

EL DERECHO INTERNACIONAL COMO NECESIDAD Y FACTOR SOCIAL. REFLEXIONES SOBRE SU FUNDAMENTO, CONCEPTO Y MÉTODO*.

Francisco Jiménez García**

RESUMEN

Una reflexión pausada sobre el fundamento, método y concepto del Derecho internacional resulta una óptima oportunidad para calibrar el estado actual de este sistema jurídico, apreciar sus contradicciones y atestiguar sus progresos. Lo que aparece como un punto de partida constituye en realidad un punto de encuentro ineludible para los estudiosos del Derecho internacional.

Palabras clave: Derecho internacional: reflexiones sobre su fundamento, método y concepto.

ABSTRACT

The deliberate reflections on the ground, method and concept of international law are an excellent opportunity to analyse the current state of this legal system, to determine its contradictions and witness their progress. What looks like a starting point is actually an essential meeting point for scholars of international law.

Keywords: International law: concept, nature and method.

* El presente trabajo, con las oportunas modificaciones, formó parte del Proyecto Docente defendido por su autor en 2001.

** Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos.

SUMARIO: 1. Reflexiones acerca del fundamento del Derecho internacional público; 1.1. Aspectos generales; 1.2. Concepción voluntarista *versus* concepción objetivista del Derecho internacional: una cuestión de equilibrio; 2. Aproximaciones metodológicas y conceptuales del Derecho internacional; 3. Conclusiones

1. REFLEXIONES ACERCA DEL FUNDAMENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

1.1. Aspectos generales

En los últimos tiempos se ha vuelto sobre el ser jurídico del Derecho internacional y es que, cuál Sísifo, el Derecho internacional parece condenado a justificar una y otra vez su fundamentación y validez jurídica sin que consiga alcanzar la cima de la plena credibilidad. La profesora Abellán Honrubia ha mantenido su duda sobre la utilización de los términos sistema jurídico internacional para referirse al Derecho Internacional Público, “dada la manifiesta falta de coherencia entre algunas de sus normas; pero también es manifiesta la necesidad de adaptar el Derecho Internacional a la evolución – asimétrica, desigual y con frecuencia contradictoria– de la sociedad internacional. La simultaneidad de ambas exigencias– coherencia entre las normas y adecuación a los cambios operados en la Sociedad internacional– puede conducir, y de hecho conduce, a la coexistencia de normas y principios contradictorios, así como a desajustes en el contenido y funcionamiento del Derecho internacional”¹. En este punto, ya no es una cuestión de identificación exclusivamente normativa del ordenamiento jurídico sino como una realidad sistemática global, de precisar si su evolución realmente ha supuesto paralelamente el cambio en cuanto a los intereses que ahora el ordenamiento internacional pretende defender. Como indicara hace tiempo G. Ripert, el derecho debe ser un factor de

¹ Vid. ABELLÁN HONRUBIA, V., “Sobre el método y los conceptos en Derecho Internacional Público”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, T.I, Sevilla 2005, p.61. Vid. en el mismo sentido, SALMON, J., “Le Droit international à l’épreuve au tournant du XXI siècle” *CEBDI*, Vol. VI, 2002, pp. 35-361 y BELAÏD, S., “Société Internationale, Droit international: quelles mutations?” *CEBDI*, Vol.VII, 2003, pp. 39-340.

estabilidad pero se convierte en un fenómeno peligroso cuando es un factor de inmovilismo o de bloqueo, “*la transformation des conditions matérielles de la vie amène un changement dans les moeurs et, l’évolution des moeurs finit par rendre insupportable aux hommes le maintien des règles anciennes et à leur faire désirer d’autres plus convenables à leur vie*”². Volvemos a la vieja discusión sobre el carácter voluntarista del Derecho internacional excesivamente pegado a los intereses estatales o si por el contrario podemos afirmar su fuerza jurídica una vez superado el consensualismo legiferante.

La realidad existencial del Derecho internacional público, como ordenamiento jurídico de la Comunidad internacional, parece actualmente incuestionable. No solamente el Derecho internacional es invocado por los Estados en el normal desarrollo de sus relaciones internacionales, bien para determinar la naturaleza y el alcance estrictamente internacional de sus compromisos y de los derechos y obligaciones en ellos reconocidos, bien para constatar la corrección, en términos jurídicos, de su conducta unilateral, recíproca o multilateral, o ya sea, finalmente, para excusar o justificar aquellos comportamientos que resultan contrarios a las obligaciones enunciadas en la normativa internacional, sino que además en la actualidad el Derecho internacional público constituye un indiscutible referente de licitud o de «interpretación conforme» que actúa en distintos ámbitos jurídicos que superan la interestatalidad e internacionalidad de las relaciones³. Prueba evidente de la afirmación anterior es cómo, por ejemplo, el Derecho

² Vid. RIPERT, G., *Les Forces Créatrices du Droit*, LGDJ, Paris 1955, pp. 45-46.

³ El criterio de “interpretación conforme a las obligaciones internacionales” se está convirtiendo en un efectivo principio de aplicación indirecta por la vía judicial del Derecho internacional Público, no sólo en el ámbito nacional sino también en determinadas organizaciones internacionales. Como técnica de implementación de la normativa internacional, este criterio ha presentado especial operatividad en materia de derechos humanos y en el ámbito del derecho económico internacional. Respecto a la primera, es de sobra conocida la importancia adquirida por el artículo 10.2 de la Constitución española en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y de las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con la normativa internacional vigente en nuestro Estado. En referencia al asunto *Barberá, Messegue y Jabardo*, nuestro Tribunal Constitucional indicaba que aunque “el Convenio Europeo, como instrumento internacional, no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico la fuerza ejecutoria directa de las decisiones del TEDH ni tampoco a introducir reformas legales, que permitan la revisión judicial de las Sentencias firmes a consecuencia de la declaración por el Tribunal de la violación de un derecho de los reconocidos por el Convenio ...” esto no implica la carencia de efecto interno de la declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de una infracción de un derecho reconocido en el Convenio, pues conforme al artículo 10.2 CE, “declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los Derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno” (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, nº 129, 1992, pp.92-95). Recientemente, el dictamen de 11 de agosto de 2000 emitido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (dictamen no directamente ejecutorio y Comité que no constituye un órgano judicial), en el que se declara que el recurso de casación penal que se interpone ante el Tribunal Supremo español no cumple las garantías establecidas en los artículos 2.3 y 14.5 del Pacto Internacional

internacional ha incidido sobre el principio de legalidad penal y ha condicionado la actuación, interna e internacional, de las jurisdicciones nacionales de los distintos sistemas jurídicos del mundo, pues la calificación jurídica de la conducta delictiva a enjuiciar se ha de hacer de conformidad con el derecho nacional o el Derecho internacional, sistema éste último integrado no sólo por textos jurídicos escritos, sino también por normas consuetudinarias y principios generales⁴.

El Derecho internacional, al mismo tiempo, ha adquirido una relevante autonomía, aunque todavía se siga tildando de relativa, en el desarrollo de las relaciones internacionales como consecuencia principalmente de dos factores que, a su vez, han originado un proceso de sectorialización del Derecho internacional: la aparición de las organizaciones internacionales, tanto de carácter general como de carácter especial, de integración o de mera cooperación, así como la paulatina, aunque progresiva, “monitorización” y “judicialización” del Derecho internacional. A tal efecto, las organizaciones actúan no sólo como importantes centros de creación de un derecho

de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ha provocado una doble reacción: en primer lugar, el pronunciamiento de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo sobre las consecuencias generales y particulares de este dictamen, y en segundo lugar la necesidad de tener en cuenta este dictamen en la futura reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Concretamente, el Comité concluye que “de conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser desestimada salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El Estado tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas”, *vid. CCPR/C/69/D/701/1996*, par.13. Sobre la evolución constitucional de esta cuestión *vid. FERNÁNDEZ CASADEVANTE ROMANÍ, C., y JIMÉNEZ GARCÍA, F., El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 años de Jurisprudencia Constitucional*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2009. Por último y en materia de derechos fundamentales de la persona, hemos de resaltar la naturaleza ejecutoria de la normativa reguladora de las jurisdicciones penales internacionales de reciente creación, esto es, los Estatutos y Reglas de Procedimiento y Prueba de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, así como la normativa de la recién adoptada Corte Penal Internacional. En tal sentido, véase, FURUYA, S., “Legal effect of rules of the International Criminal Tribunals and Court upon individuals: emerging international law of direct effect”, *NILR* 2000-2, pp.111-145. Respecto al Derecho económico internacional, cabe resaltar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a las disposiciones del GATT y del ahora Acuerdo OMC. Conforme a esta jurisprudencia, la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la comunidad sobre las normas de derecho comunitario derivado significa que estas últimas deben ser interpretadas conforme a las normas de los acuerdos internacionales hasta la medida de lo posible. Sobre esta cuestión véase, Díez-Hochleitner, J., *La Posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento Comunitario*, Madrid, 1998, pp.91-92 y ESPOSITO, C.D., *La Organización Mundial del Comercio y los Particulares*, Madrid, 1999, pp.105-110.

⁴ *Vid.* en este sentido el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 y el artículo 7 del Convenio europeo de derechos humanos de 1950. Acerca de esta cuestión *vid.* mi trabajo JIMÉNEZ GARCÍA, F., “El fin de la impunidad ante los crímenes internacionales”, en *Tiempo de Paz*, nº 93, 2009 pp.70-79 con referencia a la jurisprudencia del TEDH sentada en los asuntos *Tovier c. Francia* (1997), *Papon c. Francia* (2001), *Streletz, Kesskest y Krentz c. Alemania* (2002), *Kolk y Kislyiy c. Estonia* (2006) y *Kononov c. Letonia* (2008) así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sentada en la sentencia *Scilingo* (2007) y los autos del Juez Garzón sobre los crímenes del franquismo (2008).

internacional que presenta una aplicabilidad reforzada, bien porque sea directamente aplicable en los ordenamientos internos de los Estados miembros, bien porque su aplicación se garantice mediante la técnica de la interpretación conforme, sino que además ha generado sistemas normativos de alcance general y han supuesto una garantía de control y aplicación frente a la voluntad de los sujetos destinatarios inherente al proceso de institucionalización. Por su parte, la denominada “monitorización” y “judicialización” del Derecho, aun cuando la paridad derecho-mecanismos de heterosolución no suponga un elemento esencial de la juridicidad del ordenamiento, han creado un marco de confianza que consolida la existencia y efectividad de la norma internacional así como de protección de las expectativas consustanciales a la misma frente a los abusos de la “unilateralidad” de los Estados en su interpretación y aplicación. La existencia de comités de control y tribunales internacionales, con carácter complementario a los mecanismos de control de ámbito nacional, otorgan credibilidad a un sistema jurídico como el internacional que siempre se ha tenido que enfrentar a su discusión mediante la elaboración de determinadas teorías, como el desdoblamiento funcional, que si bien siguen resultando en la actualidad consustanciales y necesarias para la efectividad de la normativa internacional, ponían de manifiesto ciertas deficiencias del sistema. Ambos factores han generado ámbitos multilaterales de actuación y de solución de controversias que contrarrestan el unilateralismo cáustico y casuístico de los Estados ante el Derecho internacional.

En este sentido, se ha declarado que nos encontramos en una fase post-ontológica del Derecho Internacional Público, en la que hemos pasado de cuestionarnos la existencia efectiva del ordenamiento internacional como sistema jurídico para adentrarnos en la crítica del sistema desde la perspectiva de su legitimidad, imparcialidad y justicia (lo que, en el fondo, no deja de ser la misma cuestión). Según T. M. Franck, a quien se debe tal expresión⁵, el Derecho internacional ha madurado en un complejo sistema jurídico que no

⁵ Cfr. FRANCK, T.M., , *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1995, pp. 4-6. La obra referida constituye la revisión y actualización del Curso General de Derecho Internacional Público, del mismo autor, impartido en la Academia de Derecho Internacional de La Haya bajo el título “Fairness in the international legal and institutional system”, *RCADI* 1993-III, t.240. P. Weil proclama en su Curso General de la Haya la existencia silenciosa del Derecho internacional y parafraseando la obra de André FROSSARD, «*Dieu existe, je l'ai rencontré*», declara que “le droit international existe, je l'ai rencontré”. Según este autor, la mayoría de las relaciones cotidianas entre los Estados son regidas por el Derecho internacional, calmamente, sin ruido. Por otra parte, el Derecho internacional no se limita actualmente a las relaciones entre las cancillerías sino que afecta asimismo a la vida cotidiana de los ciudadanos en distintos ámbitos de sus relaciones y actúa como marco protector de las miríadas de relaciones transfronterizas entre personas públicas y privadas. Según este autor “le droit international est une

se limita a regular las relaciones entre los Estados, sino que incide asimismo en el complejo entramado de las relaciones entre los Estados y sus entidades territoriales, entre el Estado y los individuos, entre los Estados y las empresas y corporaciones multinacionales, entre las organizaciones internacionales y sus Estados miembros. Esta expansión del ámbito material del Derecho internacional es consecuencia de la demanda de una reglamentación internacional a las distintas cuestiones que plantea el potencial conflicto que existe entre los intereses de los Estados y las nuevas posibilidades creadas por la ciencia y la tecnología, así como la tensión que se produce entre los intereses y la responsabilidad de los Estados, por una parte, y la capacidad de actuación que, estas nuevas tecnologías, ofrecen a los distintos actores de las relaciones internacionales al margen del control del Estado, el protagonismo actual de la sociedad civil y la toma de conciencia de la humanidad acerca de este conjunto de problemas, por otro lado. Fruto de esta madurez y complejidad es que el Derecho internacional se ha adentrado en la fase de la especialización, pues como resalta el autor mencionado, “specialization is a tribute which the profession pays to the maturity of the legal system”⁶.

mécanique qui fonctionne en silence, sans que l’immense majorité des citoyens en ait même conscience. Les juristes eux-mêmes, a observé Jennings, sont peu conscients de ce phénomène, car ils ont pris l’habitude d’aborder le droit sous l’angle de la pathologie et des procès, négligeant ainsi l’énorme part de fonctionnement normal de la mécanique – un peu, dit-il, à l’image de la médecine, qui s’est longtemps concentrée davantage sur la maladie que sur la santé”, Cfr.. “Le droit international en quête de son identité”, *RCADI* 1992-VI, t.237, pp.47-48. En el mismo sentido, BROWNLIE, I., “International law at fiftieth anniversary of the United Nations. General Course on Public International Law”, *RCADI*, 1995, t.255, p.32 y QUOC DINH, N., DAILLER, P., PELLET, A., *Droit International Public*, 6ª ed., Paris, 1999, p.88, para quienes la prueba más convincente de que el Derecho internacional existe se encuentra en la observación cotidiana de la vida y de las relaciones internacionales en que los individuos, los Estados, los movimientos de opinión, las organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, reconocen e invocan el Derecho internacional. Entre nosotros, GUTIÉRREZ ESPADA, C., considera que el mejor argumento a favor de la naturaleza jurídica del Derecho internacional es la “evidente creencia de los Estados en que existe y es obligatorio. ¿Por qué si no todo Estado que se precie cuenta en su Ministerio de Asuntos Exteriores con un «servicio jurídico» encargado de examinar las relaciones internacionales del Estado a la luz de las reglas del Derecho internacional?; ¿por qué si no los Estados intentan amparar siempre sus conductas en violación de las normas internacionales con base en argumentos o justificaciones jurídicas?”, *vid. Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1995, p.64. En el mismo sentido véase, JUSTE RUIZ, J., *¿Derecho Internacional Público?*, Valencia, 1994, pp.66-72 y ROLDÁN BARBERO, J., *Ensayo sobre el Derecho Internacional Público*, Almería, 1996, p.26.

⁶ Cfr.. T. M. FRANCK, T.M., *Fairness in International Law...*, 1995 *op. cit.*, p.4. Dos son las causas de esta especialización. En primer lugar la *ampliación material del Derecho internacional*. En este sentido véanse, SCHACHTER, O., “International Law in Theory and Practice. General Course in Public International Law”, *RCADI* 1982-V, t.178, pp.21-23 y SHAW, N., *International Law*, Cambridge, 1997, pp.38-39. Para este último, quien apunta el proceso de ampliación del ordenamiento jurídico internacional cuyo compromiso va más allá de su preocupación primaria relativa a la preservación de la paz hasta alcanzar todos los intereses de la vida internacional contemporánea, “the range of topics covered by international law has expanded hand with the upsurge in difficulties faced and the proliferation in the number of the participants within the system. It is no longer exclusively concerned with issues relating to the territory or jurisdiction of states narrowly understood, but is beginning to take account the specialised

Desde el momento en que el Derecho internacional responde a un sistema maduro capaz de realizar una distribución recíproca de derechos y obligaciones en condiciones de escasez moderadas, y presupone la existencia de una comunidad como un sistema social de interacción y transacción que, no sólo supone una estructura recíproca de trato entre sus distintos componentes en cuanto a sus derechos y obligaciones, sino que además evidencia un sentimiento compartido de valores, principios y obligaciones de carácter moral, se reúnen las condiciones necesarias para efectuar un análisis crítico del sistema internacional⁷. La legitimidad del Derecho entendida como correcto o debido proceso (“*right process*”⁸), continúa el profesor de Nueva York, no sólo depende de la

problems of contemporary society. Many of these have already been referred to, such as the vital field of human rights, the growth of an international economic law covering financial and development matters, concern with environmental despoliation, the space exploration afford and the exploitation of the resources of the ocean and deep sea-bed”. En segundo lugar la *sectorialización del Derecho internacional*. Sobre los problemas de esta sectorialización en la unidad del Derecho internacional y, en particular, sobre el riesgo de la especialización en detrimento de la formación global, básica y general de los profesionales y académicos de la asignatura ya se han pronunciado importantes sectores del Derecho internacional, incluso se ha incluido dentro del programa de trabajo de la CDI bajo el título “*Los riesgos resultantes de la fragmentación del Derecho internacional*”. Según la propuesta presentada por HAFNER, G., el sistema del Derecho internacional se halla compuesto de “sistemas universales, regionales o incluso bilaterales de subsistemas y de subsistemas de diverso nivel de integración jurídica. Esta naturaleza del Derecho internacional resultante de subsistemas jurídicos separados y dispares tiene sin duda un efecto positivo en la medida en que establece el imperio de la ley en las relaciones internacionales, pero se expone al riesgo de originar fricciones y contradicciones entre las distintas normativas jurídicas”. Las causas de esta fragmentación expuestas son: la falta de órganos centralizados, la especialización, la diferente configuración de las normas jurídicas (normas recíprocas de carácter sinalagmático, normas que imponen a los Estados obligaciones para con las personas y obligaciones para con la comunidad de Estados), las normativas paralelas, la competencia entre normativas, la ampliación del ámbito de aplicación del derecho internacional y los diferentes regímenes de normas secundarias. Cfr.. Informe de la CDI sobre su labor realizada en su 52º período de sesiones (1º de mayo a 9 de junio y 10 de julio a 18 de agosto de 2000), *Asamblea General, Documentos oficiales, 55º período de sesiones, Suplemento Nº 10, (A/55/10)*, pp.294-310. Dentro de la doctrina véase BROWNIE, I., “Problems concerning the unity of international law”, en *Le Droit International à l’Heure de sa Codification. Etudes en l’Honneur de R. Ago*, vol.I., Milan 1987, pp.156-160; REISMAN, W.M., “International Law after the Cold War”, *AJIL*, 1990, vol.84, pp.859-866 y DUPUY, P.M., “The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice”, en *Journal of International Law and Politics*, 1999, p.791. Entre nosotros, el problema de la especialización y sectorialización del Derecho internacional público ha constituido objeto de análisis de los profesores SALINAS ALCEGA, S. y TIRADO ROBLES, C., en su obra, *Adaptabilidad y Fragmentación del Derecho Internacional: la Crisis de la Sectorialización*, Monografías del Real Instituto de Estudios Europeos Nº.2, Zaragoza 1999.

⁷ Cfr.. FRANCK, T.M., *Fairness in International Law...*, 1995 *op. cit.* pp.7-14.

⁸ La legitimidad como correcto proceso es uno de los elementos de la justicia (*fairness*) del Derecho. El otro es el referido a la justicia distributiva. Según este autor, la justicia del Derecho internacional puede ser examinada, en primer lugar, por el grado en que las reglas satisfacen las expectativas de sus sujetos en virtud de una equitativa distribución de costes y beneficios; en segundo lugar, en la medida en que las reglas son creadas y aplicadas de conformidad con lo que los sujetos perciben como un proceso correcto. Cfr.. *ibid.* p.7. En este sentido, la obra de T.M. FRANCK presenta similitudes con la obra de R. DWORKING y su concepción de la integridad en el Derecho. Según este último autor, el derecho como integridad “niega que las declaraciones del derecho sean informes objetivos regresivos del convencionalismo o programas instrumentales progresivos del pragmatismo legal. Sostiene que los reclamos legales son juicios interpretativos y por lo tanto, combinan elementos progresivos y regresivos; interpretan la práctica legal contemporánea como una narrativa política en desarrollo”. Además y según el

complementariedad de las normas primarias respecto de las normas secundarias que determinan su correcto proceso de creación y aplicación⁹, sino de su concordancia con cuatro factores: la determinación, la validación simbólica, la coherencia y la adherencia. La *determinación* de una norma depende de la capacidad del texto de transmitir un claro y transparente mensaje, en el sentido de que a través del lenguaje empleado podamos verificar el significado esencial de la regla en ella contenida. A mayor determinación del estándar de la norma, mayor dificultad existirá para resistirse a su cumplimiento así como para justificar su incumplimiento y las estrategias de evasión. Si la determinación denota significado, la *validación simbólica* denota autoridad. Significa que la norma está dotada de ciertos signos o símbolos o de cierta tradición (pedigrí) que la identifican como parte del conjunto del sistema del orden social y enfatiza los aspectos culturales y antropológicos que fundamentan la autoridad de la norma más allá de su ejercicio *ad hoc* u oportunista. Los símbolos de las Naciones Unidas en el ejercicio de sus funciones y la

derecho como integridad, “las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad”, *vid. El Imperio de la Justicia*, traducción C. Ferrari, 2ª ed. Barcelona, 1992, p.164.

⁹ La clasificación entre reglas primarias y reglas secundarias se refiere a la distinción formulada en 1961 por HART en su obra *El Concepto de Derecho*. Según este autor, el sistema jurídico es el resultado de la combinación de *reglas primarias* de obligación con *reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación*. Ante la falta de certeza del régimen de reglas primarias, resulta imprescindible la introducción de la denominada “regla de reconocimiento” (“*rule of recognition*”). Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. La existencia de tal regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas simples o complejas (desde la escritura hasta su incorporación en un cuerpo específico de carácter codificador, legislativo o judicial). La cualidad estática del régimen de reglas primarias, aparece corregida por las denominadas “reglas de cambio” (“*rules of change*”) que son aquellas reglas que confieren potestades privadas para la modificar o variar las posiciones iniciales que les asignan las reglas primarias. Por último, para remediar la insuficiencia de la presión social difusa de las reglas primarias se introducen las “reglas de adjudicación” (“*rules of adjudication*”) que permiten determinar cuándo se ha producido una violación de las obligaciones primarias, la identificación del responsable, los mecanismos de arreglo de controversias y el procedimiento a seguir. Tomando como premisa la disociación que el autor referido efectúa de la idea de derecho y obligación/sanción, el Derecho internacional es cuestionado por la ausencia de una regla de reconocimiento efectiva. Según este autor inglés, en Derecho internacional “no hay regla básica que establezca criterios generales de validez para las reglas de derecho internacional, y que las reglas que son de hecho operativas constituyen no un sistema sino un conjunto de reglas, entre las cuales están las que establecen la fuerza obligatoria de los tratados. Es verdad que, en muchas cuestiones importantes, las relaciones entre los Estados están reguladas por tratados multilaterales, y se alega a veces que estos pueden obligar a estados que no son parte. Si esto fuera generalmente reconocido, tales tratados serían en realidad actos legislativos y el derecho internacional tendría distintos criterios de validez para sus reglas. *Podría entonces formularse una regla básica de reconocimiento que representaría una característica efectiva del sistema y no una mera reformulación vacía del hecho de que en la práctica los Estados observan un conjunto de reglas*. Quizás el Derecho internacional está hoy en una etapa de transición orientada hacia la aceptación de esta y otras formas, que lo aproximarían en estructura a un sistema nacional”. Cfr. HART, H.L., *El Concepto de Derecho*, traducción de G.R. Carrión, Buenos Aires, 1992, en particular, pp. 113-123 y 291-292. El énfasis es añadido. Para una crítica desde el punto de vista internacional a esta concepción, véase, ABI SAAB, G., “Cours général de Droit international public”, *RCADI* 1987-VII, T.207, pp.119-126.

inmunidad diplomática son presentados como ejemplos de esta validación simbólica. La *coherencia* es un indicador esencial del cumplimiento de la norma y exige que las normas sean aplicadas uniformemente en cada situación similar por las distintas instancias competentes. La coherencia implica necesariamente una capacidad de generalización que no hay que confundir con una forzada uniformidad, sino que todo trato diferente se ha de explicar y ha de ser explicable por referencia a conceptos de diferenciación de aplicación, asimismo, general. Por último, la *adherencia* es el nexo vertical entre las reglas primarias de obligación y una estructura piramidal de reglas secundarias relativas a la creación, la interpretación y la aplicación de las reglas primarias por parte de la comunidad. En este sentido, sí que se puede hablar de una regla de reconocimiento en Derecho internacional que no depende del consentimiento específico de los Estados, sino del estatus, de su condición de miembros, en la comunidad internacional: el *ius cogens* dentro del cual se ha de incluir el principio de *pacta sunt servanda*¹⁰.

Como hemos apuntado la unidad y coherencia del Derecho internacional se encuentra amenazada por la denominada sectorialización y fragmentación del ordenamiento internacional. Como ha concluido Martti Koskenniemi, como Relator especial de la CDI sobre “La fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional”¹¹,

“Una de las características de la reciente vida internacional ha sido lo que los sociólogos han denominado «diferenciación funcional» es decir, la creciente especialización de partes de la sociedad y la consiguiente autonomización de esas partes. Esto sucede tanto a nivel nacional como internacional. Una paradoja bien conocida de la mundialización es que si bien ha conducido a una creciente uniformización de la vida social en todo el mundo, también ha conducido a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas de acción social y estructuras especializadas y relativamente autónomas”¹².

¹⁰ Cfr. FRANCK, T.M., *Fairness in International Law...*, 1995, pp.30-46.

¹¹ A/CN.4/L.682 de 13 de abril de 2006

¹² *Ibid.* pp.11-12.

Ante este fenómeno, el autor indica que el desarrollo del derecho como consecuencia de nuevas necesidades es un fenómeno natural y saludable. Los nuevos tipos de derechos especializados no surgen accidentalmente sino que tratan de responder a nuevas necesidades técnicas y funcionales. Con mucha frecuencia surgen nuevas normas o regímenes precisamente a fin de apartarse de lo anteriormente dispuesto por el derecho general y cuando esas desviaciones se producen o resultan generales y frecuentes, la que padece es la unidad del derecho. No obstante, según el Relator especial, no siempre estas desviaciones deberían entenderse como “errores” técnico-jurídicos. Reflejan los diferentes propósitos y preferencias de los actores en una sociedad pluralista (mundial). En condiciones de complejidad social, es inútil insistir en la unidad formal. Un derecho que no consiga expresar las diferencias experimentadas entre situaciones de hecho o entre los intereses o valores que parecen pertinentes en particulares problemas parecería totalmente inaceptable, utópico y autoritario al mismo tiempo¹³. Incluso se puede afirmar que el Derecho internacional prevé técnicas jurídicas de solución, por lo que desde una perspectiva técnico-jurídica tampoco es un problema de especial relevancia. A tal efecto afirma que

“Se parte del presupuesto de que la «fragmentación» tradicional del derecho internacional ya ha dotado a los juristas de técnicas para hacer frente a normas y a sistemas de normas que apuntan en diferente direcciones. Esto no significa anular la importancia de la reciente tendencia a la especialización funcional en los regímenes regulatorios. Pero indica que la evolución de los hechos tiene una importancia relativamente menor para el funcionamiento del razonamiento jurídico. Se considera importante que la «fragmentación» y la «coherencia» no son aspectos del mundo sino forman parte de la perspectiva del espectador. Lo que es nuevo e insólito cuestionará (por definición) las maneras habituales de pensar y de organizar el mundo. La novedad se presenta como «fragmentación» del mundo antiguo. En ese caso, la tarea del pensamiento consiste en hacer habitual lo insólito integrándolo en las pautas aceptadas de pensamiento o modificando esas pautas para que el nuevo fenómeno pueda encajarse en ellas. Naturalmente, siempre subsistirá cierta

¹³ Cfr. *ibid.* pp.15-16.

«disociación cognitiva» entre el marco conceptual habitual y la nueva información recibida del mundo”¹⁴.

Sin embargo, como se mantiene en el Informe presentado, “la divergencia de opiniones sobre el contenido de la ley general crea dos tipos de problemas. En primer lugar disminuye la seguridad jurídica. Los sujetos jurídicos no son capaces de predecir la reacción de las instituciones oficiales a su comportamiento y a que planifique en consecuencia su actividad. En segundo lugar, sitúa a los sujetos jurídicos en posiciones desiguales entre ellos. Los derechos de que disfrutan dependen de la jurisdicción competente para aplicarlos. La mayoría de las leyes internas se ocupan de estos problemas mediante el instrumento de la apelación. Una autoridad (por lo común un tribunal) de un nivel jerárquico superior pronunciará una decisión formalmente autorizada. Esa autoridad no existe por lo general en el derecho internacional. Los conflictos de interpretación de la normativa general por diferentes instituciones no pueden someterse a un sistema constitucional de revisión que culmine en una autoridad suprema. Cuando esos conflictos aparecen y se consideran un problema (lo que no siempre sucede), sólo se pueden resolver con medios legislativos o administrativos”¹⁵.

1.2. Concepción voluntarista versus concepción objetivista del derecho internacional: una cuestión de equilibrio

No obstante esta concepción post-ontológica del Derecho internacional, resulta de interés una aproximación al fundamento del sistema jurídico internacional. En este sentido, partiendo de la realidad positiva, de la singularidad y especificidad del Derecho Internacional frente a los derechos estatales¹⁶, su fundamentación se puede realizar, principalmente, desde dos perspectivas doctrinales distintas que derivan, a su vez, en otra

¹⁴ Ibid. pp.17-18.

¹⁵ Ibid. pp.34-35.

¹⁶ Como ya apuntara VIRALLY, M., el *Derecho internacional no es un derecho primitivo respecto a los derechos nacionales sino que es un derecho diferente*. Como indica este autor, “el derecho internacional no es un derecho que llegó a una fase de evolución menos adelantada que la mayoría de los derechos nacionales: con respecto a estos últimos se presenta, primero y ante todo, como un derecho diferente. Cuando dos paseantes avanzan por dos sendas que partieron de puntos separados y conducen a dos destinos diferentes, no tiene mucho sentido afirmar que uno está atrasado con respecto al otro. A lo sumo se puede medir el camino recorrido por cada uno y, eventualmente, la distancia que le queda por caminar para llegar a una meta fija”, Cfr.. “Sobre el presunto «carácter primitivo» del Derecho internacional”, en *El Devenir del Derecho Internacional. Ensayos Escritos al Correr de los Años*, traducción E. Cazenave Tapie Isoard, México, 1998, p.113

serie de corrientes o planteamientos doctrinales¹⁷: la concepción voluntarista y la concepción objetivista.

Según la concepción voluntarista del Derecho internacional, el sistema jurídico internacional sólo puede ser entendido como el resultado de la voluntad de los Estados. Las obligaciones internacionales derivan exclusivamente del consentimiento mutuo y recíproco de los Estados que puede manifestarse de forma expresa a través de los tratados o de las declaraciones unilaterales o, tácitamente a través de la costumbre internacional o a través de determinados principios generales como la aquiescencia y el *estoppel*. Además, esta voluntad de los Estados se mantiene y proyecta en el proceso de aplicación, interpretación y control de las obligaciones así creadas. Como ha indicado O. Casanovas y la Rosa, “el paradigma voluntarista es un marco conceptual dotado de gran coherencia: es un modelo *relacional* en la función de las normas y las relaciones entre los sujetos, *voluntarista* en el origen de las obligaciones y de los sujetos, *bilateralista* en las relaciones jurídicas, tanto convencionales como de responsabilidad y *relativista* porque tanto el círculo de los sujetos obligados como el alcance de las obligaciones siempre depende de los sujetos y de su consentimiento. El énfasis se sitúa en la independencia, el respeto a la soberanía y la justicia formal entre los Estados”¹⁸.

Dentro del positivismo voluntarista destaca la obra de P. Weil¹⁹. Para este autor francés, se ha de diferenciar entre el fundamento del Derecho y su validez. El Derecho internacional es ante todo una necesidad social y, desde una aproximación funcional, este Derecho es creado y desarrollado a fin de asegurar la coexistencia de los Estados y de hacer posible la cooperación entre ellos. Un sistema jurídico, una institución, una regla dada no son buenos o malos en virtud de su aproximación a un modelo ideal, sino en virtud de que sean capaces de cumplir de forma eficaz las funciones que le son propias en

¹⁷ Para un estudio más detallado de cada una de las teorías relativas al fundamento del Derecho internacional, *vid.* MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al Derecho Internacional Público*, Madrid 1974, pp.42-64; TRUYOL Y SERRA, A., “Théorie du Droit international public. Cours général”, *RCADI* 1981-IV, t.183, y CASANOVAS y LA ROSA, O., “La vuelta a la teoría” en *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo, Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp.179-196, y “Unidad y pluralismo en Derecho internacional público”, *CEBDI*, 1998, vol. II, pp.50-67; N.QUOC DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit International Public, op.cit.*, pp 97-107.

¹⁸ *Vid.* “Unidad y pluralismo...”, *loc.cit.* p.63. El énfasis es añadido. Para una exposición crítica del voluntarismo véase, SCHACHTER, O., “International Law in theory and practice...”, *loc.cit.*, pp.32-39.

¹⁹ En especial, sus artículos “Vers une normativité relative en droit international?”, *RGDIP*, 1982, pp.5 y ss. y “Towards relative normativity in International law?”, *AJIL* 1983, pp.413 y ss.; y su Curso General de La Haya, “Le Droit International en quête de son identité”, *RCADI* 1992-VI, t.237. Véase también, HENKIN, L., “International Law: Politics, Values and Functions. General Course on Public International Law”, *RCADI* 1989-IV, pp.9-416; LACHARRIERE, G., *La Politique Juridique Extérieure*, Paris 1983; COMBACAU, J. y SUR, S., *Droit International Public*, Paris, 1995, pp.1-41.

un entorno social determinado, en este caso, la sociedad internacional. La prueba de la juridicidad del Derecho internacional es pragmática y existencial, reside en el comportamiento de los Estados y en la convicción de que este comportamiento se traduce en la existencia de normas jurídicas creadoras de derechos y obligaciones para los Estados. La normatividad jurídica no está ni en función de su efectividad sociológica ni en función de su potencial “justiciabilidad”²⁰. De ahí que el sistema internacional no sea un conjunto coherente en el que la juridicidad sería una cualidad objetiva y homogénea sino, más bien un “puzzle” de alegaciones y de pretensiones subjetivas que tienen, las unas y las otras, simplemente valor de presunciones, por lo que el sistema internacional estalla en una multiplicidad de representaciones subjetivas y divergentes, en el que la fuente última de todas las normas está en la voluntad de los Estados²¹. Esta concepción voluntarista explica las suspicacias del autor ante el protagonismo “desnaturalizador” de la “nebulosa consuetudinaria” como consecuencia del predominio de una *opinio iuris* evanescente e irreal sobre la práctica de los Estados²², de cómo esta costumbre ha suplantado y reemplazado, en muchos casos, no solamente al contenido de la norma convencional, sino incluso a las técnicas particulares del régimen general de los tratados (“contaminación del tratado por la costumbre”²³ y de cómo su generalidad se ha convertido en sinónimo de universalidad, de obligatoriedad para todos los Estados, por lo que la teoría del *objektor persistente* se perfila como el último bastión del voluntarismo que un día u otro se revelará como precioso, pues, de la “aceptación presunta hemos pasado a la aceptación impuesta”²⁴. El concepto de orden público internacional es en sí mismo incompatible con la estructura de la sociedad internacional en la que no existe

²⁰ Cfr. “Le Droit International en quête...”, *loc. cit.* pp.50-58. Según este autor existe una tendencia patológica a comparar las estructuras jurídicas internacionales con las del Derecho interno olvidando que ambos ordenamientos responde a realidades sociales totalmente diferentes. En este sentido, “la justiciabilité potentielle des normes internationales ne me paraît à vrai dire pas davantage une preuve de leur juridicité que leur non-justiciabilité effective ne me semble un signe de leur non-juridicité. L’une et l’autre de ces vues reposent sur le postulat que grâce au développement des mécanisme judiciaires les ordres nationaux représentent le modèle idéal et que le droit international doit être tenu pour insuffisamment développé dans la mesure où il demeure éloigné de ce modèle, et pour suffisamment développé dans la mesure où il s’en rapproche”. Para este autor, “le différend international occupe une place centrale dans le système international et y remplit une fonction spécifique. Or il n’est pas vrai que tout différend doive nécessairement être résolu: il est des différends avec lesquels les Etats peuvent vivre; il en est aussi avec lesquels ils sont condamnés à vivre. Il n’est pas vrai non plus que le meilleur moyen de régler un différend international soit en toutes circonstances le règlement judiciaire ou arbitral....A ce titre également tout fétichisme judiciaire doit être écarté”, *vid. ibid.* pp.55-56.

²¹ Cfr.. *ibid.* pp.219-225.

²² Cfr.. *ibid.* pp.164-178

²³ Cfr.. *ibid.* pp.179-186.

²⁴ Cfr.. *ibid.* pp.186-201. Como fórmula de conciliación, “tant et si bien que la théorie du persistent objetor sauvegarde la primauté objective de la règle de droit tout en constituant un réduit inexpugnable pour le volontarisme”, *ibid.* p.197.

una entidad superior a los Estados y en la que no se puede declarar la nulidad de un tratado por ser contrario al Derecho internacional porque ello supondría admitir la superioridad de la costumbre sobre el tratado y la imposibilidad, por parte de la práctica convencional de los Estados, de derogar determinadas costumbres²⁵. Finalmente para este autor, el Derecho internacional presenta una doble crisis de normatividad derivada de elementos no voluntaristas. Por un lado cuantitativa, por la inflación de la juridicidad internacional debida a la acumulación del no-derecho o pre-derecho (*soft-law* y sus variantes), por otro lado de carácter cualitativo fruto de la aparición de una “normatividad reforzada” (*ius cogens* y obligaciones *erga omnes*) que suponen un alto riesgo por sus dificultades de identificación y por el efecto desestabilizador que provoca en las estructuras de coexistencia y cooperación del actual sistema jurídico internacional. Para este autor, esta práctica cercana al derecho (“*near-law*”) es reflejo del desarrollo de la sociedad internacional pero no constituye derecho²⁶, al igual que el *ius cogens* aparece como una doctrina necesaria pero imposible por su falta de identificación y de adaptación a la realidad jurídica internacional, sería simplemente un arma de disuasión, el arma nuclear del Derecho internacional, *la caja vacía indispensable que nunca hay que llenar*²⁷.

La concepción objetivista sitúa el fundamento del Derecho en un factor extrínseco al sistema, situándolo en pautas y principios que están al margen de la voluntad de los Estados, lo que comporta un límite cierto a la soberanía de los Estados. Este enfoque del Derecho se caracteriza por la importancia que se atribuye a las normas y a los mecanismos de su producción jurídica, pudiendo diferenciarse una *corriente iusnaturalista*, fundamentada en el Derecho natural²⁸, una *corriente normativista*

²⁵ Cfr. *ibid.* p.273.

²⁶ “Le *near law* peut ressembler au droit, il peut précéder le droit ou préfigurer le droit; il n’est pas du droit...l’accumulation de non-droit ou de pré-droit ne suffit à elle seule à créer du droit”, *vid. ibid.* p.243.

²⁷ Cfr. *ibid.*, pp.227-312. El símil de la caja vacía hace referencia a la reflexión de G. ABI-SAAB acerca de que “even as an empty box, *jus cogens* is necessary, because if you do not have the box, you cannot put anything in it”, *Change and Stability in International Law Making*, A. CASSESE Y J. WEILER (Dir.), Berlin, 1988, p.96. Respecto a las obligaciones *erga omnes* llega a la misma conclusión, constituye una teoría imprescindible e irresistible para la promoción de valores morales y solidarios que responde a una necesidad del mundo internacional de hoy; pero de otro lado, su defensa resulta imposible desde el punto de vista de las actuales estructuras del Derecho internacional, pues “quels que soient ses attraits, la théorie de l’obligation *erga omnes* exige une maîtrise et une élaboration qui jusqu’à présent font défaut”, *ibid.* pp.290-201.

²⁸ Véase al respecto VERDROSS, A., “Le fondement du Droit international” *RCADI* 1927-I, t.16, pp.247-323 y J. Brierly, “Le fondement du caractère obligatoire du Droit international”, *RCADI* 1928-III, pp.463-552. Entre nosotros, PASTOR RIDRUEJO, J.A., se declara *iusnaturalista* “en su dimensión antivoluntarista, bien entendido que en este contexto compartimos la concepción humanista del profesor CHARLES DE VISSCHER en el sentido de que los fines humanos son la base del orden internacional.

representada por la teoría pura del Derecho de Kelsen, en la que el carácter jurídico de las normas no depende de criterios éticos, morales, políticos o sociológicos, sino de consideraciones estrictamente técnico-jurídicas, pues la declaración de voluntad tendrá la consideración de norma jurídica si ha sido dictada a través del procedimiento legalmente previsto y en la medida en que su validez resulta constada en relación con la norma superior o fundamental (*Grundnorm*)²⁹, una *corriente científica*, en virtud de la cual la juridicidad del Derecho no está en el origen, no es una marca, una cualidad atribuida por el Estado, por la sociedad o por cualquier otro ser creador, real o ficticio, sino una categoría creada por el pensamiento humano y la ciencia jurídica que reflexiona sobre los fenómenos sociales, por lo que resulta que la juridicidad reside en ciertos aspectos objetivos de las reglas de Derecho que se manifiestan en su estructura y en su acción de conjunto³⁰, o una *corriente sociológica* que concibe el Derecho no sólo como un conjunto de normas sino esencialmente como un fenómeno social³¹. De nuevo O. Casanovas y la

«Es volviendo al hombre –ha dicho el citado profesor–, conduciendo la organización del Estado, organización y medio, a la persona, que es su fin, como se descubre en el plano de un bien común interpersonal, pero en absoluto extrapersonal, la única justificación moral y jurídica del carácter obligatorio del Derecho internacional». Según el profesor Pastor Ridruejo, el Derecho natural se concreta sobre determinados conjuntos problemáticos a través precisamente de determinados principios generales del Derecho a quienes dedica la primera parte de su *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, 1999, pp.34-45.

²⁹ Cfr. KELSEN, “Théorie général du Droit international public. Problemes choisis”, *RCADI* 1932-IV, t.42, pp.121-351; “Théorie du Droit international public”, *RCADI* 1953-III, t.84, pp.1-203 y *Principios de Derecho Internacional Público*, traducción de H.Caminos y E. C. Hermida, Buenos Aires, 1965. En un primer momento Kelsen sostuvo que la norma fundamental del Derecho internacional estaba constituida por la norma *pacta sunt servanda*, si bien posteriormente, al considerar este principio como norma consuetudinaria, señala que “la norma fundamental del Derecho internacional tiene que ser una norma que declara a la costumbre constituida por la conducta mutua de los Estados como un hecho creador de Derecho”, por lo que la norma fundamental sería la regla *consuetudo est servanda*. Para un examen más reciente del pensamiento y obra de Kelsen véase, “The european tradition in International law: Hans Kelsen”, en *EJIL* 1998-2, vol. 9. pp.287-400.

³⁰ Vid. AGO, R., “Science juridique et droit international”, *RCADI* 1956-II, pp.873-945. Véase asimismo, DEGAN, V-D, “Some objective features in positive international law” en *Theory of International Law at the Treshold of the 21 st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, 1996, pp.123-146.

³¹ Vid. SCELLE, G., *Précis de Droit de Gens*, Vol. I. Paris, 1932 y *Cours de Droit International Public* y ROMANO, S., *El Ordenamiento Jurídico*, traducción de S. Martín-Retortillo y L. Martín Retortillo, Madrid 1963. Para Scelle, el Derecho es un producto natural y necesario que deriva del hecho social, de la solidaridad que existe entre los individuos como entre los grupos humanos. El carácter obligatorio deriva de la necesidad de estas relaciones, ya sean porque originariamente indispensables para la vida de cada grupo, ya porque adquieran, por la división del trabajo, la fuerza de una necesidad biológica. Para Santi Romano, la esencia del derecho no es la norma sino la institución. El Derecho antes de ser norma, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es sobre todo organización, estructura, posición de la sociedad misma en que se desarrolla, y que precisamente el derecho constituye como unidad, como ente con sustantividad propia. La objetividad y la sanción como elementos distintivos del Derecho, no pueden residir en la norma, sino en las instituciones y en sus modalidades de funcionamiento. En suma, para este autor, la sociedad, el orden social y el orden jurídico son a una misma realidad vista desde distintas dimensiones. Por su parte, el profesor M. VIRALLY al destacar que tras la autoridad del orden jurídico se distingue la idea de la necesidad, indica que “las reglas de derecho

Rosa ha sintetizado el paradigma objetivista como “un marco conceptual escasamente preocupado por la coherencia del sistema considerado en su conjunto y se concentra en el examen y la solución de las cuestiones concretas”, además “sus normas básicas tiene una dimensión universal y son objeto de procesos multilaterales de elaboración quasi-legislativos” y “sus sujetos constituyen una comunidad internacional de Estados que se manifiesta en las relaciones de cooperación y en la dimensión colectiva y objetiva de la responsabilidad internacional y de la sanción de las violaciones”. El *ethos* del enfoque objetivista, concluye el autor citado, “es optimista porque los fines perseguidos son la paz y el progreso de la comunidad internacional”³².

La concepción objetivista no niega el papel fundamental de la voluntad de los Estados en la positivación de las normas jurídicas internacionales, lo que sucede es que la razón de ser del Derecho trasciende la voluntad unilateral del Estado. En este sentido, el profesor Carrillo Salcedo estructura su Curso General de La Haya en dos partes complementarias y convergentes. La primera es consagrada al estudio del relativismo del Derecho internacional, pues, los Estados existen *per se y de facto* sin que puede estimarse que la soberanía es una delegación del Derecho Internacional. Pero en segundo lugar, se refiere a las limitaciones del relativismo en el Derecho internacional contemporáneo, en particular, como consecuencia de la influencia de las organizaciones internacionales en la estructura del sistema jurídico internacional, y la afirmación progresiva de nociones jurídicas como la de comunidad internacional, de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*. La evolución de la sociedad internacional y los procesos de institucionalización, socialización y humanización del Derecho Internacional permiten al profesor de Sevilla afirmar el paso de un *derecho limitado a la distribución de competencias entre los Estados soberanos a un Derecho de reglamentación* que, puesto que pretende crear las condiciones políticas, sociales y económicas de la comunidad internacional y de la humanidad, presenta elementos “direccionistas” e intervencionistas.

consideradas en forma individual no son necesarias; por el contrario, son fundamentalmente contingentes, variables, diversas y siempre susceptibles de ser violadas. El orden jurídico como tal es inevitable en el sentido de que ninguna sociedad puede formarse y subsistir de manera duradera sin someterse al derecho, por lo menos en el nivel de nuestras experiencias históricas. El orden jurídico lleva pues la marca de la necesidad, pero se trata de una necesidad funcional: es la condición necesaria de la existencia y de la supervivencia de la sociedad a la que rige y no puede desaparecer sin reemplazarse de inmediato por otro orden jurídico o sin dejar que la sociedad se disuelva en el caos. La necesidad de la que se trata aquí se vincula entonces con todos los valores que representa una sociedad pacificada y estabilizada”, *Cfr.* “Notas sobre la validez del derecho y su fundamento (norma fundamental hipotética y Derecho internacional” en *El Devenir del Derecho Internacional...*, *op. cit.* p.96.

³² *Vid.* “Unidad y pluralismo...”, *loc.cit.* p.64.

El origen de esta concepción de poder se encuentra en dos ideas fundamentales: en aquella que hace de los derechos del hombre un principio moderador del poder y al mismo tiempo una garantía de la paz y del derecho; y en la concepción finalista y funcional de la soberanía del Estado en la medida en que dicha soberanía no puede concebirse como un poder absoluto e incondicionado, sino como un conjunto de competencias ejercidas no sólo en interés del propio Estado, sino también, aunque en menor medida, en el sentido de los intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto³³. En conclusión, el Derecho internacional tiene que ser entendido, como un ordenamiento jurídico que en parte es el producto de la voluntad de los Estados y, a la vez, como “una realidad normativa cuya parte esencial se impone desde el exterior de la voluntad de los Estados e implica siempre una irreductible dimensión de heteronomía y, por consiguiente, de objetivismo, es decir, como principios y normas que obligan a los Estados al margen de su voluntad. Ambas nociones son necesarias para la comprensión del Derecho internacional pues ninguna de ellas, por sí sola, puede justificar al Derecho internacional: si éste fuese un mero producto de la voluntad, no podría obligar a los Estados, y si realmente obliga a los Estados, no puede ser mero producto de su voluntad”³⁴.

En este mismo sentido ya se había pronunciado G. Abi-Saab. Tras el análisis del papel del Estado, como hecho primario, su evolución histórica y la noción de ordenamiento jurídico en la teoría kelseniana, en la teoría institucionalista de Santi Romano y en la teoría analítica de Hart, el autor, desde una concepción social del Derecho, mantiene que la única manera de identificar las normas internacionales es a

³³ Cfr. CARRILLO SALCEDO, J.A., “Droit International et Souveraineté des Etats”, *RCADI*, 1996, t.257. Es de resaltar que este autor, citando el asunto del *Personal Diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (CIJ Recueil 1979, pars. 38-41 y CIJ Recueil 1980, par.92)*, conjuga las dos partes de su Curso en el siguiente párrafo del mismo: “Cependant, *hormis ces obligations impératives auxquelles les Etats ne peuvent pas se soustraire dès lors qu’ils revendiquent cette qualité*, aucune règle n’oblige en principe un Etat si celui-ci n’y a pas consenti, expressément ou tacitement...”, *ibid.* p.46, el énfasis es del autor.

³⁴ *Vid.* CARRILLO SALCEDO, J.A., “El fundamento del Derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico”, *REDI* 1998-1, pp.30-31. El carácter normativo del Derecho internacional es fundamentado por el profesor Carrillo en distintos considerandos de decisiones adoptadas por el Tribunal Internacional de Justicia: en “*los principios generales bien reconocidos, tales como elementales consideraciones de humanidad, más absolutos en tiempo de paz que en tiempos de guerra*” (*Estrecho de Corfú, CIJ Recueil 1949, p.29*); en los “*principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados incluso al margen de todo vínculo convencional*” (*Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, CIJ Recueil 1951, pp.23-24*); y en “*los principios de humanidad y de los dictados por la conciencia pública*” declarados en un conjunto de *normas fundamentales* que los Estados han de cumplir hayan o no ratificado los convenios que las estatuyen, “*porque constituyen principios intransgredibles del derecho consuetudinario*” (*Licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares, CIJ Recueil 1996, vol.I, par.79*).

través de la manera en que este sistema jurídico realiza las funciones estándar que le son propias (legislativas, judiciales y de ejecución), en la medida en que son funciones inherentes a la noción misma de ordenamiento jurídico. Pero si el simple hecho de cumplir estas funciones formales testimonian la existencia del sistema jurídico, la manera en que ellas son realizadas en el marco de la sociedad actual (funciones reales), es decir, las modalidades de funcionamiento del sistema tal y como son codificadas en sus reglas secundarias, revela su especificidad e identidad propias³⁵.

Para el autor mencionado, a cada nivel de densidad normativa corresponde un cierto nivel de densidad institucional que permite a las normas su puesta en ejecución de forma satisfactoria. De no ser así, el sistema sería incapaz de administrar y poner en práctica su acervo normativo, lo que hipotecaría su propia efectividad y credibilidad como sistema jurídico. Este planteamiento no oculta la tensión existente entre la necesidad de un sistema jurídico internacional de reglamentación, capaz de resolver los complejos problemas que plantea la actual sociedad internacional, y la adaptación de las competencias estatales a esta nueva realidad. El Estado, según este autor, trata de preservar este sistema de reglamentación y, a la vez, mantener su posición privilegiada en el seno del mismo, extendiendo cada vez más sus propias competencias para hacer frente a los nuevos problemas y su complejidad creciente, pero “plus il avance dans cette direction, plus il s’étire, se disperse, perd de son efficacité et devient vulnérable, tout en ajoutant à la complexité et au chevauchement c’est-à-dire aux problèmes qu’il essaie de résoudre en ce faisant. En même temps, il est de plus en plus dépassé par les flux transnationaux qu’il n’arrive plus à contrôler et par les problèmes de type global qu’il ne parvient pas à résoudre unilatéralement”. El sentimiento de frustración que produce esta situación, de pérdida de poder y margen de maniobrabilidad y de eficacia a la vez, explica en cierto sentido las reafirmaciones de la soberanía, por parte de los Estados, así como el resurgimiento de un voluntarismo excesivo dentro de la doctrina. No obstante, esta dialéctica entre las concepciones clásicas del poder y la evolución prodigiosa y prodigiosamente compleja de los hechos y de las ideas del mundo contemporáneo se

³⁵ Cfr. ABI-SAAB, G., “Cours général de Droit international Public”, *RCADI* 1987-VII, t.207, pp. 105-126. La Parte tercera del Curso está destinada al contenido del Derecho internacional y aparece estructurada en virtud del esquema propuesto por W. FRIEDMANN, “Derecho de coexistencia” y “Derecho de cooperación”.

traduce en un Derecho internacional que ha de reflejar el equilibrio entre estas dos aproximaciones, equilibrio que en todo caso será dinámico e inestable³⁶.

Así pues, el principal problema de la fundamentación del Derecho internacional radica en cómo articular las distintas variaciones que surgen de la tensión entre la dimensión normativa y la dimensión institucional del Derecho internacional³⁷, entre los instrumentalistas, que ponen el acento en los valores y en las finalidades del Derecho y los positivistas, que abordan la normativa internacional en virtud de criterios interiores al sistema³⁸. Algunos autores ya han destacado que ambas pautas, concreción y normatividad, son necesarias y suficientes para la objetividad del derecho, pero son a la vez exhaustivas y excluyentes, contradictorias e irreconciliables, lo que implica la *indeterminación radical del Derecho internacional*, porque cada concepto pertenece a dos esquemas conceptuales diferentes. Tal situación es salvada mediante el arbitrio de *estrategias de reconciliación* que permiten encontrar soluciones entre los extremos irreductibles, a costa de la coherencia del discurso, o *estrategias de evasión* en virtud de las cuales la solución del problema se desplaza a otros ámbitos también problemáticos. La doctrina combina la *argumentación ascendente*, basada en la conducta, la voluntad o en el interés del Estado, o la *argumentación descendente*, basada en la existencia de conceptos previos, principios, postulados o reglas superiores al Estado, con unos resultados que

³⁶ Cfr. *ibíd.* pp.97-104. Incluso P. WEIL apela a este sentido de equilibrio. El mencionado autor considera que la elección por una u otra aproximación no obedece sólo a razones doctrinales, sino también a consideraciones políticas e ideológicas. Así se explica cómo en las últimas décadas los diferentes grupos de Estados han ido cambiando de posición. Por un lado, los Estados occidentales, claros partidarios del objetivismo en la inmediata postguerra de los años cincuenta, descubrieron el atractivo del voluntarismo cuando cobraron conciencia de su posición minoritaria, y por consiguiente más débil en la Comunidad internacional contemporánea, pues esta concepción les permitía oponerse a los diktats de la mayoría automática formada por la conjunción del bloque socialista y del tercer mundo. Por idénticas razones, estos últimos, al principio partidarios de una concepción voluntarista que les permitía rechazar la vigencia del derecho heredado, tomando como bandera la regla de la tabla rasa, se fueron convirtiendo al objetivismo en cuanto tomaron conciencia de su posición mayoritaria en la mayor parte de las instancias internacionales y entrevieron así la posibilidad de imponer a una minoría occidental reticente sus puntos de vista revolucionarios en materias como el nuevo orden económico o los fondos marinos. De ahí que el profesor de París concluya que el problema del fundamento del Derecho internacional “n’est pas un problème de *ou* (ou voluntarisme ou objetivisme) mais un problème de *et* – olus précisément, un problème de dosage des deux ingrédients du systemem aussi incontournables l’un que l’autre”, Cfr.. “Le Droit international en quête...”, *loc.cit.* pp.71-81.

³⁷ Expresión del profesor J. A. PASTOR RIDRUEJO en su Curso General de La Haya, “Le Droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs, *RCADI* 1998, t.274., p.295. Como indica el título del Curso, para el profesor de Madrid la aproximación al Derecho internacional se ha de hacer desde una triple dimensión: la dimensión jurídica, la dimensión social y la dimensión axiológica.

³⁸ Cfr.. el Curso General de SCHACHTER, O., “International law in theory and practice”, *RCADI*, 1982-V, t.178, pp.21-57.

conducen a un discurso puramente ideal (*utopía*) o descaradamente justificativo de intereses estatales concretos (*apología*)³⁹.

En realidad, el fundamento del Derecho internacional ha de responder necesariamente a esta dualidad. El Derecho es ante todo una necesidad social, cuya densidad normativa y efectividad dependerá de los distintos intereses que confluyen, en un momento histórico determinado, en la sociedad creadora y destinataria del mismo. Pero a la vez, el derecho constituye un factor determinante de la evolución, modernización y transformación de la sociedad que, en ocasiones, actúa al margen de la voluntad de los principales actores de ésta. Es evidente que no hay que sobreestimar el significado político y jurídico de las Organizaciones internacionales en la medida en que éstas poseen un carácter voluntario y siga faltando una autoridad política superior a los Estados, pero también resulta evidente que la sociedad internacional actual, tanto desde el punto de vista político como desde el punto de vista jurídico, no pueden cabalmente entenderse prescindiendo del papel de las Organizaciones internacionales. Por lo general, las aspiraciones políticas, sociales y morales del grupo social en un momento histórico determinado adquieren determinadas formas jurídicas, aun cuando presenten la forma *de soft-law*, que constituyen un instrumento coadyuvante (aunque en ocasiones resulte más bien instrumentalizado) para la consecución efectiva de tales aspiraciones. Desde que el Derecho internacional se constituye actualmente como el sistema jurídico de la comunidad internacional y de la humanidad, encargado de proteger no solamente sus intereses sino de garantizar su supervivencia, ha recordado Carrillo Salcedo, se ve investido de una misión de transformación de la sociedad internacional puesta al servicio de finalidades tales como la paz, la protección de los derechos del hombre, el desarrollo duradero y la preservación del medio ambiente del planeta⁴⁰.

Como indicara M. Virally, desde una concepción del Derecho como una necesidad social de carácter funcional, no hay nada nuevo en la conclusión relativa a la coincidencia entre derecho y sociedad expresada en el antiguo adagio *ubi societas, ibi ius*, aunque el estudio del término sociedad nos sugiere una inversión de la fórmula tradicional que le permitiría conservar su verdad: *ubi jus, ibi societas*. En realidad, continúa este autor, “no hay anterioridad de un término respecto al otro. Sólo al someterse a un orden jurídico,

³⁹ Cfr. KOSKENNIEMI, M., *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, 1989, pp.40-50 y 449-476.

⁴⁰ Cfr. CARRILLO SALCEDO, J.A., “Droit international et souveraineté des Etats”, *loc.cit.*, p.217.

hasta embrionario y primitivo, un grupo social se estabiliza y se individualiza lo suficiente para formar una sociedad. Al contrario, un orden jurídico no puede constituirse históricamente más que en relación con un grupo social en vías de individualización”. Las sociedades políticas y los órdenes jurídicos correspondientes constituyen, sin duda alguna, una clase aparte, pero no es del todo claro si se debe a sus rasgos sociológicos propios, a sus particularidades jurídicas o ambos a la vez. Nadie podrá impugnar que el contenido del Derecho, su nivel de desarrollo técnico y la manera en que se aplica, depende directamente del que ha alcanzado la sociedad a la que ordena desde el punto de vista económico, cultural, étnico, religioso, etc., en pocas palabras, de todo lo que la define sociológica e históricamente. No obstante, “a lo largo de la historia, esta sociedad no pudo adquirir su identidad más que por medio de las instituciones que creó, de las relaciones estructurales que se formaron entre los diversos sectores de su población, del régimen de producción con el que se dotó, fundamentándose los unos y otros, después de todo, en reglas de derecho”⁴¹. Así pues, la simbiosis entre sociedad y Derecho resulta evidente e inextricable, lo que no quiere decir, en todo caso, que la confusión entre ambas sea absoluta. En este sentido, O. Schachter ha indicado que el conocimiento del Derecho es prescriptivo e instrumental, sirve a las orientaciones políticas y sociales del momento, pero requiere que no sea tratado como “gobernado por” la política y los fines sociales, desde el momento en que los Estados, como los individuos, no pueden eludir el Derecho simplemente porque entra en conflicto con sus políticas ni se puede considerar que los fines sociales constituyan una regla o principio que anule automáticamente las prescripciones jurídicas. Un análisis teleológico del Derecho en términos de aspiraciones y valores no impide un alternativo análisis deontológico de las normas y obligaciones que

⁴¹ Vid. VIRALLY, M., “El fenómeno jurídico”, en *El Devenir del Derecho Internacional...*, *op.cit.*, pp.60-62. El autor concluye que lo que llamamos fenómeno jurídico no es más que una cara o faceta de un fenómeno global infinitamente más complejo: el fenómeno social, cuyo conocimiento depende de toda una serie de disciplinas muy diversas. Desde luego es muy legítimo aislar sus aspectos jurídicos, para someterlos a un estudio particular ya que presentan características originales. Pero tal separación responde ante todo a razones metodológicas que no pueden nunca desnaturalizar el objeto del estudio. Del mismo autor, véase, “Panorama du Droit international contemporain. Cours général de Droit international public”, *RCADI*, 1983-V, t.183. Más recientemente, PH. ALLOT ha defendido una concepción social del Derecho internacional, entendido no como un sistema de reglas jurídicas sino como un sistema de relaciones jurídicas, a la que reconoce una triple función: incorporar las estructuras y sistemas de la sociedad a través del tiempo, insertar los intereses comunes de la sociedad en el comportamiento de sus miembros y establecer el posible devenir de la sociedad (“possible futures for society) de conformidad con los propósitos, valores y teorías imperantes en la misma. Vid. “The concept of international law”, *EJIL*, 1999-1, vol.10, p.31. Sobre esta concepción social vid. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., ORIHUELA CALATAYUD, E., DIEZ-HOCHLEITNER, J., PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp.45-86

conforman aquél, sino que, por el contrario, se presentan como apropiados y complementarios⁴².

En suma y como han indicado los profesores González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María, “el Derecho internacional público es la ordenación jurídica de un grupo social: la comunidad internacional. De este modo, es inseparable de los caracteres propios de este grupo social, así como de los intereses en presencia y los valores sociales asumidos por el grupo en un concreto momento histórico. Pero, de otro lado, en cuanto sistema u ordenamiento jurídico, sus normas establecen la organización jurídica del grupo, determinando la conducta de sus componentes en sus relaciones mutuas y tutelando ciertos intereses comunes”. Por ello, a los fines de una definición satisfactoria del Derecho internacional público, es preciso tener en cuenta dos dimensiones o estructuras fundamentales, entre las que existe una mutua interacción: la estructura socio-histórica de la actual comunidad internacional y la estructura jurídico-formal del ordenamiento internacional⁴³. Aunque, como precisa también el profesor Jiménez Piernas, la ciencia del Derecho internacional público, dada su naturaleza normativa, “privilegia claramente el estudio de la realidad formal sobre el de la realidad material” y “se ocupa ante todo de analizar *estructuras* normativas (en estos momentos son tres las estructuras presentes en el ordenamiento: la estructura relacional, la organizada o institucional y la comunitaria), centrándose en las *funciones* sociales que las mismas desempeñan (sobre todo, la elaboración y aplicación por parte de los sujetos del ordenamiento de normas tendentes a preservar una coexistencia pacífica, promover la cooperación y proteger solidariamente ciertos intereses colectivos fundamentales, respectivamente) cuyas interacciones dan lugar en suma a un ordenamiento jurídico común o universal, regulador del sistema internacional, junto a cierto número de Derechos particulares que regulan los subsistemas correspondientes”⁴⁴.

⁴² Cfr. SCHACHTER, O., “International Law in Theory and practice...”, *loc.cit.* p.26.

⁴³ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 5ª ed. 1992, pp.6-9.

⁴⁴ Vid. JIMÉNEZ PIERNAS, C., *El Método del Derecho Internacional Público: una Aproximación Sistemática y Transdisciplinar*, Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p.31. Del mismo autor, “El concepto de Derecho internacional público” en M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1999, pp.57-94.

2. APROXIMACIONES METODOLÓGICAS Y CONCEPTUALES DEL DERECHO INTERNACIONAL.

Junto al análisis anterior, resulta conveniente destacar la existencia de una nueva pluralidad de aproximaciones metodológicas al Derecho internacional público como consecuencia del actual panorama socio-histórico en que se proyecta este sistema jurídico. Como ha destacado el profesor Paniagua Redondo, “la metodología jurídica, puede ser considerada como la filosofía de los procedimientos a seguir o de los modos de operar intelectual en relación con el conocimiento de lo jurídico, es decir, de la materia constitutiva del objeto de la ciencia del Derecho y de su aplicación a la realidad social en que lo jurídico está llamado a funcionar”. Esto significa, continúa el mencionado profesor, que en la metodología “es propiamente la ciencia jurídica misma la que se torna objeto de nuestra reflexión; no se inquiera el qué de los contenidos concretos de la disciplina jurídica de que se trate, sino el cómo se obtuvieron y elaboraron los conocimientos sobre su objeto y, en definitiva, cuál es el proceso intelectual que hay que seguir para alcanzarlo”⁴⁵.

La exposición que vamos a efectuar presenta una importante conexión con la concepción del Derecho defendida por las distintas corrientes doctrinales y elude, aunque resulte evidente de los postulados conceptuales defendidos, la precisión de las técnicas metodológicas utilizadas. Al respecto, el profesor Sánchez Rodríguez ya puso de manifiesto, aunque refiriéndose al objeto del Derecho, que la conexión que existe entre objeto y método, explica el amplio abanico de posiciones doctrinales que, con independencia de posiciones filosóficas concretas, difieren entre sí por una distinta consideración del objeto de nuestra disciplina. Lo que sucede en la práctica, continúa el autor citado, es que la separación entre el objeto del Derecho internacional público y la metodología científica de la disciplina, no encuentra una correspondencia en los trabajos doctrinales, en el sentido de que suelen vincularse las tendencias doctrinales a

⁴⁵ Vid. PANIAGUA REDONDO, R., “Aproximación conceptual al Derecho internacional público”, *ADI* 1998, p.322. Sobre la metodología véase también, VISSCHER, Ch. de, “Méthode et système en droit international”, *RCADI* 1973-I, t.138, pp.75-80; DOMINICÉ, Ch., “Methodology of international Law” *EPIL*, vol.7, Amsterdam, 1984, pp.334-336; PÉREZ GONZÁLEZ, M., “Observaciones sobre la metodología jurídico-internacional: método y evolución social y «law-making» en Derecho Internacional Público” en *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Dr. Luis Tapia Salinas*, Madrid, 1989, pp.227-251 y JIMÉNEZ PIERNAS, C., “Reflexiones sobre el método del Derecho internacional público”, en *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993 pp.377-395 y *El Método...*, *op.cit.*

determinadas metodologías, por lo que no debe extrañar que las discusiones fundamentales respecto al ordenamiento internacional sean principalmente disputas de método⁴⁶.

En este sentido, el *American Journal International Law*, en su edición de abril de 1999, presentó el simposio celebrado acerca del método en Derecho internacional, a través del cual se quería poner de manifiesto cómo un determinado y complejo incidente o supuesto práctico que afecta a la comunidad internacional actual, como es el de la responsabilidad individual por violaciones graves de los derechos humanos en conflictos

⁴⁶ Cfr. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Memoria sobre el Concepto, Método y Fuentes del Derecho Internacional Público*, Oviedo, 1978, pp.335-336. El mismo autor mantiene que, si tenemos en cuenta la pluralidad de funciones de la metodología, esto es, *análisis y sistematización, interpretación funcional y análisis crítico que incluya una planificación constructiva*, se está abriendo la puerta a una pluralidad de métodos en el Derecho internacional público quebrando así el dogma positivista de la unidad metodológica, que excluía cualquier otro que no fuera el patrocinado por el positivismo jurídico. Cfr. *ibíd.* pp.340-341. En cuanto a las técnicas metodológicas, el autor mencionado hace la siguiente clasificación: la orientación sociológica, la orientación axiológica, la orientación dialéctica, el método histórico y el método comparado, Cfr. *ibíd.* pp.359-382. Por su parte, el profesor JIMÉNEZ PIERNAS distingue y defiende la complementariedad entre el *método empírico-inductivo* que favorece “la identificación o determinación de las normas mediante la observación de su vigencia efectiva en la SI, de su reconocimiento como tales por la práctica –en su más amplio sentido– de los sujetos del ordenamiento” y el *método lógico-deductivo*, en la medida en que la idea del Derecho “no deja de ser una racionalización basada en la percepción y satisfacción de las necesidades de organización y regulación de un grupo social; en otros términos, el propio orden jurídico internacional o la sistematización de los procedimientos de creación de sus normas, por citar dos ejemplos significativos, son producto también de la mente humana, de su capacidad lógica, que introduce continuamente elementos racionales en el proceso de observación de la realidad internacional ordenándola gracias a sus síntesis y construcciones teóricas, si bien sometidas siempre a verificación empírica”, Cfr. *El Método...*, *op.cit.* pp.38-39. Finalmente, el profesor CASANOVAS Y LA ROSA identifica cronológicamente como principales métodos en el estudio del Derecho internacional los siguientes: el *método dogmático* que se caracteriza por el aislamiento del Derecho de otros sectores de la realidad, por un programa científico centrado en la construcción de conceptos y por la deducción como técnica de razonamiento jurídico; el *enfoque inductivo* (preconizado por G. SCHWARZENBERGER) que pone el énfasis en los procesos de creación de normas de derecho internacional, en establecer los medios de determinación de reglas jurídicas de acuerdo con criterios racionalmente verificables, en tener conciencia de que sólo las normas de Derecho internacional son obligatorias, a menos que existan pruebas de un principio, derivado de la abstracción de tales normas, haya adquirido el carácter de norma dotada de supremacía sobre las demás, y en el reconocimiento de las diferencias que existen entre el Derecho internacional aplicado en la sociedad inorgánica, en la sociedad parcialmente organizada y el de la sociedad plenamente organizada; el *enfoque sociológico, funcional y jurisprudencial* que preconizan el análisis del contexto histórico, social y económico; la *axiología jurídica*, que destaca la importancia de los valores y la conexión entre el Derecho y la moral; el *pensamiento tópico* que se caracteriza porque no parte de primeros principios como premisas, para extraer consecuencias, sino que arranca de problemas prácticos suscitados por la vida social, los analiza en cuanto a todos los factores y todas las dimensiones que ellos contienen, los pondera mediante el examen de los diferentes argumentos contrarios que las partes interesadas aducen, los valora a la luz de criterios de justicia y prudencia y trata de hallar la solución que sea, a la vez, la más justa, la más prudente y la más viable, habida cuenta de todas las circunstancias que concurren y de que dichas circunstancias son diversas en cada situación social y además cambiantes; y, finalmente, *el movimiento de los estudios jurídicos críticos* que se centran en la argumentación jurídica. Cfr. CASANOVAS Y LA ROSA, O., “La vuelta a la teoría”, *loc.cit.*, pp.184-196.

armados internos, es analizado desde las distintas posiciones teóricas del Derecho internacional⁴⁷.

Los profesores B. Simma y A.L. Paulus, desde la defensa de un “*positivismo moderno*” que reconoce la dependencia del Derecho de su contexto social, en sí mismo contingente, reivindicando el análisis normativista de las situaciones planteadas en el sentido de que sólo desde la dimensión normativa, el Derecho puede preservar el equilibrio entre su fuerza transformadora y la realidad social que constituye su origen. No se trata de excluir del análisis factores o razones morales, políticas o sociales, sino que el papel del jurista no es resolver el dilema entre el derecho y la política, u ocasionalmente entre el derecho y la moral, sino clarificar el lado jurídico de las cosas. En suma, el positivismo defendido no se identifica necesariamente ni con el formalismo ni con el voluntarismo. Tanto la costumbre como los principios generales encuentran su explicación más allá de la voluntad de los Estados y el denominado *soft-law* constituye un importante instrumento en la interpretación del contenido y alcance de las normas así como en la percepción de la evolución del Derecho. Las consideraciones morales y políticas no son extrañas al Derecho, sino que forman parte de él, sin embargo, las fuentes formales de creación del Derecho sigue constituyendo el distintivo (“core”) del discurso jurídico internacional. Sin ellas no se podría hablar propiamente de Derecho y sólo cuando las fuentes formales son aceptadas como obligatorias por la comunidad internacional, el Derecho puede aportar el equilibrio necesario entre el idealismo y el realismo, entre los valores compartidos y la neutralidad ideológica, entre la apología y la utopía⁴⁸.

Desde los presupuestos de la denominada “*escuela de New Haven*” o análisis “*policy-oriented jurisprudence*”, se concibe el Derecho no como un conjunto de normas en sí mismas obligatorias, sino como un “proceso en curso” («*conveyor belt*») a través del cual los miembros de la comunidad buscan clarificar y asegurar sus intereses comunes mediante decisiones sustantivas de contenido prescriptivo, adoptadas con autoridad y

⁴⁷ “Symposium on method in International Law”, *AJIL* 1999-2, pp.291-423.

⁴⁸ SIMMA, B. y PAULUS, A.L., “The responsibility of individuals for human rights abuses in international conflicts: A positivist view”, *AJIL* 1999-2, pp.302-316. Estos autores tras el análisis de la cuestión planteada concluyen, “so far, it seems, the traditional sources of international law displayed enough flexibility to cope with new developments. Even if they may not satisfy the intellectual quest for unity of the international legal system, these sources have stood the test of time and have been universally accepted...And yet, the vision of an international law more amenable to the realization of global values remains compatible with the regime of traditional sources. *However, this is true only to the extent these values find «sufficient expression in legal form»*”, *vid. ibíd.* p.316. El énfasis es añadido.

susceptibles de aplicación y control efectivo por parte de aquélla⁴⁹. La determinación del proceso aparece construida mediante la conjunción de una serie de principios de carácter estructural o contextual (“*principles of content*”) y otros de carácter procesal o procedimental. Desde la primera perspectiva, se efectúa una aproximación sistemática y analítica que revele la compleja y delicada estructura de la situación controvertida, para lo cual se tendrá en cuenta la interacción entre los distintos sujetos interesados y potenciales participantes en la misma, las perspectivas y las expectativas que los identifican, los valores y estrategias que defiende, así como la dimensión espacial, temporal, institucional y de crisis de la situación en particular. Mediante este análisis se persigue encontrar y mantener el equilibrio entre un *orden público mínimo*, que excluye cualquier uso de la fuerza o de la coerción no autorizado, y un *orden público óptimo*, que permita el establecimiento y realización de todos estos valores⁵⁰. Por su parte, la perspectiva relativa a los principios de procedimiento se refiere a cómo estos contenidos son tratados en virtud de la aplicación de determinados factores: la clarificación y especificación de objetivos, la identificación de las reclamaciones en conflicto, las tendencias del pasado y factores condicionantes relativos a la decisión de que se trate, la proyección de futuras tendencias, y, finalmente, las alternativas y recomendaciones de interés común y global⁵¹.

⁴⁹ En palabras de WIESSNER, S. y WILLARD, ANDREW R., “In particular, law is not equated with a «body of rules» that enforce themselves. Rules always require for their implementation the «conveyor belt of human action»; which is powered in large measure by human decision within particular communities. It is critical to understand that decision and law are not synonyms. For policy-oriented jurisprudence, only those decisions, i.e. communications within policy, or prescriptive, content, that are taken from communitywide perspectives of authority and backed up by control intent are characterized as law”, “Policy-oriented jurisprudence and human rights abuses in internal conflict: toward a world public order of human dignity”, *AJIL* 1999-2, p.319.

⁵⁰ Cfr. *ibíd.* pp.323-325.

⁵¹ Cfr. *ibíd.* pp.325-333. Para un mayor examen de esta doctrina, véase, MCDUGAL, M.S. y REISMAN, W.M., *International Law Essays: a Supplement to International Law in Contemporary Perspective*, Mineola New York, Foundation Press, 1982 y LASSWELL, H.D., y MCDUGAL, M.S., *Jurisprudence for a Free Society: Studies in Law, Science and Policy*, New York, 1992. En castellano, véase, MEDINA ORTEGA, M., “Una nueva concepción del Derecho internacional: el sociologismo de Myers S. Macdougall”, *REDI* 1961, pp.517-533. En relación con las técnicas metodológicas del Derecho internacional según la “escuela de Yale”, hemos de resaltar la propuesta relativa al “género de los incidentes en Derecho internacional” que pretende efectuar un análisis y la identificación de las normas a partir de ciertos hechos relevantes de la realidad internacional. Por incidente se entiende un conflicto abierto entre dos o más actores en el sistema internacional, los intereses y expectativas que tal conflicto suscita en otros actores fundamentales y las soluciones aceptables en una variedad de procesos efectos. El asunto de Kosovo constituiría en la actualidad un incidente de especial relevancia para este ejercicio intelectual. Sobre esta cuestión *vid.* REISMAN, M., y VILLARD, A., *International Incidents: The Law that Counts in World Politics*, 1987, así como el análisis y crítica que de tal planteamiento efectúa ESPÓSITO, C.D., “Soberanía, Derecho y política en la sociedad internacional: ensayo sobre la autonomía relativa del Derecho internacional”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 1999-1, pp.24-28.

Además del liberalismo encubierto en esta concepción del Derecho, varias son las objeciones que se formulan a la misma. En primer lugar, la confusión con el poder o los factores sociales, la utilización del derecho para fines políticos y la falta de previsibilidad que es consustancial al derecho. Frente a tales argumentos, la profesora y entonces Jueza del Tribunal Internacional de Justicia, R. Higgins, en su significativa y militante obra *Problems and Process, International Law and How We Use It*, rechaza la neutralidad del derecho, reconoce la conexión entre Derecho y política y reivindica el elemento de la elección en la toma de decisiones, pues las denominadas consideraciones extrajurídicas, de carácter político, moral o social, constituyen una parte integrante del “proceso legal” que llamamos Derecho. Para esta autora, el concepto de autoridad no puede desvincularse del concepto de poder en el proceso legal, pero el mantenimiento del término “legal” asegura la previsibilidad del Derecho en cuanto que las decisiones son adoptadas por los órganos autorizados para hacerlo, en los foros apropiados y dentro del marco de ciertas normas y prácticas establecidas, guiados por la dependencia a las decisiones adoptadas en el pasado y por la libertad de elección en atención a los intereses de la comunidad y la promoción de valores comunes⁵².

Desde una óptica más pragmática que empírica, la doctrina americana denominada “*proceso legal internacional*” se concentra en describir cómo las normas internacionales creadas a través de distintos procesos, formales e informales, de carácter institucional – son actualmente utilizadas en las relaciones exteriores de los Estados y cómo podrían ser más eficaces y mejor aplicadas. No les interesa tanto el contenido de las normas ni los valores del sistema jurídico internacional como su vinculación a cuatro interrelacionadas cuestiones: el reparto de las competencias decisorias (“*allocation of decision-making competence*”) en las relaciones internacionales; las razones por las que un determinado acuerdo es adoptado en la regulación de una materia concreta y no otro; los medios a través de los cuales las instituciones y el sistema reglamenta y organiza la conducta

⁵² “To remain ‘legal’ is to ensure that decisions are made by those authorized to do so, with important guiding reliance on past decisions, and with available choices being made on the basis of community interests and for the promotion of common values”. Cfr.r. HIGGINS, R., *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Oxford, 1994, pp.2-16, en particular, p.9. Dos importantes consecuencias se deducen de esta concepción del Derecho como proceso: la desaparición de la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda* y la superación del problema relativo a las lagunas jurídicas. Frente a la objeción de la imprevisibilidad, la autora defiende su concepción del Derecho como proceso “when ... decisions are made by authorized persons or organs, in appropriate forums, within the framework of certain established practices and norms”, por lo que “the choice is for a perception of international law as process. As we will see, this entails harder work in identifying sources and applying norms, as nothing is mechanistic and context is always important”, *vid. ibíd.* pp. 2 y 8. De la misma autora, “Policy considerations and the international judicial process”, *ICLQ* 1958, pp.58-59.

nacional e individual; y finalmente, cómo inciden los elementos políticos, económicos y culturales en este proceso. Para esta concepción, si bien el Derecho internacional no es decisivo en las relaciones internacionales, sí que desempeña, normalmente, un importante papel en su desarrollo, aunque destacan que la mayoría de los problemas internacionales encuentran principalmente su solución no ante los jueces o tribunales, sino a través de los procesos políticos de decisión donde el consentimiento prima sobre el mandato. Sin embargo, la crítica al “déficit normativo y axiológico” de esta corriente ha generado un nuevo planteamiento de la misma, más dinámico y menos tradicionalista, que, manteniendo el esquema de trabajo anterior, incorpora los valores normativos dentro del proceso así como la relevancia que en los mismos presentan las instituciones internacionales⁵³.

Frente a las anteriores concepciones, el movimiento de “estudios jurídicos críticos” se caracteriza por su relativismo metodológico y la defensa de un modelo de razonamiento jurídico abierto que, en lugar de aplicar normas o principios neutrales, (de)construya una justicia contextual que sea reflejo de la complejidad del desarrollo de la vida social. El criticismo considera como característica interna del Derecho internacional su indeterminación, indeterminación estructural que no se produce por factores exógenos de carácter político. El derecho es entendido como discurso, lenguaje, argumento que es construido de binarias oposiciones que se representan como posibles –aunque contradictorias– respuestas a los distintos problemas del Derecho internacional. Desde el criticismo, esta compleja estructura binaria ha de ser “deconstruida” mediante la demostración de que el término aparentemente dominante de cada uno de estos binomios depende de hecho del segundo de los términos para la concreción del significado efectivo del mismo en atención a las características concretas y peculiares (sociales, culturales, políticas, económicas, etnográficas etc.) del caso objeto de análisis. En este sentido, el derecho internacional se transforma de modelo estático de normas en una argumentación dinámica de cómo estas estructuras binarias (principio/excepción, general/particular, derecho/deber, formalismo/realismo, soberanía/comunidad, etc.) son interminablemente construidas y deconstruidas a lo largo del discurso jurídico mediante una predecible y altamente formalista argumentación tendente a justificar un determinado resultado

⁵³ Cfr.. CHAYES, A., ERLICH, Th. y LOWENFELD, A.F., *International Legal Process: Materials for a Introductory Course*, 1968, CHAYES, A. y HANDLER CHAYES, A., *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, 1995; HONGJU KOH, H., “Transnational Public Law Litigation”, *Yale Law Journal*, 1991, pp.2347-2400. Las citas corresponden O’CONNELL, M.E., “New International Legal Process”, *AJIL*, 1999-2, pp.334-351.

material. Esta construcción niega la existencia de una racionalidad legal autónoma del Derecho, pues los distintos “estilos” (expresión utilizada en sustitución del término método) empleados para la explicación del derecho, ya sean los “teóricos-académicos” como los “profesionales-prácticos”, no responden a una relación de jerarquía sino al contexto, académico o práctico, en que son utilizados, desapareciendo de este modo la polémica entre teoría y práctica y resultando, asimismo, explicables los trasvases de estilos en función, de nuevo, de los intereses contextuales implicados en el discurso⁵⁴. Para huir del relativismo absoluto o del nihilismo que se atribuye a este pensamiento, se reivindica una justicia contextual que sea reflejo de la causalidad social, de los valores políticos y de la capacidad de imaginar alternativas sociales para hacer frente a los conflictos, de tal forma que los internacionalistas asuman un auténtico compromiso basado en la ética de la responsabilidad y caracterizado por la no imposición de valores a los demás y por el reconocimiento de nadie es completamente autónomo desde el momento en que hay elecciones sociales realizadas previamente⁵⁵.

Desde unos parámetros metodológicos más singulares, cabe destacar el “análisis económico del Derecho” y las “metodologías feministas del Derecho internacional”. El punto de partida del análisis económico es que el hombre es un maximizador racional de sus objetivos y fines y todo individuo busca maximizar sus preferencias. De ahí, que el “análisis económico del Derecho” se caracterice por identificar las implicaciones jurídicas de esta conducta maximizadora tanto dentro como fuera de los mercados, así como en otras instituciones. Esta identificación se efectúa aplicando, en el contexto político de las relaciones internacionales, la técnica primaria del análisis de costes y beneficios, así como las técnicas relativas al análisis del coste de las transacciones y la teoría de los juegos o de

⁵⁴ Cfr.. KOSKENNIEMI, M “Letter to the editors of the symposium”, *AJIL* 1992-2, pp.351-361. Del mismo autor, *From Apology...*, *op.cit.* y “Hierarchy in international law: A Sketch”, *EJIL* 1997-4, pp.566-582. Como representantes señeros de esta corriente: KENNEDY, D., *International Legal Structures*, Baden-Baden, 1987 y “Theses about International Law”, *GYIL*, 1980, vol.23, pp.376 y ss.; CARTY, A., *The Decay of International Law. A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester, 1986, y “Critical international Law: recent trends in the theory of international law”, *EJIL* 1991-1, pp.66-96; ALLOT, Ph., “Language, Method and the nature of international law”, *BYIL* 1971, pp.79-135 y “The concept of international law” *EJIL* 1999-1, pp.31-50. Para una síntesis y crítica de esta corriente doctrinal, véase, CASANOVAS y LA ROSA, O., “La vuelta a la teoría”, *loc.cit.*, pp.191-196 y ESPÓSITO, C.D. “Soberanía, derecho y política...”, *loc.cit.*, pp.28-34.

⁵⁵ Cfr. KOSKENNIEMI, M., *From Apology...*, *op.cit.* pp.476-501.

la estrategia de las interacciones, en la medida en que el resultado de la acción de un Estado depende de la conducta que adopten otros sujetos⁵⁶.

Desde un análisis crítico de la realidad jurídica-internacional, la perspectiva feminista utiliza el género como categoría de análisis del Derecho internacional, entendiendo por género la construcción social de diferencias entre hombres y mujeres y de ideas de “feminidad” y “masculinidad”, esto es, el exceso de bagaje cultural asociado con el sexo biológico. El método feminista propone un inarticulado balance entre dos propósitos. Por un lado, constituye una reacción contra la aplastante posición dominante y privilegiada del hombre en los procesos de producción y recepción de conocimientos, y, por otra, una respuesta a los objetivos de la lucha feminista. Esta concepción masculina dominante crea instituciones patriarcales, asume que el Derecho es objetivo, neutral en el género y universalmente aplicable, y divide la sociedad en esferas públicas y privadas, relegando algunos asuntos de preocupación para la mujer al área privada, considerada inapropiada para la regulación legal. El método feminista busca resaltar la objetividad e imparcialidad limitadas del Derecho internacional y enfatiza la conversación y el diálogo más que la producción de una única y triunfante verdad. Para ello busca detectar los silencios del Derecho internacional respecto de la mujer mediante la utilización de la técnica denominada “*world travelling*” que requiere diálogo multicultural y búsqueda compartida de áreas de valores y preocupaciones comunes y superpuestas. La denuncia de las categorías público/privado y del carácter androcéntrico (a la vez que eurocéntrico) y limitado de los derechos humanos es demostrada a través de distintos ejemplos, como la regulación del crimen de tortura, que sólo afecta al ámbito público y estatal y no al ámbito privado y doméstico, o de crímenes como el genocidio o de lesa humanidad, donde las violaciones sistemáticas de las mujeres con el objetivo de alterar la composición étnica de la población no son analizadas como crímenes contra las mujeres en sí mismos considerados, sino que son tipificados criminalmente en la medida en que constituyen una ofensa contra la comunidad, colectividad o grupo constitutivo del bien jurídico protegido⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. DUNOFF, J.L., y TRACHTMAN, J.P., “The law and economics of humanitarian law violations in internal conflict”, *AJIL* 1999-2, pp. 394-409.

⁵⁷ Cfr. CHARLESWORTH, H., “Feminist methods international law”, *AJIL* 1999-2, pp.379-394. Véase también, CHARLESWORTH, H., CHIKIN, Ch., y WRIGHT, S., “Feminist approaches to international law”, *AJIL* 1991-4, pp.84 y ss.; y CHIKIN, Ch. “A critique of the public/private dimension”, *EJIL* 1999-2, pp.387-395 y “Kosovo: a «good» or «bad» war?”, *AJIL* 1999-4, pp.841-846.

Finalmente, existe una corriente que, constatando la heterogeneidad y autonomía conceptual de ambas disciplinas, pretende efectuar un acercamiento entre la teoría de las relaciones internacionales y el Derecho internacional. Mientras que el objeto primordial de iusinternacionalista es la descripción normativa de las normas y de las instituciones, el objeto principal de la teoría de las relaciones internacionales es la explicación del comportamiento político de los actores internacionales mediante el análisis de múltiples factores: los intereses, el poder y las estructuras de gobierno de los Estados y de otros actores; la información, las ideas y los compromisos a través de los cuales operan; así como las instituciones a través de las cuales se relacionan. Estos factores y la posición del Derecho internacional son, a su vez, incardinados en las cuatro teorías de las relaciones internacionales predominantes en la actualidad: el realismo, el institucionalismo, el liberalismo y el constructivismo⁵⁸. Al respecto resulta evidente la incidencia o

⁵⁸ ABBOT, K.W., "International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in internal conflicts", *AJIL* 1999-2, pp.361-379. Según este autor, la *teoría realista* se caracteriza porque el Estado es el actor principal de las relaciones internacionales y la problemática de estudio está centrada en la seguridad nacional. El Estado, según esta concepción, se relaciona en un medio anárquico caracterizado por la ausencia de cualquier poder o gobierno central superior que garantice la paz y el cumplimiento efectivo de los acuerdos. En cuanto al Derecho internacional, es entendido como un mero instrumento de las relaciones de poder y de intereses subyacentes entre los Estados, que puede ser rebatido o modificado si estas relaciones cambian. El *institucionalismo* se identifica con la idea de cooperación y gestión de intereses comunes en las relaciones internacionales. Si bien el papel del Estado sigue siendo significativo y central, su análisis se va a centrar en los mecanismos institucionales de cooperación a través de los cuales los Estados van conseguir sus propósitos, incorporando una pluralidad de intereses, ideas y compromisos más allá de los estrictamente estatales. En cuanto al Derecho internacional, asume el sistema tradicional de fuentes del Derecho internacional, especialmente, el relativo a los tratados. El *liberalismo*, así como el transnacionalismo, insiste en una metodología individualista, pues, asume como actores fundamentales de las relaciones internacionales a los individuos y a los grupos privados. Los Estados no son insignificantes, pero sus preferencias son determinadas por sus políticas nacionales y la idea de soberanía se transforma en una cuestión de análisis de cómo y en qué medida los gobiernos nacionales representan a los individuos y a los grupos que operan en sociedades nacionales y transnacionales. Esta aproximación implica una concepción de las relaciones políticas más compleja y fluida, a la vez que más imprevisible, que las mantenidas por los realistas e institucionalistas. La imagen del mundo liberal está unida a los conceptos de sociedad mundial y de globalización en los que las actividades económicas, comerciales, societarias, científicas, culturales, etc. de carácter privado cobran un especial papel protagonista mediante la creación de reglas e instituciones internacionales al margen de los Estados. En este sentido, los procesos tradicionales, esto es, interestales de creación del Derecho internacional son cuestionados en beneficio de los procedimientos internos de legitimación democrática y de los procedimientos normativos transnacionales en los que intervienen directamente los actores privados y las unidades de gobierno. Finalmente, la *teoría constructivista* enfatiza los elementos subjetivos de una sociedad internacional de Estados o, en todo caso, de actores públicos y privados de distinta índole, desde las organizaciones internacionales hasta las actividades de grupos de científicos, de las ONGs y de los despachos transnacionales de abogados, etc. Para un examen más exhaustivo de esta aproximación interdisciplinar, véase SLAUGHTER, A-M., "International law and international relations theory: a dual agenda", *AJIL*, 1993-1, pp.205 y ss.; KEOHANE, R.O., "International relations and international law", *HILJ* 1997-2, pp.487-502; SLAUGHTER, A-M., TULUMELLO A-S. y WOOD, S., "International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship", *AJIL* 1998-3, pp.367-397. Sobre la evolución y el panorama actual de las teorías de las relaciones internacionales, véase GRASA HERNÁNDEZ, R., "La reestructuración de la teoría de las

concomitancia de la teoría liberal o del “neoliberalismo institucional” en algunos sectores del panorama actual del Derecho internacional público. En este sentido se ha señalado que las consecuencias de esta aportación teórica liberal para la teoría jurídico internacional son manifiestas. En primer lugar, el campo de regulación de la vida internacional es mucho más amplio que el de las relaciones entre los Estados y estos deben dejar de ser protagonistas principales del Derecho internacional. En segundo lugar, “si la fuente del valor es el individuo y la comunidad es un accidente histórico que sólo es moralmente relevante en la medida en que sirva a la realización de los valores de aquél, la soberanía pasaría a ser un valor relativo cuyo respeto sería pertinente sólo en el caso de que no obstaculizara la búsqueda individual de la libertad, el bienestar y la felicidad. La legitimidad internacional de un gobierno o de un Estado estaría vinculada a su legitimidad interna, es decir a ser democráticamente representativo y a respetar los derechos humanos”⁵⁹.

3. CONCLUSIONES

Corresponde al intérprete internacional –o a los intérpretes internacionales– así como a la doctrina internacionalista mediante distintos métodos y planteamientos conceptuales buscar el equilibrio, dinámico y en ocasiones hasta inestable, que reduzca la tensión entre un Derecho que resuelva, por un lado, los complejos problemas de la sociedad internacional actual –plural y universal– y promueva la adaptación de las competencias estatales –así como de las nuevas competencias de las Organizaciones internacionales– a esta nueva realidad. El Derecho internacional no sólo constituye por su propia naturaleza una necesidad social sino que actúa como un factor social decisivo en el devenir de la sociedad en construcción. No se trata de un mero conflicto exógeno –aun cuando la relación Derecho sociedad resulta consustancial a todo sistema normativo merecedor de tal calificación– sino de un dilema intrínseco que existe en el propio ordenamiento internacional y que no acaba de resolver, pues cómo conciliar determinados valores y principios jurídicamente consagrados, aquellos que son asimilados como

relaciones internacionales en la postguerra fría: el realismo y el desafío del liberalismo neoinstitucional”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria/Gasteiz*, 1996, pp.103-147.

⁵⁹ Vid. ESPÓSITO, C.D., “Soberanía, *derecho* y política...”, *loc.cit.* p.47.

principios estructurales y normativa de *ius cogens* impulsores del progreso del Derecho internacional, con la inercia o lentitud de la pesada maquinaria de actuación y adaptación internacional. Tal equilibrio ofrecerá coherencia, seguridad jurídica y paliará las visiones de desigualdad o doble rasero que enturbian y desacreditan la legitimidad del Derecho internacional, pues como ha destacado el profesor Sánchez Rodríguez nos encontramos ante “la interrelación y la paradoja de que un derecho internacional en estado o situación de crisis permanente sea el único ordenamiento abocado a resolver crisis concretas cada vez más plurales y complejas, con nuevos desafíos y requerimientos de urgencia en su superación por parte de la opinión pública mundial, que no por parte de la opinión estatal mundial”⁶⁰.

⁶⁰ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Derecho Internacional y Crisis Internacionales*, Iustel, Madrid, 2005, p.14.