in the pure tradition of the law of coexistence (...). We must conclude that the end of the Cold War, far from pushing international society towards a more

I. SEIDL-HOHENVELDERN indagaba hace poco tiempo, desde una perspectiva comprometida, ideológicamente hablando, sobre el alcance del derecho de autodeterminación económica en un artículo titulado igual: “The Right of Economic Self-Determination”, *Essays on International Investments and on International Organizations*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 133-140. El autor pretendía averiguar el contenido de aquel derecho, después de que representantes de Estados subdesarrollados hayan declarado una y otra vez en innumerables ocasiones, en foros como las Naciones Unidas, que no consideran que el proceso de descolonización se haya clausurado con la obtención de su independencia política. De todas formas, las conclusiones a las que en esta contribución llegaba I. Seidl-Hohenveldern son más prudentes de lo que probablemente pudiera sugerir en principio aquella rúbrica. Entre los resultados de su investigación, puede encontrarse la siguiente conclusión: “the right to economic self-determination appears to be still much too vague and can, therefore, not yet be recognized as a really enforceable right (...)”, *ibidem*, p. 140.

Entre las aproximaciones doctrinales recientes a la cooperación al desarrollo, pueden verse M. BENCHIKH: “Bilan du Droit international du développement”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Volumen II, 1998, pp. 269 y ss.; G. FEUER et H. CASSAN: *Droit international du développement*, Dalloz, Paris, 1991; M. FLORY: “Mondialisation et droit international du développement”, *R.G.D.I.P.*, 1997. En relación con la política de desarrollo de la Unión Europea, pueden consultarse: J. M. SOBRINO HEREDIA: “Los criterios de complementariedad y articulación en la aplicación de la política comunitaria de cooperación al desarrollo”, *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, Número 1, otoño / invierno, 1997, pp. 37 y ss.; *id.*, “La política comunitaria de cooperación al desarrollo y el Tratado de Amsterdam”, *La acción exterior de la Unión Europea*, F. Mariño Menéndez (ed.), Madrid, 1998.



integrated global international community, has introduced new dangers together with new bones of contention among the members of this society, which create the risk of making it evolve in the opposite directions"⁷².

Pero a la oposición política manifestada (de modo teórico o fáctico) por la mayor parte de los Estados desarrollados, a permitir la entrada y a facilitar una mayor regulación jurídica, todavía hay que sumar el resbaladizo y fluctuante carácter que, en general, posee todo el ámbito económico. Estos rasgos, ciertamente, dificultan más su, ya escasa, propensión a ser objeto de cualquier proyecto codificador. Esta vez, no parece tratarse de un argumento político que pueda esconder, tras de sí, la existencia de un rechazo político de mayor tamaño. Un jurista de prestigio, como es A. MAHIOU, quién además ha conocido la experiencia práctica en relación con la cuestión en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, ha llegado a hablar de "l'évanescence de la matière codifiable", para referirse, entre otros, al campo económico⁷³. Según esta aproximación, cabría observar la existencia de múltiples aspectos estrechamente ligados a la evolución de determinadas coyunturas y, por tanto, demasiado fluctuantes para dar lugar a reglas dotadas de la mínima rigidez y estabilidad que debe caracterizar a toda codificación⁷⁴. En definitiva, nos hallamos ante un auténtico círculo vicioso, del cual da fe la lamentable situación presente y los fracasos de múltiples proyectos normativos, sobre los cuales se ha trabajado con denuedo pero que no han podido conducirse hasta su llegada a puerto⁷⁵.

c) *El desarme*

Ciertamente, en materia de desarme existen enormes vacíos, los cuales permiten, junto a la influencia de otras circunstancias, la masiva tenencia de armas por ciertos Estados, con los peligros que ello conlleva, así como una

72. "¿Whither the International Community?, *E.J.I.L.*, vol. 9, 1998, pp. 248-265; p. 265.

73. "Rapport général...", *La Codification du Droit International...*, *loc. cit.*, pp. 56-59 y, todavía más especialmente, p. 56.

74. Cfr. *ibidem*, p. 57 y véanse, además, las páginas inmediatamente posteriores.

75. Sirva como paradigma el abandono, por parte de la Comisión de Derecho Internacional, de sus trabajos sobre la cláusula de la nación más favorecida (véase la decisión de la Asamblea General, 46/416 de 9 de diciembre de 1991).



situación fáctica de discriminación, o si se prefiere de doble rasero, en cuanto a su posesión, empleo y también en cuanto a su fabricación. El estado de la cuestión nos hace poner en cuarentena la viabilidad a medio plazo del Derecho internacional penal como un auténtico subsistema del ordenamiento jurídico internacional, pues las lagunas de que estamos dando cuenta suponen brechas demasiado profundas, y atacan, por ello, la coherencia necesaria que deberían guardar esas normas con las que conforman el resto del conjunto implicado, y necesario para existir como tal sector jurídico. En relación con ello, puede recordarse que el contenido del *Dictamen sobre la licitud de las armas nucleares* ha desconcertado, con razón, a los juristas que se han acercado a él. En efecto, no se puede negar que resulta llamativo el hecho de que ciertos jueces suscriban simultáneamente la afirmación según la cual el Derecho internacional no autoriza específicamente el empleo del arma nuclear y la idea de que no se puede concluir de forma definitiva si el uso de dichas armas sería lícita o ilícita en caso de circunstancias extremas. Pero en último término, tal respuesta ambivalente y próxima, en definitiva, a un *non liquet* reflejaría "*l'état d'incertitude du droit positif dans lequel on ne trouve pas de réponse immédiate et claire à la question posée*"⁷⁶.

d) *La responsabilidad internacional del Estado*

En lo tocante a la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado, los trabajos de codificación en curso parecen, de algún modo, interminables. Como es bien sabido, partiendo del tratamiento exclusivo de las normas secundarias, la Comisión de Derecho Internacional lleva trabajando cerca de medio siglo sobre un proyecto, a través del cual se contempla la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos⁷⁷. A lo largo de todos estos años de trabajo se ha ido acumulando un amplísimo bagaje doctrinal

76. M. CHEMILLER-GENDRAU: "Le droit international entre volontarisme et contrainte", *Mélanges offerts à Hubert Thierry, L'évolution du droit international*, Éditions A. Pedone, Paris, 1998, pp. 93-105; p. 98 (merece la pena leer el artículo completo de esta autora, en el cual, en realidad, analiza los obstáculos impuestos por el 'volontarisme étatique' al desarrollo del Derecho internacional). Sobre el dictamen, puede verse el número que la *Revista Internacional de la Cruz Roja* dedicó a la cuestión (enero-febrero de 1997, Núm. 139).

77. Véanse A.G.N.U. (1980), A/35/10; *Informe de la C.D.I. sobre su 32ª Sesión*, párr. 34 (también en Doc. N.U. A/35/388 III); A.G.N.U. (1996), A/51/10, *Informe de la C.D. I. Sobre su 48ª Sesión*, párrs. 65-66 (pp. 125-170); A.G.N.U. (1995), A/50/10, *Informe de la C.D.I. sobre su 47ª Sesión*, párr. 365; pp. 173-194.

sobre los distintos aspectos de la materia, con ayuda del cual se hace más sencilla la tarea de interpretar los entresijos de los proyectos de artículos adoptados, así como el sentido de ciertos vaivenes producidos. Precisamente por tratarse de un proceso codificador en marcha, últimamente se han producido ciertos cambios, algunos de ellos dignos de comentario, aunque sea de forma indirecta⁷⁸.

Hoy por hoy, sin embargo, la realidad actual sobre la materia podría incluso reducirse a decir, quizá simplificando las cosas en demasía, que falta un instrumento en vigor, en contraste con otros muchos ámbitos materiales que han sido abrumadoramente regulados por el Derecho internacional en un plano convencional. El hecho de que exista una carencia de tal calibre a estas alturas no es, desde luego, como para estar satisfechos. Se ha visto, a nuestro juicio con toda la razón, como “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”⁷⁹. Pero por otra parte, siempre cabe añadir que tal falta no supone en sí misma una quiebra de la importancia práctica que pueda desplegar el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional. Es más, como es bien sabido, su contenido viene ejerciendo una influencia considerable sobre la práctica internacional, e incluso en la jurisprudencia es destacable alguna reciente toma en

78. No estará de más reseñar que con ocasión de la labor realizada por la Comisión de Derecho Internacional en su quincuagésimo segundo período de sesiones, que tuvo lugar a lo largo de doce semanas (desde el 1 de mayo al 9 de junio y desde el 10 de julio al 18 de agosto de 2000), la misma consideró el tercer informe del relator especial J. Crawford. La agenda completa de este 52º período de sesiones figura en el Documento A/CN.4/503. Con respecto a los avances producidos en la materia que nos ocupa, véase *Report of the Drafting Committee* (A/CN.4/L.600), localizable en http://www.un.org/law/ilc/sessions/52_152sess.htm. Las firmas a que responde tal informe son las siguientes: A/CN.4/507 y *Add.1* y *Add.1/Corr.1* y 2, *Add.2* y *Add.2/Corr.1* y 2, *Add.3* y *Add.3/Corr.1* *Add.4*. Los documentos así numerados contienen, por el mismo orden sucesivo, las propuestas del relator para la Parte Segunda (consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito del Estado), así como para la nueva parte Segunda *bis* (la puesta en práctica de la responsabilidad del Estado) y la Parte Cuarta (disposiciones generales), del proyecto de artículos.

Por fin la Comisión, decidió referir determinadas partes del proyecto de artículos al Comité de Redacción. En concreto, se han remitido contenidos correspondientes a las siguientes partes: la Parte Segunda (Capítulo I —principios generales—, II —las formas de reparación— y III —violaciones graves de obligaciones respecto de la Comunidad internacional en su conjunto—), la Parte Segunda *bis* (Capítulo I —invocación de la responsabilidad de un Estado— y II (contramedidas) y la Parte Cuarta. Asimismo, la Comisión llegó a tomar nota del informe del Comité de Redacción.

79. J. ROLDÁN BARBERO: *Ensayo sobre el Derecho...*, op. cit., pp. 22 y 23.



cuenta⁸⁰. Además, todavía podría añadirse que últimamente en el seno de la C.D.I. ha cobrado fuerza la idea de que el resultado de sus trabajos no tiene por qué acabar en un instrumento vinculante para tener influencia en la práctica. De hecho, aunque se es consciente de la ventajas que reporta la adopción de un tratado, cada vez más, es posible observar una tendencia hacia otras formas de canalización del esfuerzo de la Comisión, como pueda ser un código aclaratorio u otro instrumento similar⁸¹.

En cuanto al estado presente y a las posibles especulaciones sobre el próximo devenir de los trabajos, teniendo en cuenta que éste no es el lugar adecuado para efectuar un examen que trascienda la superficie de la cuestión, tan sólo pueden avanzarse unas simples ideas de síntesis sobre algunos de los aspectos que, previsiblemente, pueden mostrarse más problemáticos. En este sentido, lo primero que puede recordarse es el hecho de que la distinción contenida en el texto del anterior proyecto de artículo 19, relativa a la diferenciación entre crímenes y delitos internacionales ha sido eliminada como tal⁸². Es de sobra conocido que aquella diferenciación había sido verdaderamente revolucionaria en el momento de su creación, que en realidad nunca había contado con el favor de una serie importante de Estados y que, en cualquier caso, se estaba viendo peligrar desde que el último relator especial, J. Crawford, se hiciera cargo del tema. De todos modos, el entendimiento acerca de un necesario respeto de la distinción existente, en definitiva, entre normas dispositivas e imperativas con las eventuales consecuencias que dicha precisión debe llevar consigo sí parece quedar a salvo por el momento (en el proyecto se sigue hablando de "*serious breaches of obligations to the international community as a whole*"⁸³), aunque la nebulosa sea imponente en cuanto a su adecuada y definitiva articulación. De todas formas, parece

80. De hecho, así ha tenido lugar con ocasión del pronunciamiento del T.I.J. en relación con el asunto referente al *Proyecto Gabčíkovo Nagymaros*, *I.C.J. Reports*, 1997, párrs. 49 y ss., en donde el órgano judicial venía a hacer mención del artículo 33 del Proyecto de artículos y a subrayar el carácter controvertido del estado de necesidad como causa de exoneración de la responsabilidad; sobre el caso, puede verse MALJEAN-DUBOIS: "L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/lovaquie)", *A.F.D.I.*, 1997, pp. 286 y ss.

81. Sirva de ejemplo el hecho de que el relator especial para las reservas a los tratados internacionales, A. Pellet, ha mostrado su preferencia desde el principio por una simple guía de la práctica (aunque en tal opción influirá, seguramente, el hecho de que aquél sea un ámbito material que ya cuenta con una base normativa convencional previa); véase *Informe de la C.D.I. (1998)*.

82. Véase *A/CN.4/507, Add.3 y Add.3/Corr.1*.

83. Compruébese en *ibidem*.

oportuno precisar que una concepción así, que parta de la apreciación de la necesidad de diferenciar entre la vulneración de normas que contienen y que no contienen obligaciones *erga omnes*, sigue apareciendo en la doctrina más reciente como intangible⁸⁴.

Por otro lado, el terreno que atañe a las causas de modificación de la ilicitud de los hechos es resbaladizo, si no movedizo. Persisten demasiadas zonas de sombra sobre el posible alcance consuetudinario de esta cuestión, lo cual dificulta en gran medida la codificación de tales aspectos, que prácticamente es lo único que se pretende efectuar en torno a los mismos. Pero debe tenerse en cuenta todavía el entorpecimiento que en aquella labor de búsqueda y verificación de los datos a tener en cuenta introducen los Estados. No hay más que leer, para darse cuenta de ello, las actas de las sesiones de la Sexta Comisión; órgano que ha sido calificado con acierto como “*caisse de résonance des travaux de la Commission du droit international*”, por la función de barómetro que ejerce con respecto a la aceptabilidad *política* de cada objeto tratado inicialmente por la Comisión⁸⁵. Lo cierto es que entre aquellas áreas de penumbra de que hablábamos, sobresalen, por las repercusiones que dicha incertidumbre suscita, y continuará generando, en la práctica cotidiana, las que oscurecen el entorno en que se insertan las contramedidas, en general, y con respecto a los hechos ilícitos de excepcional gravedad, en particular. En esta dirección, destacan una serie de factores, a saber: el hecho de que en ningún lugar se llegue a hablar de la existencia de un *derecho* a la

84. En efecto, así puede observarse en las últimas contribuciones doctrinales, una vez que ya se había tomado conciencia de que aquella histórica clasificación entre crímenes y delitos en cualquier momento se podía venir abajo en cualquier momento. Véanse los destacados ejemplo siguientes: G. ABI-SAAB: “The uses of Article 19”, *E.J.I.L.*, 1999, Number 2, pp. 339-351; D.W. BOWETT: “Crimes of State and 1996 Report of the International Law Commission on State Responsibility”, *E.J.I.L.*, 1998, pp. 163 y ss.; G. GAJA: “Should all references to International Crimes disappear from the I.L.C. Draft Articles on State Responsibility?”, *E.J.I.L.*, 1999, Number 2, pp. 365-385; G. S. GOODWIN-GILL: “Crime in International Law: Obligations *Erga Omnes* and the Duty to Prosecute”, *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, Edited by G. S. Goodwin-Gill and S. Talmon, Oxford University Press, 1999, pp. 199-223; A. PELLET: “Can a State Commit a Crime? Definitely Yes!”, *E.J.I.L.*, 1999, Number 2, pp. 425-434; *id.*, “Vive le crime! Remarques sur les degrés de l’illicite en droit international”, *International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission*, United Nations, New York, 1997, pp. 287 y ss.; C. TOMUSCHAT: “International crimes by States: an endangered species?”, *International Law: Theory and Practice. Essays in honour of Eric Suy*, Edited by K. Wellens, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1998, pp. 253-274.

85. Y. DAUDET: “Rapport général”, *Codification du Droit International. Colloque d’Aix-en-Provence*, Société Française pour le Droit International, Editions A. Pedone, Paris, 1999, pp. 129-174; p. 165.



adopción de contramedidas, el mismo contenido un tanto difuso del principio de proporcionalidad⁸⁶ o el dato de que no queden claros ciertas implicaciones y pormenores de ciertos requisitos nada baladíes que atañen a las medidas estatales que deben anteceder en el tiempo a la adopción de unas contramedidas que pretendan ser consideradas como lícitas (confusión acentuada, sin duda, por el tejido y destejido que en los últimos Informes de los relatores especiales se efectuaba con respecto a la articulación de tales aspectos).

e) *La competencia extraterritorial del Estado*

Entre otras muchas carencias, puede destacarse la ausencia de una base reguladora clara sobre la competencia extraterritorial. Cierto es que actualmente su contenido se halla en manos del *Instituto de Derecho Internacional*, pero ello no obstaría, por ejemplo, a la iniciativa de un proyecto codificador paralelo. Por encima, la proliferación de acontecimientos que han tenido lugar en la práctica reciente hacen más urgente la consecución de una mayor seguridad jurídica en este ámbito. Esto es algo que sólo puede llegar de la mano de una guía cierta (incluso mejor, si se tratara de un auténtico instrumento convencional), que pusiera en claro la esencia extraíble de tanto caos empírico y de la incertidumbre consuetudinaria que reina por estos fueros. Es mucho lo que está en juego en este mundo -cada vez más- interdependiente y globalizado. No se trata sólo de acciones de un determinado tipo. Los ejemplos de actividades transnacionales que se están sucediendo muestran que, al menos desde el punto de vista fáctico, no tiene por qué haber nada que las detenga por razón de la materia. Se está produciendo acciones extraterritoriales justificadas por razones de diversa índole: de justicia penal, medioambientales o económicas. Algunos de dichos actos, suponen un éxito de aplicación práctica de principios teórico-jurídicos ya añejos, como el de la competencia penal universal⁸⁷. Otras acciones, en cambio, aunque se pretendan pasar por bue-

86. Al mismo tiempo, como precisa C. TOMUSCHAT, refiriéndose en concreto al supuesto de los *crimenes*. "(...) proportionality as required by Article 49 is hard to respect if 185 States all have the same right to take countermeasures"; "International Crimes by States...", *loc. cit.*, p. 264.

87. De todas formas, salta a la vista que los principios extraterritoriales sobre competencia penal necesitan una puesta al día, también desde la perspectiva teórica, enriquecida con los acontecimientos de la última mitad del siglo XX, y en especial con los sucesos que han marcado el final de la centuria. Demasiado atrás en el tiempo quedan, ya, meritorios trabajos como el Proyecto sobre la competencia penal efectuado por la *Harvard Research in International Law* en 1935 (puede verse en "Draft



nas, suponen manifestaciones de arrogancia, cuyo contenido, además de ser calificable como ilícito, revela una progresión del unilateralismo estatal en el proceso de aplicación del Derecho Internacional. Pueden servir como ejemplos de tales manifestaciones las leyes estadounidenses *Helms-Burton* y *D'Amato*, la intervención de la O.T.A.N. en Kosovo o los últimos bombardeos estadounidenses y británicos sobre Bagdad. En cualquier caso, creemos que queda clara la necesidad de dotar con una mínima certidumbre jurídica a toda esa realidad.

APRECIACIONES FINALES

A la luz de todo lo expuesto, podría concluirse que, a comienzos del siglo XXI, el grado de evolución alcanzado en el plano estricto de la teoría jurídica por el ordenamiento de la Comunidad internacional dista un enorme trecho de ser ideal. Pero además, debe añadirse que el mismo ni siquiera va acompañado de un nivel de madurez comparable o paralelo en el ámbito de la aplicación⁸⁸. Es de suponer que la existencia de instituciones o de órganos eficaces, con competencias para intervenir en la aplicación —incluso coercitiva— de la norma, tendría algún efecto preventivo, *a priori*, evitando desviaciones respecto del contenido objetivo del Derecho. Al mismo tiempo, es de imaginar también que la existencia de tal tipo de control tendría, asimismo, consecuencias *a posteriori*, reprimiendo, en este plano, las violaciones o las manifestaciones de unilateralismo que se pudieran haber producido.

Convention on Jurisdiction with respect to Crime”, *A.J.I.L.*, vol. 29, Suppl. 1935, pp. 437-635). Aunque parte de sus principios inspiradores continúen respondiendo a la realidad, es obvio que resultados alcanzados en el pasado más o menos lejano, como es el caso de las conclusiones obtenidas por el prestigioso centro citado, están pidiendo a gritos una acción revisora, además de una cierta asunción *institucional*.

88. Es más, si en este último ámbito se hubiera alcanzado un mayor perfeccionamiento, es seguro que las expresiones de unilateralismo, por ejemplo, se reducirían enormemente. En este sentido, podría añadirse que el unilateralismo constituye, en abstracto, un rasgo más apegado a los ordenamientos primitivos, aunque siempre pueda ser también característico de sistemas más avanzados, como pueda ser el Derecho internacional de nuestros días, precisamente porque éste no ha obtenido todavía elevadas cotas de efectividad en algunos de sus sectores. En definitiva, la observación del vínculo que pueda existir entre un determinado modelo de sociedad internacional y determinadas conductas unilaterales pueden dar lugar a interesantes reflexiones. Véase, en este sentido, M. PÉREZ GONZÁLEZ: “En torno a la tensión entre lo general y lo particular en Derecho de Gentes”, *Homenaje al profesor Afonso Otero*, Santiago de Compostela, 1981, pp. 665-685; pp. 665 y ss.



En fin, creemos que las fallas más graves del sistema internacional se producen, ante todo, en el ámbito de la aplicación de las normas (y más concretamente, en el control de las infracciones). Pero, en cualquier caso, los remedios a los males existentes, tanto en sede de formación como de aplicación, deben buscarse por la vía del fortalecimiento institucional. Parece especialmente significativo que actualmente, en el seno de la Comunidad internacional, muchas acciones unilaterales ilícitas realizadas por Estados queden sin, siquiera, una simple reprobación moral. Una respuesta así pudiera aparentar, tal vez en principio, ser simplista en exceso a los ojos de cualquier internacionalista; pero el hartazgo que produce ver que el abismo entre teoría y realidad que recorre toda nuestra disciplina tiene lugar la mayor parte de las veces por razones ajenas al contenido de las normas primarias, debe conducir a que se insista en ello⁸⁹. Ha de volverse, por tanto, sobre la necesidad de volcar la mayor parte de la energía en vigorizar el proceso de aplicación y el progreso de las instituciones. Sobre ello, debería insistirse por todos los sujetos de Derecho internacional, por los actores y, aun, por los espectadores, cada uno desde su posición —tan— distinta en la Comunidad internacional de nuestros días. No debe ser casualidad que los especialistas que se han inquietado por escrito, en especial a raíz de los últimos brotes de unilateralismo, hayan llegado a recetar fórmulas similares⁹⁰. Ha de tenerse presente que el orden internacional está viviendo actualmente momentos de eclosión social o,

89. Sin que esta percepción general obste a la posibilidad de introducir un sinnfn de matices para explicar cada fracaso concreto. Por ejemplo, J. ROLDÁN BARBERO comentaba, no hace mucho, que “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”; *Ensayo sobre el Derecho...*, op. cit., pp. 105 y 106. Pueden leerse las certeras reflexiones, enmarcables en la misma percepción, que hacía A. MANGAS MARTÍN en el Capítulo introductorio de su monografía sobre los *Conflictos armados internos y el Derecho Internacional Humanitario* (Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990, pp. 17 y ss.). En este sentido, las causas de la multiplicación de los conflictos armados en el interior de los Estados las encuentra dicha autora, entre otras importantes razones (alguna de ellas ya superada, como el factor ideológico y el enfrentamiento entre bloques), en el fanatismo religioso, racial y cultural y en los factores político-económicos sociales (véanse las pp. 30 y ss.).

90. Por ejemplo, tanto M. REISMAN como A. REMIRO, aun partiendo de distintos enfoques y manifestando un diferente grado de escepticismo, hacen énfasis en el necesario fortalecimiento institucional. Pueden localizarse, respectivamente, en “Unilateral Action and the Transformations of the World Constitutive Process: The Special Problem of Humanitarian Intervention”, *E.J.I.L.*, vol. 11, Number 1, 2000, pp. 3-18; pp. 3 y 17-18 y en “Universalismo, Multilateralismo, Regionalismo y Unilateralismo en el Nuevo Orden Internacional”, *R.E.D.I.*, vol. LI, 1, 1999, pp. 11-57; p. 55 (“Urge, pues, volver a la Carta, manifestamente mejorable, para reconstruir el consenso sobre las instituciones que han de servir los principios constitucionales que nos hemos dado y ampliar o complementar estos principios”).



si se prefiere, de transición y, por consiguiente, existe la necesidad, y la oportunidad, de que el sistema jurídico internacional se adapte y contribuya a modular dichos cambios, actuando así la dimensión dinámica y la capacidad de evolución que llevan dentro tanto la Comunidad internacional como su Derecho.