

EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL MARCO DE UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA. TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS

Ana Gemma López Martín *

RESUMEN

Desde hace algunos años asistimos a importantes cambios en la sociedad internacional que se han acentuado en el presente milenio y que vienen marcados fundamentalmente por los ‘fenómenos’ de la globalización y el unilateralismo hegemónico de los EE.UU. Tales cambios afectan inevitablemente al Derecho internacional, de forma tal que podemos afirmar que éste se halla en proceso de transición. La subjetividad, los procesos de creación y aplicación normativa, o el sistema de seguridad colectiva establecido por las Naciones Unidas, son algunos de los ámbitos que se han visto en mayor medida afectados por esta ‘mutación’.

Palabras clave: Derecho internacional, globalización, sociedad internacional, subjetividad internacional, creación y aplicación de normas internacionales, Consejo de Seguridad.

ABSTRACT

We assist to important changes in the international society some years since. These changes have increased in the present millennium, and they are marked above all for the phenomenon of the globalization and for the unilateralism of the United States. These changes concern to the International Law that it's immersed in a process of transition. The international subjectivity, the process of legal creation and application, or the United Nations' system of collective security are some of the fields that they are affected for this 'mutation'.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. anagama@der.ucm.es

Keywords: International Law, Globalization, International Society, International Subjectivity, Creation and Application of International Norms, Security Council.

SUMARIO: 1. La Sociedad Internacional en cambio; 1.1. La impronta de la “globalización” en la sociedad internacional 1.2. El unilateralismo hegemónico: crónica de un cambio anunciado. 2. La consiguiente evolución y cambio en el ordenamiento jurídico internacional; 2.1. La soberanía estatal, ¿una especie en peligro de extinción?; 2.2. Las nuevas tendencias en el proceso de creación normativa; 2.2.1. El ‘revivir’ de la costumbre versus el ‘declive’ de la Comisión de Derecho Internacional; 2.2.2. El afianzamiento del tratado como imprescindible manifestación normativa. 2.3. Los riesgos de fragmentación que acechan al ordenamiento jurídico internacional; 2.3.1. Diversificación material y sectorialización del Derecho internacional; 2.3.2. La “judicialización” del Derecho internacional: de la unicidad universalista a la pluralidad especializada; 2.4. ¿Hacia un nuevo sistema de ‘seguridad colectiva-inseguridad unilateral’ o el canto del cisne del Consejo de Seguridad?

La concepción del Derecho internacional como un *proceso específico de creación y aplicación de normas* en un contexto social e histórico determinado constituye una constante comúnmente compartida, de tal forma que lo que son los caracteres que impregnan a la Sociedad internacional dejan su impronta en los rasgos que definen al propio ordenamiento jurídico internacional. Pues, el Derecho internacional es tributario de la situación en que se halle la sociedad a la que se aplica. Es una realidad innegable, por tanto, que el Derecho internacional aparece condicionado por el proceso de evolución de la sociedad internacional, lo que nos obliga a escudriñar el mundo a nuestro alrededor si no queremos anquilosarnos en épocas ya superadas. No es lo mismo el Derecho internacional anterior a la Paz de Westphalia que el que surgió de ésta. El siglo XX se caracterizó por una profunda evolución del Derecho internacional, sobre todo a partir de la segunda guerra mundial de 1939-1945. Con el siglo XXI, más de medio siglo después

de la terminación de dicha conflagración, parece que llegamos a un momento distinto. La forma en la que se han conducido los últimos conflictos armados, sobre todo en Afganistán e Irak, apunta a una nueva transformación del Derecho Internacional, sobre todo en ámbitos como el del recurso a la fuerza armada fuera del marco de las Naciones Unidas, lo que obliga a plantearse la cuestión de la validez de las normas que lo regulan.

Para entender estos cambios, hay que situarse en la perspectiva de la evolución de las relaciones internacionales, de las transformaciones de la sociedad internacional. Por ello, debemos preguntarnos acerca de las posibles transformaciones o mutaciones que afectan en el momento actual a la estructura social del ordenamiento internacional, porque las mismas afectarán, sin duda, a su estructura jurídica.

1. LA SOCIEDAD INTERNACIONAL EN CAMBIO

El hecho de la transformación no es algo nuevo para el sistema internacional, pues éste, como fenómeno histórico, no es estático y se halla sometido a constantes cambios, algunos de los cuáles son de tales dimensiones que han sido reconocidos como avances cualitativos en el curso de la historia. En esta línea, nos explica A. Rodríguez Carrión que “siempre se está en período de cambio y transformación, pero si algunos de ellos son simples transformaciones que no afectan a la esencia de la sociedad internacional, en otros es posible vislumbrar elementos que apunten a una mutación, a la aparición de algo que resulte absolutamente nuevo y que rompe con la naturaleza última del fenómeno observado”¹. De esta forma, el mayor riesgo al que nos enfrentamos es, como nos indica este autor, el de experimentar una especie de ‘regreso al pasado’, esto es, de vuelta a una sociedad internacional decimonónica, no universal, en la que los Estados eran clasificados como civilizados, semicivilizados y bárbaros, y sólo a los primeros les está conferida la sagrada misión de civilización sobre pautas que sólo ellos están en disposición de sugerir².

No parece que estemos aún ante un riesgo cierto de involución, de ahí que la idea de “mutación” que apuntamos no se plantee en sentido peyorativo. Muy al contrario,

¹ Vid. RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *El Derecho internacional en el umbral del siglo XXI*, Málaga, 1999, pp.10-11.

² Vid. *Ibidem*, p.74.

compartimos la opinión de S. Belaïd³, en el sentido de que la noción de “mutación” semeja la idea de “evolución”. De esta forma, por la propia ambivalencia del término y la ambigüedad que le caracteriza, la noción de mutación puede ser perfectamente utilizada en el análisis de las transformaciones actuales de la Sociedad internacional, entidad política, y del Derecho internacional, orden normativo que regula esta última; en efecto, la Sociedad internacional sufre transformaciones de orden estructural, que por su profundidad y su rapidez evocan la idea de “mutación”, pero que por el arraigo de sus raíces en la historia deben apreciarse en términos de “evolución”, de crecimiento y progreso, y no de “involución”, de regresión o retroceso.

Es más que evidente que desde la Modernidad hasta nuestros días, el grupo social que regula el Derecho internacional ha sufrido, como decimos, una larga evolución produciéndose cambios importantes en su estructura, en sus elementos componentes, y en los valores sociales. Una compleja y completa mutación que llevó a caracterizarla en 1990, tanto por su universalización, cosmopolitización y heterogeneidad –desde el punto de vista de la organización política, económica y social, y de las concepciones culturales prevalentes-, como por su polimorfismo -esto es, por la aparición y multiplicación de sujetos no estatales y otros actores internacionales-, así como por un cierto grado de institucionalización y democratización⁴. Comparándolas con los rasgos dominantes en la sociedad tradicional, es evidente que se ha operado un profundo cambio en las características de la sociedad internacional, pero un cambio inserto en una relación de continuidad. Sin embargo, desde finales del siglo XX y comienzos del nuevo milenio, el sistema internacional se encuentra nuevamente sometido a un proceso de cambios de largo alcance. El impacto de los mismos no sólo afecta al propio sistema internacional y a su ordenamiento jurídico, sino que sus efectos se dejan sentir en amplios segmentos de las sociedades de todo el mundo. Aunque no creemos que podamos decir aún que una nueva etapa, reemplazando a la anterior, se halle firmemente establecida, sino que más bien nos hallamos ante una sociedad en proceso de transición. Hay quien piensa, con buena razón, que estamos frente a una realidad usual asociada a la evolución natural de toda sociedad y que se refleja, por consiguiente, en el ordenamiento jurídico que la rige⁵. Es la siempre

³ Vid. BELAÏD, S., “Société internationale, droit international: quelles “mutations”?”, *CEBDI*, vol.VII, 2003, p.51.

⁴ Véase la explicitación de cada uno de ellos en REMIRO BROTONS, A., “Desvertebración del Derecho internacional en la sociedad globalizada”, *CEBDI*, vol.V, 2001, pp.58-61.

⁵ Cf. ROSENNE, Sh., *The Perplexities of Modern International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, pp.4-5.

presente necesidad de toda sociedad de compatibilizar la estabilidad de sus estructuras con las presiones del cambio⁶.

En este orden de ideas, la estructura social internacional se ve afectada por numerosos factores de reciente aparición que la distinguen respecto a momentos anteriores⁷, sumergiéndola en un innegable proceso de mutación. Factores que pueden condensarse en dos fenómenos que invaden e imbuyen a la sociedad internacional en su conjunto y que la hacen enfrentarse a retos trascendentales: la “globalización” o “mundialización”⁸ y el unilateralismo de la única super o hiper-potencia.

1.1.La impronta de la “globalización” en la sociedad internacional

Hace veinte años, casi nadie, en el mundo jurídico hablaba de la “globalización” o “mundialización”⁹. De repente –y realmente parece haber sido de una forma súbita-, la globalización, la sociedad global y el orden jurídico global están en boca de todo el mundo. Es como si se tratara de “una moda”. Aunque, en opinión de L.M. Friedman¹⁰, estamos ante algo más que una moda, es la respuesta a algo importante y real en el mundo contemporáneo. Lo cierto es que la globalización nos presenta un mundo transnacional “idílico” que desconoce o atraviesa al propio Estado. Mucho se ha escrito acerca de este fenómeno que afecta a la sociedad internacional, llegando incluso a mitificar su contenido. Por ello, se impone una labor de concreción.

Es necesario advertir, primeramente, que el concepto de globalización no debe confundirse, ni tomarse como sinónimo de “internacionalización”. La internacionalización se refiere, en palabras de J. Delbrück, “to cooperative activities of

⁶ Cf. ORREGO VICUÑA, F., “Derecho internacional y sociedad global: ¿Ha cambiado la naturaleza del orden jurídico internacional?”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Madrid, Universidad Autónoma, EUROLEX, 2005, p.443.

⁷ Cf. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Derecho internacional y Crisis internacionales*, Madrid, Iustel, 2005, p.17.

⁸ No vamos a entrar en la polémica acerca de si debe hablarse de “globalización” o “mundialización”, cuestión ésta más lingüística que jurídica. Optamos por la utilización del término “globalización”, porque es, como indica J. Raga, “el que ha conseguido penetrar privilegiadamente en la vida de la comunidad” (vid. RAGA, J., *Globalización, sí; pero para quién*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, 2009, p.7).

⁹ Frente a esta dualidad terminológica, globalización/mundialización, debemos indicar que el término “mundialización” ha sido el adoptado en los textos de Naciones Unidas redactados en español.

¹⁰ Vid. FRIEDMAN, L.M., “Erewhon: The Coming Global Legal Order”, *Stanford Journal of International Law*, 2001, p.364.

national actors on a level beyond the nation state but in the last resort under its control”; mientras que la globalización supone, siguiendo a este mismo autor, “the process or the processes of denationalization/deterritorialization of politics, markets, and laws or, more specifically, process of denationalization/deterritorialization of clusters of political, economic and social transactions involving national and international actors, public and private, leading to a global interconnectedness of these actors in time and space”¹¹. Podemos, así, sintetizar las características de la globalización en las siguientes: la liberalización del comercio internacional y el aumento de la competencia en los mercados mundiales, la expansión de las inversiones extranjeras directas, y la aparición de flujos financieros masivos transfronterizos. Fenómenos todos ellos ligados a dos factores subyacentes que crearon las condiciones propicias para su aparición: en primer lugar, las decisiones políticas y jurídicas adoptadas por los Estados en orden a reducir las barreras nacionales; en segundo, el impacto de las nuevas tecnologías en los ámbitos de la información y las comunicaciones¹².

En este sentido, resulta evidente que la globalización más que un proceso, constituye toda una serie de procesos, al ser múltiples las dimensiones que se encuentran afectadas por el fenómeno globalizador. Es tal la extensión de este fenómeno, que uno parece tener la sensación de que la antigua sagrada misión de civilización que permitía justificar el colonialismo y el imperialismo, ha sido sustituida por una sagrada misión de globalización¹³.

La sociedad internacional no se ha escapado de las garras de este proceso globalizador, que ha dejado su impronta en la misma. Una de las principales consecuencias ha sido la rápida aparición de un amplio número de actores de la sociedad civil, *actores no estatales*, cuya influencia ha ido creciendo en el espacio y en el tiempo como resultado de la globalización y el avance tecnológico, en proporción directa a su aumento en número y tipo, hasta el punto que, según L. Pérez-Prat¹⁴, nos hallamos sumidos en la era de los actores no estatales. Es una realidad que el proceso de

¹¹ Vid. DELBRÜCK, J., “Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization”, *Revue Suisse de droit internationa et de droit européen*, 2001, pp.14-16.

¹² Cf. CARRILLO SALCEDO, A., *Globalización y orden internacional*, Sevilla, 2005, p.17.

¹³ Cf. REMIRO BROTONS, A., “Justice Among States”, en *Liber Amicorum Jose Maria Ruda*, The Hague, Kluwer, 2000, p.43.

¹⁴ Vid. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., “Las ONGs y el Derecho internacional humanitario”, en RAMÓN CHORNET, C. (ed.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p.199.

diversificación del sistema internacional en términos de actores relevantes se acelera e intensifica en un orden social globalizado.

Entre estos actores no estatales destacan las *organizaciones no gubernamentales*. No sólo por una cuestión de número, con ser numerosas, sino por el cambio cualitativo que para el sistema internacional puede suponer, a medio plazo, el asalto que viene padeciendo procedente de estos actores, desaforados por participar en todas las facetas de la vida internacional. Junto a estas organizaciones, es necesario referirse igualmente a las empresas multinacionales, actores mucho más poderosos, cuyo papel se hace especialmente patente en el mundo de los negocios y del comercio internacional. Pero, además, una nueva especie de actores no estatales ha emergido de una forma menos razonable. Es el caso de las *organizaciones terroristas*, que no están fundadas dentro de un Estado y que no respetan las reglas establecidas¹⁵, cuya existencia supone un reto adicional, especialmente preocupante, para la sociedad y el derecho internacional.

Fruto de la evolución de la sociedad internacional y de este proceso globalizador es también la tendencia a un pluralismo en la *personalidad jurídica*, de forma tal, que ciertos actores no estatales han llegado a ascender a la categoría de sujetos internacionales, eso sí, con un grado diferente de subjetividad a la del Estado, mucho más limitado. Tal es el caso del individuo, de los pueblos, las minorías o los indígenas.

Otro elemento estructural importante de este proceso de globalización viene constituido por el papel cada vez más creciente de *foros internacionales* universales –o casi universales-, establecidos para la discusión de política internacional que llegan a ejercer su impronta, incluso, en el proceso de creación de normas. Un fenómeno que acompaña al ejercicio progresivo de autoridad pública no territorial por parte de Organizaciones internacionales. Estos foros facilitan el escenario para un intenso y amplio discurso mundial que tiene potencial para construir un consenso general sobre estrategias relativas a diferentes cambios globales¹⁶.

El impacto de estas “mutaciones”, fruto de la globalización, sobre el Derecho internacional puede ser crucial, y su impronta se deja sentir en un amplio espectro de ámbitos. Tal es el caso de la *subjetividad internacional* o del *proceso de creación normativa*. También lo es el aumento espectacular del alcance material del Derecho internacional. De ser un instrumento dedicado a la reglamentación de la diplomacia

¹⁵ Cf. SANDS, Ph., *Lawless World*, London, Penguin Books, 2006, p.xviii.

¹⁶ Cf. DELBRÜCK, J., “Structural Changes... *op.cit.*”, pp.18-19.

formal, ha pasado a ocuparse de la mayoría de las formas de actividad internacional de lo más diversas; desde el comercio hasta la protección del medio ambiente, desde los derechos humanos hasta la cooperación científica y tecnológica. Incluso algunos de estos ámbitos gozan de su propio sistema de arreglo de controversias, lo que ha provocado una *proliferación de órganos jurisdiccionales*. Sin embargo, esta expansión y esta proliferación se han producido sin coordinación, en el marco de determinadas agrupaciones regionales o funcionales de Estados, lo que puede generar riesgos ciertos de *fragmentación* del Derecho internacional, tanto sustantivos, como institucionales.

Como apunta, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), “es una conocida paradoja de la mundialización que, aunque ha dado lugar a una uniformización cada vez mayor de la vida social en todo el mundo, ha conducido también a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas especializadas y relativamente autónomas de estructura y acción social”¹⁷.

1.2. El unilateralismo hegemónico: crónica de un cambio anunciado

La desaparición de la bipolaridad y la desmembración de una superpotencia como la Unión Soviética, supuso la emergencia unilateralista de la otra, EE.UU. -que se ha convertido indudablemente en una “hiper-potencia”-, y con ella, la entrada de un “Nuevo Orden”, no necesariamente mejor¹⁸.

En este sentido, uno de los aspectos más llamativos de la actual sociedad internacional es la acusada inclinación de los EE.UU., sólo o en compañía de sus aliados, al “unilateralismo”, sea para maximizar los efectos de sus políticas coercitivas, sea para combatir las amenazas a su seguridad, usurpando competencias o imponiendo formas de cooperación determinadas a otros Estados y, por supuesto, no aceptando limitaciones para la propia soberanía cuyo alcance y verificación no esté en sus propias manos¹⁹. Son múltiples las manifestaciones prodigadas por EE.UU. en este sentido, tras la llegada de

¹⁷ Vid. CDI, *Informe relativo a su quincuagésimo octavo período de sesiones* (11 mayo a 9 junio y 3 julio a 11 agosto 2006), Asamblea General, Documentos Oficiales, 61º período de sesiones, suplemento nº 10 (A/61/10), pá.242, p.445.

¹⁸ El profesor A. REMIRO BROTONS caracteriza ese “Nuevo Orden” que busca EE.UU. por seis rasgos: un orden regresivo, un orden hegemónico, un orden grupal, un orden intervencionista y represivo, un orden discriminatorio, y un orden envuelto en una semántica sedante y pervertida (cf. “Desvertebración del Derecho internacional... *op.cit.*, pp.330-341).

¹⁹ Cf. REMIRO BROTONS, A., “Desvertebración del Derecho internacional... *op.cit.*, p.214.

G.W. Bush a la Casa Blanca, que van desde la negativa a ratificar el Protocolo de Kyoto sobre el cambio climático, el rechazo a la Corte Penal Internacional, pasando por la no-ratificación del Convenio sobre la eliminación de las armas químicas o el de las minas anti-persona²⁰. Aunque, más grave aún resulta la afirmación del derecho unilateral al recurso a la fuerza para la defensa prioritaria de los intereses nacionales, que encuentra su razón de ser en la “Nueva Estrategia sobre Seguridad Nacional” (*The National Security Strategy of the United States*)²¹ adoptada por el presidente Bush el 17 de septiembre de 2002, en la que se defiende la “guerra preventiva” contra el terrorismo internacional, pero también contra los Estados que lo apoyan y defiendan. Dicho documento es la culminación de una estrategia que empezó a perfilarse el 6 de diciembre de 2001, cuando el Senado aprobó un proyecto de ley que enmendaba la ley sobre protección de las fuerzas armadas que, entre otras cosas, prohibía a EE.UU., con ciertas excepciones, la cooperación con la Corte Penal Internacional o su participación en operaciones de mantenimiento de la paz; continuó el 12 de diciembre de ese mismo año, cuando EE.UU. notificó su retirada del Tratado antimisil balístico (ABM); y siguió el 8 de enero de 2002 con la adopción del documento sobre la política militar nuclear (*Nuclear Posture Review*), y la posterior nueva doctrina militar de EE.UU. que tiene como objetivo fundamental la “guerra contra el terrorismo”²². El máximo exponente de esta nueva política neoconservadora norteamericana lo constituye la llamada segunda guerra de Irak. Una política que se ha visto refrendada con la adopción de una nueva Estrategia de Seguridad Nacional, publicada el 6 de marzo de 2006, que no contiene grandes divergencias de fondo con la anterior²³.

Con esta doctrina que recoge la “Nueva Estrategia de Seguridad Nacional”, carente de fundamento en Derecho internacional, los neoconservadores norteamericanos intentan transformar el unilateralismo hegemónico de EE.UU. en un ‘imperio’. Sin

²⁰ Cf. DUPUY, P.M., “L’unité de l’ordre international. Cours général de droit international public (2000)», *R. des C.*, vol.297, 2002, p.37.

²¹ La información acerca de la Nueva Estrategia de Seguridad Nacional de EE.UU. puede consultarse en <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss/html>.

²² Cf. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “Poder imperial y Derecho internacional. La *pax americana*”, en *Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, Sevilla, 2005, pp.1296-1297. Trabajo al que remitimos para un análisis en profundidad de esta nueva doctrina norteamericana y sus implicaciones para el Derecho internacional.

²³ La información de esta Nueva Estrategia puede consultarse en <http://usinfo.state.gov>. Para un comentario sucinto de la misma, véase BERMEJO GARCÍA, R., “Guerra y Paz (el palo y la zanahoria) en la nueva Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de marzo de 2006”, en *REDI*, vol. LVIII, 2006.1, pp.574-580.

embargo, a diferencia de otros ‘imperios’ anteriores, éste no ofrece un modelo jurídico alternativo.

Kosovo (1999), Afganistán (2001) e Irak (2003), son buena prueba de ese unilateralismo hegemónico al que está sometida la sociedad internacional. De hecho, la historia no ha conocido jamás nada comparable a este cuasi-monopolio de los instrumentos de violencia a gran escala en manos de un solo Estado. Un ejemplo de esta visión hegemónica lo constituye la propia aproximación norteamericana al Derecho internacional, que es concebido como la proyección exterior del derecho nacional-, como señala S. Sur, “the *Rule of Law* signifie application extraterritoriale par tous moyens de la loi américaine”²⁴. Y lo más preocupante es que, frente a esta unipolaridad hegemónica, parece imposible la aparición de otra potencia capaz de desafiar a EE.UU. en su papel de líder, protector y gendarme del mundo.

Esta mutación de una sociedad bipolar o una sociedad unipolar hegemónica ha tenido y tiene su impacto en el ordenamiento internacional. Como nos explica L.I. Sánchez Rodríguez, “gran parte del Derecho internacional construido tras la Segunda Guerra Mundial saltó por los aires al mismo tiempo que la Unión Soviética, convirtiendo en indispensable su reelaboración de conformidad con la nueva situación objetiva creada, entre cuyos riesgos no menores figura precisamente la emergencia del unilateralismo en detrimento de las soluciones multilaterales, institucionales y colectivas”²⁵.

En esta misma línea, la existencia de una hiperpotencia está afectando a los equilibrios entre Estados y conduciendo al diseño de un sistema unipolar de relaciones desiguales. Asimismo, en el plano institucional, esta situación incide de manera negativa en el funcionamiento del Consejo de Seguridad -en su sacrosanta misión de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales- que se ve postergado e instrumentalizado por la superpotencia. Mientras que sus actuaciones al margen y contra las normas internacionales que regulan el uso de la fuerza armada, están haciendo surgir una sensación de “crisis” entorno al propio Derecho internacional que empieza a verse cuestionado, tanto en sus fundamentos, como en su propia eficacia. No obstante, tras la llegada del presidente Obama al poder parece vislumbrarse una moderación en esta política y un cierto atisbo de esperanza de cambio.

²⁴ Vid. SUR, S., “L’Etat entre l’éclatement et la mondialisation”, *RBDI*, 1997.1, p.20.

²⁵ Vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Derecho internacional y crisis... op.cit.*, p.17.

Redoblan las campanas a difunto, ¿es que el Derecho internacional ha muerto? La reincidente pregunta acerca de para qué sirve el Derecho internacional vuelve a retumbar en nuestros oídos, y nuevamente los *iusinternacionalistas* nos vemos en obligados a demostrar la eficacia de nuestro ordenamiento, cómo si alguien se cuestionara la validez, existencia o eficacia del derecho interno penal, civil o administrativo, tantas veces y tan reiteradamente violado.

2. LA CONSIGUIENTE EVOLUCIÓN Y CAMBIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

El inicio del siglo XXI nos muestra el mundo como un lugar muy diferente del estructurado por Franklin D. Roosevelt y Winston Churchill medio siglo antes. El Derecho internacional ha sufrido una revolución, aunque revolución silenciosa nos dice Ph. Sands²⁶. Y es lógico, pues si el derecho es un producto de la realidad social, y si nuestra realidad está en proceso de transformación, como hemos constatado, entonces claramente el orden jurídico debe verse afectado por dicha mutación. Pues, en una sociedad internacional que cambia sería ilusorio concebir al Derecho internacional como un orden pacífico y compacto. Es evidente, por tanto, que los cambios apuntados que ha experimentado la base societaria de la que es efecto nuestro ordenamiento (*ubi societas ibi ius*) en el tránsito del pasado al nuevo milenio, han actuado igualmente en el propio Derecho internacional (*sic societas, sicut ius*) que se ve, de esta forma, sometido al envite de factores, tanto endógenos, como exógenos, que impulsan su cambio. La forma de afrontarlos y el resultado final marcará el devenir de nuestra disciplina.

2.1. La soberanía estatal, ¿una especie en peligro de extinción?

En el Informe elaborado con motivo de la *Cumbre del Milenio*, advertía el Secretario General de las Naciones Unidas que cada vez inquieta más “la posibilidad de que corra peligro la soberanía de los Estados”, en una medida tal, que “hasta en los países

²⁶ Vid. SANDS, Ph., *Lawless World... op.cit.*, p.xii.

más poderosos la gente se pregunta quién manda”²⁷. Muchas son las voces que se han unido a la propagación de estos temores y que han generado, incluso, un lenguaje despectivo y peyorativo estigmatizador del Estado, con la utilización de calificativos tales como, “mínimo”, “catalítico” o “sobrepasado”²⁸. Se plantea así el dogma de la desaparición del Estado como una realidad. Pero, ¿es tan “fiera” la crisis como la pintan?

Hemos de indicar que esa mordaz diatriba que apuntábamos, se incardina en la aparente falta de capacidad estatal para afrontar los nuevos combates que le acechan –terrorismo, violaciones masivas de derechos humanos, flujos monetarios y financieros...-, y ante la cual resulta lógico cuestionarse si es cierta la existencia de una “crisis de la soberanía estatal”. Supuesta crisis que aparentemente se acentúa por mor del empuje con que entran en escena los nuevos retos que comportan el principio democrático, el derecho de injerencia humanitaria o la represión de los crímenes internacionales –en su única acepción actual de los cometidos por los individuos responsables de graves crímenes en masa-, todos los cuales se presentan a sí mismos como “límites de la soberanía estatal”. En esta línea, no hay duda que los crímenes internacionales cometidos por individuos están significando una nueva concepción del propio Derecho internacional, en la medida que supone el germen de un “orden internacional” que trasciende la sacro-santa soberanía de los Estados. El sistema jurídico internacional está amparando en su seno y dando carta de naturaleza a un ámbito de regulación de naturaleza penal en el que las personas pasan a ser individualmente responsables frente a normas internacionales, exponente de una evidente limitación de la soberanía jurisdiccional de los Estados. Si bien, han sido necesarios cien años de pisoteos jurídicos, de titubeos políticos, y, sobre todo, de crímenes contra la humanidad, para que esta revolución jurídica haya sido posible²⁹.

Pero, el mayor envite a la soberanía estatal procede, si duda, de la tan traída y llevada “globalización” que, como hemos advertido, nos presenta un mundo transnacional “idílico” que desconoce o atraviesa al propio Estado, y una de cuyas repercusiones más trascendentales está conectada con el ascenso e incipiente predominio en algunos ámbitos de ciertos *actores no estatales* que concentran el poder económico, y

²⁷ Vid. *Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI* (Doc. A/54/2000, 27 de marzo de 2000), pa.24.

²⁸ Cf. RIQUELME CORTADO, R., *Derecho internacional. Entre un orden global y fragmentado*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, Fundación Ortega y Gasset, 2003, p.24.

²⁹ Vid. LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Prólogo” en ALVAREZ DORREGO, M., *La Corte Penal Internacional. Hacia la inclusión en el Estatuto de Roma del Crimen de Terrorismo*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido (ed.), 2004, pp.15-16.

el creciente protagonismo de las organizaciones no gubernamentales en la vida internacional. Hace una década, R. Higgins señalaba que las ONGs “demands as one phenomenon in the reformation in international law”; un aspecto de esa reforma ha sido un cambio “in our notions of identity of the users and beneficiaries of international law”³⁰. En este sentido destaca la inserción de estos actores en los procesos de creación, interpretación y aplicación del ordenamiento internacional y, desde una visión más institucionalizada, la participación cada vez más frecuente en organizaciones y regímenes internacionales; prueba de ello es su destacado papel en la negociación de la convención para la proscripción de las minas antipersona de 1997, o del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998³¹. El progresivo vasto aumento del contenido del Derecho internacional ha sido igualmente estimulado por las ONGs, particularmente en lo que se refiere a derechos humanos, derecho humanitario y medio ambiente.

También la subjetividad internacional se ha visto afectada como consecuencia de este proceso globalizador, dando cabida a entidades no estatales como es el caso de los pueblos, las minorías o el propio individuo; todos ellos con un grado de personalidad jurídica muy limitado que, en ningún caso llega a afectar al proceso de creación normativa, piedra angular de la subjetividad internacional. De todos estos nuevos ‘sujetos’, lugar destacado merece el individuo que es, sin duda, el que ha recibido un mayor impulso en su subjetividad en los últimos años³².

Resulta evidente que la soberanía estatal se halla sometida a un paulatino proceso de erosión, y que aparece ahora como un concepto relativo, no absoluto, que encuentra sus límites jurídicos en la soberanía de otros Estados dotados de los mismos derechos y

³⁰ Vid. HIGGINS, R., “The Reformation in International Law”, en RAWLINGS, R. (ed.), *Law, Society and Economy*, 1997, pp.212-215.

³¹ Cf. PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., “Las organizaciones no gubernamentales... *op.cit.*”, pp.200-201.

³² Prueba de ello es el reconocimiento del derecho de reclamación internacional frente a los Estados por violación de sus derechos humanos, cuyo paradigma lo constituye su legitimación procesal ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este derecho de reclamación individual –independientemente de la terminología adoptada, ya sea comunicación, petición, queja, denuncia o demanda- constituye la piedra angular de la protección de los derechos humanos, siendo la técnica de control más avanzada, pues es a través de dicho derecho cómo el individuo afirma su posición como sujeto del Derecho internacional de los derechos humanos. Lo cual supone una verdadera *revolución jurídica*; pues, el hecho de que un individuo que ha visto violados sus derechos internacionalmente reconocidos pueda presentarse directamente ante una instancia internacional constituye una modificación fundamental respecto del derecho internacional clásico; se trata de una novedad que abre enormes posibilidades de cambio y perspectivas de innovación. En este punto, la adopción el 10 de diciembre de 2008 del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, supone un hito importante en la protección internacional de los derechos humanos, al ser el primer instrumento internacional que reconoce el derecho de reclamación individual para la violación de los derechos económicos, sociales y culturales.

deberes, así como en las restricciones impuestas por los principios jurídicos fundamentales que protegen intereses comunes de la comunidad internacional en su conjunto. Pero de igual forma es patente que, pese a ello, ocupa lugar de primer orden en el ámbito internacional del presente.

A pesar del acoso y derribo a que parecen estar sometidos hoy día los Estados, éstos siguen ostentando la preeminencia en la actual sociedad internacional, dado que “no existe ninguna otra entidad que pueda competir con el Estado o reemplazarlo”³³; no hay alternativa al Estado, no existe ninguna estructura supranacional capaz de dar respuesta a los problemas globales en sustitución de los Estados. El sistema de organización estatal sigue teniendo, por tanto, un alcance universal por encima de los casos problemáticos o patológicos de aplicación. Como acertadamente ha señalado Ch. Tomuschat, la historia sigue su curso y nuevos desarrollos pueden producir nuevas normas jurídicas pero, entonces como ahora, las dimensiones jurídicas del sistema internacional no podrán ser entendidas si no se acepta que los Estados soberanos constituyen su principal –aunque no único- pilar³⁴.

Todo lo cual nos lleva a concluir, como diestramente señala L.I. Sánchez Rodríguez, que “el modelo de organización social de yuxtaposición horizontal, se pasea todavía hoy de la mano con los modelos organizativos, institucionales y de satisfacción de intereses comunes, como si nada hubiera sucedido durante los últimos seis decenios sobre la superficie de la tierra. La soberanía absoluta y el postmodernismo estatales continúan bailando su último vals”³⁵. Pues, debemos tener presente que el Derecho internacional permanece en el tiempo como un derecho que regula las relaciones entre sus sujetos atendiendo a las particulares características de la sociedad internacional. Esta es la razón que explica porque su progreso como orden vertical jerárquico es mucho más limitado y excepcional que su expansión horizontal. La consecuencia más directa de esta realidad es que el ordenamiento internacional continúa siendo un derecho esencialmente interestatal. El Estado continúa siendo el principal núcleo de poder de la sociedad internacional y, por tanto, persiste la vigencia de la noción de soberanía como inherente al Estado y base del Derecho internacional actual.

³³ Cf. Secretario General de las Naciones Unidas, *Nosotros los Pueblos... op.cit.*, pa.43.

³⁴ Vid. TOMUSCHAT, Ch., “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law”, *R. des C.*, nº 281, 1999, p.43.

³⁵ Vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Derecho Internacional y Crisis... op.cit.*, p.58.

En esta línea, más que levantar acta de defunción del Estado, lo que reclaman los desafíos generados por la globalización es reivindicar su papel reforzado como elemento estabilizador del orden jurídico interno, en tanto que principal responsable de un espacio donde ejercer la democracia, el estado de derecho y garantizar la promoción y protección de los derechos humanos, respecto de los que el Estado es la primera instancia que ha de velar por su garantía y correcta aplicación.

2.2. Las nuevas tendencias en el proceso de creación normativa

En la medida en que el Derecho internacional es concebido como un conjunto de normas que dictan la conducta de sus sujetos, la anatomía y la patología de sus normas se convierten en esenciales para la comprensión de la evaluación del sistema. Según indica P. Weil³⁶, el Derecho internacional no se justifica más que por las funciones que está llamado a cumplir en el mundo de los Estados, tal y como es, y no como podría desearse que fuera. Cuestiones como las relativas al proceso de formación de las normas, o la forma de sancionar y asegurar su aplicación se erigen entonces en los principales interrogantes a los que dar respuesta.

En esta línea, hemos de advertir que pese a los avatares que hemos visto sacuden a la soberanía estatal, no se ha erigido ninguna autoridad legislativa distinta de los Estados soberanos; el consentimiento de éstos juega un papel de primer orden, ya se trate de convenios, de costumbres o de principios generales. Sin embargo, hemos asistido en los últimos años a profundas transformaciones en el proceso de creación normativa; por un lado, cambios importantes en el esquema tradicional de las “fuentes” del Derecho internacional; por otro, en el fenómeno codificador que conoció en su momento un gran auge por obra de la Comisión de Derecho internacional (CDI) y la Asamblea General de las Naciones Unidas, se ha visto retomado por otros “cauces”.

Efectivamente, la evolución en el proceso de creación normativa constituye uno de los fenómenos más remarcables del Derecho internacional contemporáneo. Pero esta evolución no ha tenido por efecto convertir en caducos u obsoletos los modos clásicos de formación –tratado y costumbre–, sino que el contexto socio-jurídico en el que participan,

³⁶ Vid. WEIL, P., «Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public», *R. des C.*, n°237, 1992-VI, p.129.

así como sus relaciones recíprocas y sus respectivos procedimientos de elaboración, han sido profundamente transformados y se han vuelto de una gran complejidad. El rápido desarrollo del fenómeno institucional, por un lado, y el acceso a la independencia de un gran número de nuevos Estados, por otro, constituyen dos realidades políticas que interaccionan en este ámbito y generan como resultado la frecuencia de las conferencias internacionales y la consolidación del fenómeno de elaboración del Derecho en el marco institucionalizado de las Organizaciones internacionales, en particular de Naciones Unidas. Sin ninguna duda, los tratados y la costumbre constituyen aún los procedimientos autónomos de creación de las reglas jurídicas internacionales, pero ahora bajo un nuevo prisma, el de los *forums* multilaterales e institucionalizados de naturaleza político-diplomática.

2.2.1. EL 'REVIVIR' DE LA COSTUMBRE VERSUS EL 'DECLIVE' DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

Parece lejano cuando hace cuarenta años, en 1967, Ch. Visscher evocaba «le déclin relatif du droit international coutumier et le moindre productivité de la coutume dans les rapports internationaux contemporains»³⁷. Hoy día, todos los observadores parecen estar de acuerdo, la costumbre conoce un rebrote de vitalidad, una nueva juventud, un segundo soplo, apareciendo, así, “comme une source ‘novatrice’, féconde et irremplaçable du droit international”³⁸. No hace mucho pariente pobre de la normatividad internacional, la costumbre se halla instalada en el corazón del sistema. Se ha convertido en piedra angular, hasta el punto de que el Derecho internacional consuetudinario es frecuentemente calificado de “general”.

Sin duda alguna, si hay un factor que ha contribuido a esta involución éste lo localizamos en la transformación radical que ha sufrido la costumbre. En efecto, en el transcurso de los últimos decenios hemos asistido a una evolución que, sin invalidar la aproximación clásica bipolar, ha conducido, sin embargo, a una convulsión del proceso consuetudinario, que se ha visto, sin duda influenciada por la contribución de la CIJ en la 'identificación', 'germinación' y 'floración' de las fuentes no escritas del Derecho

³⁷ Vid. VISSCHER, Ch. de, *Les effectivités du droit international public*, Paris, 1967, p.70.

³⁸ Cf. CARREAU, D., *Droit International*, 6ª ed., Paris, Pedone, 1999, p.277.

internacional³⁹. Bajo la similitud de palabras se ha producido tal conmoción conceptual, que entre la costumbre tradicional y la costumbre contemporánea no hay en común, según P. Weil⁴⁰, mas que el nombre.

Se ha producido así, por un lado, una inversión radical en la articulación de los dos elementos constitutivos de la costumbre: en lugar de partir de la práctica, que se erigía en piedra de toque de la *opinio iuris*, se tiende hoy día a partir de la *opinio iuris* que se confirmará, llegado el caso, por la práctica, aunque la evolución no es, ciertamente, monopolística. Asimismo, el factor tiempo deja de ser el corazón de la costumbre. No está totalmente separado de ésta, pero se encuentra relegado a un rango secundario: la práctica reiterada ha dejado paso, en efecto, a una *opinio iuris* que se puede cristalizar en un tiempo cada vez más corto. La idea de que la costumbre debe ser constante y consistente durante un largo período de tiempo para ser calificada como derecho, refleja un estado pasado y pobre del mundo de la comunicación.

Tan evidente es la renovación de la costumbre que ha conllevado, incluso, un cambio en sus objetivos. Según indica P. Weil⁴¹, la función estratégica de la costumbre se encuentra radicalmente modificada. A la costumbre conservadora y tradicionalista, fundada sobre la estabilidad y la consolidación, ha sucedido la costumbre innovadora y revolucionaria, palanca de cambio del orden internacional. Parafraseando a J. Delbrück⁴², podríamos decir que la costumbre se ha 'liberalizado', y ello en buena medida debido al impacto que ha tenido el proceso de globalización.

Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar el carácter evolutivo del Derecho internacional público consuetudinario, que es capaz de adaptarse por sí mismo a los cambios incesantes de la realidad social en razón de su ductilidad. En este sentido, J. Combacau y G. Sur nos hablan en tono de humor de una "coutume caméléon", en la medida en que la norma jurídica no escrita "s'adapte et reflète en permanence les évolutions des mécanismes généraux de production du droit international"⁴³.

³⁹ Como parece sugerirlo M. VIRALLY (cf. "A propos de la *lex ferenda*", en *Mélanges à P. Reuter*, Pedone, Paris, 1981, p.527). Esta misma idea ha sido retomada por A. ORAISON en su trabajo, «La Cour Internationale de Justice, l'article 38 de son Statut et la coutume internationale (Radioscopie de l'article 38, paragraphe premier, alinéa b, du Statut de 'L'Organe judiciaire principal des Nations Unies')», *Revue de Droit International de Sciences diplomatiques et politiques*, vol.77/nº3, 1999, pp.293-344.

⁴⁰ Cf. WEIL, P., "Le droit international... *op.cit.*", p.164.

⁴¹ Cf. WEIL, P., "Le droit international...", *op.cit.*, p.178.

⁴² Vid. DELBRÜCK, J., "Structural Changes in the International System... *op.cit.*", p.29.

⁴³ Vid. COMBACAU, J., et SUR, G., *Droit International Public*, Montchrestien, Paris, 1997, p.60.

Fenómeno indisolublemente asociado al de la proliferación consuetudinaria es el de la **codificación** de la misma. Existe a este respecto la creencia generalizada de que, en todas sus formas posibles, la codificación constituye el principal recurso para incrementar la efectividad del Derecho internacional⁴⁴.

Así pues, cuando los fundadores de las Naciones Unidas introdujeron en su Carta, el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación como uno de los propósitos de la Organización actuaron en consonancia con las expectativas contemporáneas de la Comunidad internacional y del mundo académico. Para asistirle en su misión, la Asamblea creó por la Resolución 147 (II) un órgano subsidiario, la *Comisión de Derecho Internacional* (CDI), que se erige en el órgano codificador por excelencia de Naciones Unidas -aunque no exclusivo-. La pujanza del fenómeno codificador desarrollado fundamentalmente hasta la década de los 80, condujo a que la CDI y la Asamblea General prácticamente ocuparan la plaza del imposible legislador universal, pasando a jugar un papel central en el proceso de formación del Derecho internacional público relativamente centralizado, y actuando como un auténtico motor en el desarrollo de ciertos sectores del Derecho internacional. No en vano son dieciséis las convenciones adoptadas por los Estados tomando como punto de partida un proyecto de la CDI; desde las cuatro Convenciones de Ginebra sobre derecho del mar de 1958, hasta la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes de 2005, pasando por relaciones diplomáticas y derecho de los tratados.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte hemos asistido, como testigos mudos, al fracaso en que se ha ido sumiendo la labor codificadora de la CDI. Es más, puede afirmarse que está atravesando una auténtica crisis, sin que tal valoración pueda calificarse de opinión subjetiva, sino de realidad palpable. Proyectos que no llegan a ver la luz como convenios –responsabilidad, sucesión en materia de nacionalidad-, y convenios que no llegan a entrar en vigor –Convención sobre sucesión en materia de bienes, archivos y deudas de 1983, Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales de 1997- son síntomas de que algo no va bien en el trabajo de la CDI. Además, ésta se ve obligada a contemplar impasible cómo los sectores normativos se han ido escapando, paulatinamente, de su lento y complejo mecanismo de codificación.

⁴⁴ Cf. ZEMANEK, K., "Codification of International Law: Salvation or dead end?", *Etudes en l'honneur de R.Ago*, vol.I, Milán, 1987, p.581.

La elección de la materia, la lentitud del proceso codificador, en algunas materias la oportunidad del convenio como producto final, la crisis financiera que atenaza a las Naciones Unidas, y la composición de la propia CDI, son factores endógenos y exógenos que han avocado a esta situación.

Si bien parece que en los últimos años se está dejando sentir una especie de tímido renacer de este órgano, cuál ave fénix, al que Sh. Rosenne sitúa en “a transitory stage”⁴⁵. Pues, por un lado, no hay grandes proyectos del calibre de las Convenciones sobre derecho del mar, de tratados o de relaciones diplomáticas, como los había en fases anteriores de crecimiento del Derecho internacional. Y los proyectos ambiciosos que figuran en la agenda de la CDI, como el relativo a los actos unilaterales de los Estados, no parecen gozar de buenas expectativas. Pero, por otro, algunos proyectos que conciernen preguntas clásicas y sumamente importantes, como la protección diplomática (sobre el que se ha adoptado el proyecto definitivo en 2006) y las reservas a los tratados, registran avances importantes.

Lamentablemente, debemos señalar, que el éxito de los trabajos codificadores de la CDI no depende exclusivamente de su cualidad científica, sino también del buen hacer de ésta desde el punto de vista político. Es una cuestión de armonía entre los principios jurídicos y los intereses estatales, en presencia.

2.2.2. EL AFIANZAMIENTO DEL TRATADO COMO IMPRESCINDIBLE MANIFESTACIÓN NORMATIVA

En el momento actual, tanto desde un punto de vista cualitativo, como cuantitativo, la ‘fuente’ más importante del Derecho internacional viene conformada por los tratados. La influencia de realidades ‘políticas’ absolutamente dispares resulta evidente en la celebración de los nuevos tratados multilaterales. P.Szasz ha subrayado este elemento al afirmar que lo que los Estados reivindican es “the need to produce a text that not only responds objectively and intelligently to the problem addresses, but also is subjectively acceptable to at least those states whose participation is essential”⁴⁶.

⁴⁵ Vid. ROSENNE, Sh., *The Perplexities of Modern International... op.cit.*, p.59.

⁴⁶ Vid. SZASZ, P., “General Law-Making Processes”, *United Nations Legal Order*, vol. I, ASIL, 1995, p.76.

Estos tratados multilaterales surgen, habitualmente, para satisfacer las nuevas necesidades de reglamentación internacional. Su proceso de elaboración se enmarca en el seno de Conferencias internacionales –como uno de los efectos ya señalados de la globalización-, abiertas a todos los Estados, convocadas a iniciativa de las Organizaciones internacionales, que tienen como objeto, igual que las Conferencias de codificación, la elaboración de reglas jurídicas en el marco de una convención propuesta a la ratificación universal.

La referencia, pues, al fenómeno de las *Organizaciones internacionales* es inevitable, en la medida en que éstas han ofrecido el foro de debate y discusión que, permanentemente, permite a los Estados no sólo la decisión sobre las materias susceptibles de ser convencionalmente tratadas, sino también el trabajo técnico, callado y silencioso que lo hiciera posible. Efectivamente, la multiplicación de las Organizaciones internacionales, universales y regionales, con competencia general o especial, ha dado un impulso notable a las relaciones convencionales interestatales. Pero, no sólo porque estas organizaciones hayan asumido, en su ámbito propio, el papel de detonadores de un proceso de negociación generalizado, sino también porque proporcionan las estructuras y los métodos de tipo parlamentario y administrativo, necesarios para el proceso de elaboración, particularmente eficaces y bien adaptadas a la naturaleza de una comunidad internacional, más numerosa en sus elementos y más diversificada, tanto en sus intereses como en sus necesidades. En esta línea, indica J.E. Álvarez, que las Organizaciones internacionales “have transformed the sources of international obligations as well as their content, the principal lawmaking actors, and even our understanding of what ‘international law’ is and what it means to ‘comply’ with its rules”⁴⁷.

El tratado multilateral celebrado a iniciativa y bajo los auspicios de las Organizaciones internacionales representa así una etapa esencial en la evolución de la sociedad internacional, cumpliendo, a juicio de J.A. Carrillo Salcedo, una especie de "fonction quasi législative"⁴⁸ en el Derecho internacional contemporáneo.

⁴⁷ Vid. ÁLVAREZ, J.E., “International Organizations: Then and Now”, *AJIL*, 2006, vol.100.2, p.326.

⁴⁸ Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A., «Droit International et Souveraineté des Etats. Cours général du droit international public», *R. des C.*, n° 257, 1996, p.175.

2.3. Los riesgos de fragmentación que acechan al ordenamiento jurídico internacional

Un debate doctrinal de imperiosa actualidad es el relativo a la cuestión de la unidad o la fragmentación del Derecho internacional. La preocupación que subyace en esta cuestión viene motivada por el hecho de que, ante la ausencia de un sistema claro de jerarquía normativa en el derecho internacional, la proliferación de regímenes multilaterales con los más diversos objetivos y la más variada composición aumenta las probabilidades de que se generen principios y normas contradictorias entre ellos, así como de que las distintas instancias jurisdiccionales interpreten el derecho aplicable de forma tangencialmente opuesta.

Los ‘posibles’ riesgos de fragmentación que acechan al Derecho internacional se sitúan, por tanto, tanto en el plano sustantivo, como en el institucional.

2.3.1. DIVERSIFICACIÓN MATERIAL Y SECTORIALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Ya hemos advertido con anterioridad cómo el ámbito material del Derecho internacional se ha expandido espectacular y rápidamente, hasta el punto que no hay campo de actividad social que no cuente con alguna clase de regulación jurídica internacional. La vitalidad y versatilidad del Derecho internacional han conducido a una proliferación de regímenes normativos sectoriales, a escala universal, regional o particular, en ámbitos como los derechos humanos, el medio ambiente o el comercio internacional. Regímenes que cuentan con un amplio abanico de tratados internacionales, capaces de generar normas y principios por vía consuetudinaria, e, incluso dotados de mecanismos de seguimiento de su aplicación y sistemas propios de arreglo de controversias. Su existencia es signo evidente de la buena salud de que goza el Derecho internacional, pero puede suponer también, como decíamos, una amenaza a la unidad del ordenamiento internacional por el alto riesgo de fragmentación que comporta⁴⁹.

⁴⁹ Cf. REMIRO BROTÓNS, A., RIQUELME CORTADO, R., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., PÉREZ-PRAT, L., y ORIHUELA CALATAYUD, E., *Derecho Internacional... op.cit.*, p.81.

Sin duda estamos ante una expansión normativa del Derecho internacional sin precedentes, generalmente en nuevas áreas. Esto sucede porque el ordenamiento internacional está evolucionando. La ironía es, según M. Prost y P.K. Clark, que “the achievements of international law may institute its own downfall”⁵⁰.

En esta línea, observamos cómo, si la codificación desde la CDI provocó una sectorialización natural del sistema jurídico, la ausencia de la misma ha acentuado notablemente el fenómeno. Se constata una acusada tendencia hacia la sectorialización de carácter material del Derecho internacional, de suerte que numerosos sectores normativos se han ido escapando paulatinamente del lento y complejo mecanismo de la codificación internacional. En efecto, la crisis de los procedimientos universales de codificación y desarrollo progresivo, así como la necesidad de creación de espacios normativos comunes entre sujetos interdependientes está generando un fenómeno jurídico paralelo al desarrollo social, en el sentido de responder a los retos de la globalización mediante agrupaciones de hecho y de derecho que se traducen en una paulatina sectorialización y en un acusado particularismo. Si bien en este contexto, a diferencia de lo que ocurre en el marco de la CDI, este fenómeno viene marcado por un acentuado rasgo de *especialización*, al quedar confiada la codificación y elaboración de materias técnicas a organismos especializados y órganos *ad hoc*. Lo que conlleva el indudable riesgo de que, al abordar esta tarea se pierdan de vista las directrices generales y el armazón fundamental de los grandes principios de Derecho internacional, que deben asegurar la solidez y, sobre todo, la unidad del edificio en su totalidad amenazada por la parcelación que surge como consecuencia de las diversificaciones resultantes de las especializaciones técnicas.

Resulta, pues, evidente que el derecho internacional aparece dividido en “marcos” sumamente especializados que pretenden tener autonomía relativa, tanto entre sí, como respecto del derecho general. Dentro de este fenómeno destacan los llamados “regímenes autónomos” (‘self-contained regimes’), grupo de normas y principios relativos a una cuestión en particular que, en ocasiones, tienen sus propias instituciones que aplican las normas pertinentes. La posibilidad de conflicto entre estos ‘marcos normativos’ y el derecho internacional general puede suponer una amenaza a la unidad del sistema.

⁵⁰ Vid. PROST, M., and CLARK, P.K., “Unity, Diversity and the Fragmentation International: How much does the multiplication of International Organizations really matter?”, *Chinese Journal of International Law*, vol.5, 2006.2, p.343.

Sin embargo, frente a esa amenaza, dos argumentos esgrimidos por la CDI⁵¹ pueden servirnos de instrumento para, llegado el caso, evitar la posibilidad de fragmentación. Por un lado, debemos retener que un aspecto que une prácticamente a todos los nuevos regímenes es que basan su fuerza de obligar en el derecho de los tratados y que los sujetos interesados entienden que se rigen por ese derecho; por lo que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 constituye un marco unificador de esos fenómenos. Por otro, debemos tener presente que el artículo 31.3 c) de dicha Convención, establece que los tratados han de interpretarse “a la luz de toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, pertinencia que se predica no sólo de las obligaciones convencionales conexas con el tratado en cuestión, sino también de cualesquiera otras, incluidas las derivadas de normas consuetudinarias o de principios generales del derecho.

Por lo que cabe concluir, que el Derecho internacional general como sistema está omnipresente detrás de las normas y regímenes especiales, ilustra su interpretación y colma sus lagunas. La fragmentación está lejos. La unidad parece estar a salvo.

2.3.2. LA “JUDICIALIZACIÓN” DEL DERECHO INTERNACIONAL: DE LA UNICIDAD UNIVERSALISTA A LA PLURALIDAD ESPECIALIZADA

El Derecho internacional, en su conjunto, aparece como el resultado de la dialéctica entre el movimiento que impulsa a los Estados a afirmar su soberanía y el que les obliga a reconocer su necesaria interdependencia -lo que les conduce a aferrarse a su independencia de forma simultánea a la consolidación de su interdependencia-. La justicia internacional no escapa a estas tensiones inestables y cambiantes. Reflejo de esta situación es la constatación de que una de las tendencias actuales de las relaciones internacionales es, sin duda, la del establecimiento de órganos jurisdiccionales internacionales adicionales a los 'clásicos' Corte Internacional de Justicia y arreglo arbitral. Hasta el punto de que, la expansión del arreglo pacífico de controversias a

⁵¹ Vid. CDI, *Informe sobre su quincuagésimo octavo período de sesiones... op.cit.*, pp.448-458.

través de tribunales y corte internacionales ha llegado a ser un aspecto característico del siglo XX⁵².

En este orden de ideas, tras la segunda guerra mundial la Comunidad internacional ha presenciado el establecimiento de un ingente número de instancias internacionales judiciales o cuasi-judiciales, tanto en ámbitos regionales como en áreas especializadas del Derecho internacional. Entre las nuevas jurisdicciones surgidas en ámbitos *regionales*, podríamos mencionar que Europa tiene su Tribunal de Justicia, así como un Tribunal de Derechos humanos; mientras en América merece mencionarse la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en África la Corte Africana de Derechos Humanos⁵³. Esta misma tendencia se aprecia a nivel universal pero en ámbitos *especializados*, fruto del proceso de sectorialización al que se está viendo sometido el Derecho internacional, tanto en su proceso ascendente o de creación de normas, como en el descendente o de aplicación de las mismas, tal y como hemos tenido oportunidad de advertir en páginas anteriores. La *Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del mar* de 1982 diseña un sistema de arreglo de controversias, según el cual los Estados pueden elegir entre el recurso a la CIJ, al arbitraje o a un nuevo tribunal internacional llamado Tribunal de Derecho del Mar. Por otro lado, los horrores de la guerra en la antigua Yugoslavia y en Ruanda han obligado a la comunidad internacional a reaccionar frente a ellos para darles una respuesta en términos de justicia y hacer efectiva la responsabilidad penal del individuo; es así como el Consejo de Seguridad creó dos Tribunales Penales para conocer de los crímenes cometidos en ambos territorios. Mención destacada merece la Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto, adoptado en Roma el 18 julio 1998, de forma casi inesperada y pese a los esfuerzos “minadores” e incluso “asoladores” de algún que otro Estado (ii), entró en vigor el 1 julio 2002.

Al mismo tiempo, han surgido un número considerable de instituciones cuasi-judiciales entre las que resulta destacable el sistema de arreglo del GATT/OMC, y el similar de la NAFTA. Otros tribunales han tenido, sin embargo, unas responsabilidades

⁵² Cf. RUDOLF, B., “Unity and Diversity of International Law in the settlement of International Disputes”, en ZIMMERMANN, A., and HOFMANN, R., *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, 2006, p.389.

⁵³ Esta última entró en vigor el 25 de enero de 2004; el 22 de enero de 2006 se eligieron los 11 jueces que la componen, quienes ese mismo año celebraron sus tres primeras reuniones. Podríamos, incluso, calificar a estos Tribunales como mixtos, pues no sólo son regionales, sino también especializados, pues su ámbito *rationae materiae* no es general, como el de la CIJ, sino que está referido a concretos ámbitos especializados del Derecho internacional.

más limitadas, como el Tribunal de Nuremberg y Tokio, la Comisión Irán-EE.UU., la Corte de Conciliación y Arbitraje del CSCE o el sistema del OMPI. Existen, asimismo, otras formas menores judicialmente estructuradas que incluyen, entre otros, la Comisión de Compensación de Naciones Unidas, el Comité de derechos humanos creado por el Pacto de derechos civiles y políticos de 1966, o la Comisión Interamericana de derechos humanos.

Al respecto se plantea la cuestión de si esta tendencia a la *judicialización* podría perjudicar la coherencia del Derecho internacional, pues la multiplicación de jurisdicciones especializadas puede desembocar en una cacofonía de visiones que podría dañar el prestigio de la CIJ y socavar los esfuerzos por promover la efectividad del Derecho internacional. El Derecho internacional debe tener en cuenta, lógicamente, los problemas que surgen en regiones específicas o en específicos ámbitos, pero no debe hacerse pedazos de una forma tal que ponga en peligro su unidad. Esos tribunales especializados presentan el riesgo de generar sus propias fuerzas centrífugas que les encaminen hacia direcciones que vayan más allá del corazón del Derecho internacional. Como resultado podrían desarrollar grandes variaciones en sus aplicaciones del Derecho internacional general y dañar la coherencia del sistema jurídico internacional.

En esta línea, ampliamente conocido es el caso *Tâdic*⁵⁴, en el cual el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia consideró poco convincente el parámetro desarrollado por la CIJ en el asunto de *las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, respecto a la atribución de responsabilidad a los Estados por actos violentos de grupos privados, y decidió no aplicarlo⁵⁵. Sin embargo, se trata de un supuesto aislado, que ha sido claramente ubicado por la CIJ en su reciente sentencia de 25 de febrero de 2007, en el sentido de que el objeto de ambos asuntos era diametralmente opuesto, pues mientras el caso *Tâdic* se centra en la responsabilidad del individuo, la sentencia de 1986 versa sobre la responsabilidad del Estado⁵⁶. Además, no parece ser ésta la tendencia de otros órganos jurisdiccionales que hasta ahora mantienen una clara unidad de acción en la interpretación y aplicación de las normas de generales de Derecho internacional. Prueba de ello es la afirmación que hiciera el TEDH en 2001, en el asunto *Bankovic c. Bélgica y otros*, al

⁵⁴ Cf. <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/index.htm>.

⁵⁵ Una exposición de la diversa jurisprudencia internacional en la que puede verse algún atisbo de fragmentación, si bien, en ningún caso concluyente, puede verse en ROSENNE, Sh., *The Perplexities of Modern International...* op.cit., pp.101-106.

⁵⁶ Vid. <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf>.

sostener que “el Tribunal recuerda que los principios subyacentes al Convenio no se pueden interpretar y aplicar en un vacío... En la medida de lo posible, el Convenio se debe interpretar en armonía con otros principios de derecho internacional del que forma parte”⁵⁷. En sentido análogo ya se había pronunciado el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio en 2000, en el asunto *Korea-Measure affecting Government Procurement*, al manifestar que “las normas consuetudinarias del derecho internacional son aplicables a los Tratados de la OMC y al proceso de elaboración de tratados en el marco de la OMC”⁵⁸.

La ausencia de ruptura resulta especialmente evidente en el caso de la CIJ y los tribunales arbitrales, respecto de las controversias territoriales y los conflictos de delimitación marítima; existe una línea de actuación uniforme entre ambos órganos jurisdiccionales, con un mismo sentir en la aplicación de las normas internacionales que regulan sendos ámbitos materiales.

Entendemos, pues, que todos estos *forums* a los que nos hemos referido pueden no tener necesariamente un efecto deteriorante en el sistema jurídico internacional. Más bien, pueden ayudar a expandir la aplicación del Derecho internacional a controversias que los Estados no desean presentar ante la CIJ o ante una instancia arbitral, y a proporcionar oportunidades adicionales para el desarrollo del Derecho sin socavar su legitimación. Sería irreal esperar que las necesidades de la sociedad internacional sean satisfechas por una única instancia judicial internacional. De esta forma, la multiplicación de órganos jurisdiccionales internacionales refleja el hecho de que los Estados han reconocido que, para incrementar la efectividad del Derecho internacional, necesitan establecer instituciones judiciales apropiadas.

Resulta así que, en general, estas jurisdicciones alternativas completan el trabajo de la CIJ y refuerzan el ordenamiento internacional, a pesar del riesgo de algunas pérdidas de uniformidad. Las variaciones entre tribunales son inherentes al sistema jurídico internacional, que está preparado para permitir un cierto grado de flexibilidad a este respecto. Ciertamente, el objetivo primario del sistema jurídico internacional es ayudar a la Comunidad internacional a evitar controversias y, una vez surgen, a contribuir a su solución. La disponibilidad de múltiples *forums* sirve a ambas funciones. Lo que resulta

⁵⁷ Vid. *ECHR* 2001-XII, p.351, pa.57.

⁵⁸ Vid. WT/DS 163/R, pa.7.96.

bueno para el desarrollo del Derecho internacional y la preservación de la paz, fin último de este ordenamiento.

No podemos, por tanto, sino concluir con las palabras de H.E.Th., Buergentahl, afirmando que “I don’t believe that we have too many international courts, nor do I believe that they pose a serious threat to the unity of international law or to the international legal system”⁵⁹.

Como reflexión final, respecto de estas amenazas de fragmentación que hemos visto acechan a la unidad del Derecho internacional, quisiéramos manifestar nuestra creencia acerca de que estamos caminando hacia un proceso de reconciliación, de mantenimiento de la diversidad dentro de la unidad. Además, como apunta S. Belaïd, “cette double universalisation du système normatif et du système juridictionnel de règlement des litiges contribue directement à l’institutionnalisation de la société internationale”⁶⁰, lo que es un síntoma sumamente positivo de la buena salud del ordenamiento jurídico internacional.

2.4. ¿Hacia un nuevo sistema de ‘seguridad colectiva-inseguridad unilateral’ o el canto del cisne del Consejo de Seguridad?

La acción armada de la coalición EE.UU./Reino Unido en Irak en la primavera de 2003 ha sido objeto de innumerables juicios de valor jurídicos, éticos y políticos, y ciertamente no todos ellos serenos o desapasionados, pero sin duda todos coincidentes en que ha supuesto un duro golpe a la imagen del Derecho internacional e, incluso, el descreimiento en sus principios y normas por parte del hombre de la calle⁶¹. Se trata, sin duda, ya no sólo de una acción ilegal en el marco del Derecho internacional, sino que,

⁵⁹ Vid. BUERGENTHAL, H.E.Th., «International Law and the Proliferation of International Courts», *C.E.B.D.I.*, vol. V, 2001, p.43.

⁶⁰ Vid. BELAÏD, S., «Société internationale, droit international... *op.cit.*», p.202.

⁶¹ Cf. PASTOR RIDRUEJO, J.A., «¿Un nuevo gendarme de la paz y seguridad internacionales? A propósito de la guerra de Irak de la primavera de 2003», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, p.463 y 477.

además, es injusta, pues de trata de una acción desproporcionada cuyo nombre *shock and awe* (*impacto y pavor*) señala su perfidia⁶².

El uso de la fuerza armada contra un Estado sin una justificación evidente es, ciertamente, una dramática violación de reglas fundamentales de derecho internacional como las recogidas en la Carta de las Naciones Unidas. Pero, incluso una dramática violación no constituye razón suficiente para cuestionar el ordenamiento jurídico internacional en su conjunto, pues el derecho internacional no son sólo las normas relativas a la prohibición del uso de la fuerza⁶³; sobre este punto, resulta además destacable cómo EE.UU. reclama cotidianamente el escrupuloso cumplimiento otras muchas normas internaciones -como son las relativas a la inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas y la inmunidad de su personal-, y como cuida con mimo a ciertas instituciones internacionales –como la OTAN, la OMC, el Banco Mundial o el FMI-. Aunque, de lo que no hay duda es que esta intervención armada –en clara línea de continuidad con la anterior de Afganistán en 2001-, constituye una ostentación evidente del más puro y hegemónico unilateralismo que ha reabierto con más fuerza que nunca el debate sobre la prohibición del uso de la fuerza armada, y en particular, sobre sus límites y excepciones. La legítima defensa que ha visto desdibujados sus elementos –sobre todo con doctrinas como la de la guerra preventiva⁶⁴, a la que ya nos hemos referido-, primero, y el sistema de seguridad colectiva, después, han sido realmente el blanco directo de tales intervenciones armadas, más que el terrorismo internacional o las armas de destrucción masiva.

Sin embargo, creemos necesario destacar un dato indicativo de la creencia de ‘todos’ los Estados en el Derecho internacional: desde la Carta de las Naciones Unidas ningún Estado ha empleado la fuerza contra otro sin alegar una justificación jurídica. Ningún Estado ha admitido jamás que ha violado una norma de Derecho internacional que le era oponible. Más aún, incluso en los casos en que la opinión pública identifica

⁶² Cf. FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. de, “*Ratio Belli versus Ratio Iuris* (sobre la guerra de Irak)”, en *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, Sevilla, 2005, p.421.

⁶³ Cf. FROWEIN, J.A., «Is Public International Law Dead?», *German Yearbook of International Law*, vol.46, 2003, p.9.

⁶⁴ El propio Secretario General de Naciones Unidas se ha manifestado expresamente en contra de la guerra preventiva, descartando claramente la posibilidad de un uso unilateral de la fuerza armada (legítima defensa) en caso de amenazas que no son inminentes sino latentes, en su Informe *Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, estableciendo la legitimidad única del Consejo de Seguridad al respecto; aunque deja peligrosamente abierta la puerta a la ‘posible legitimidad’ de una legítima defensa preventiva (cf. UN Doc. A/59/2005).

como violaciones escandalosas del orden internacional, se advierte el deliberado esfuerzo de los Estados, en concreto de EE.UU., por justificar esa conducta en términos jurídicos. Los últimos acontecimientos son reveladores en este sentido: Kosovo se justificó como una intervención humanitaria, Afganistán como legítima defensa, e Irak como el cumplimiento de una resolución del Consejo de Seguridad –o bien las resoluciones 678 y 687 (1990), o bien la resolución 1441 (2002)-, y tras la intervención, volviendo nuevamente los ojos a las Naciones Unidas buscando un manto de cobertura multilateral - resoluciones 1481 y 1511 (2003) del Consejo de Seguridad-, para que “les saque las castañas del fuego”⁶⁵. No hay duda, que EE.UU. ha tenido “su particular caída del caballo” - parafraseando a L.I. Sánchez Rodríguez⁶⁶-, y tras varios meses de difícil ocupación, tuvo que “abrazar de nuevo la verdadera fe” en la institucionalidad, reclamando la presencia de las Naciones Unidas en la recuperación democrática, económica y social de Irak; una recuperación más compleja y costosa de lo que se preveía.

Por otra parte, las reacciones ante todos esos ‘acontecimientos’ -fruto del más exacerbado unilateralismo- y sus consecuencias han mostrado que la prohibición del uso unilateral de la fuerza es una norma profundamente arraigada en la conciencia de la opinión pública mundial y de ‘casi’ todos los Estados. Además, tras las apreciaciones erróneas y las consiguientes decepciones, se empieza a imponer nuevamente un entendimiento, según el cual las amenazas a la paz en virtud del terrorismo y las armas de destrucción masiva no podrán enfrentarse con medidas militares puntuales de carácter unilateral o cuasi-unilateral, sino básicamente por medio de una cooperación institucional estructurada.

No consideramos, por tanto, que el ordenamiento jurídico se haya visto modificado, aunque no hay duda que está fuertemente conmocionado. Además, resulta evidente que los Estados (y los EE.UU. en particular) saben que necesitan al Derecho internacional.

En este orden de ideas, como afirma P. Andrés Sáenz de Santa María, “la guerra de Irak colocó al Consejo de Seguridad en el centro de interés de muchos ciudadanos del mundo que confiaron en él para evitar una guerra a la que se oponían... Terminado el

⁶⁵ Cf. TORRES BERNÁRDEZ, S., “El envite del neoconservadurismo norteamericano al ordenamiento internacional”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, p.765.

⁶⁶ Vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “Poder imperial y Derecho internacional... *op.cit.*, p.1306.

conflicto e impuesta la razón de la fuerza, la mayoría se ha olvidado ya de este órgano⁶⁷. Pero no creemos que sea esa la actitud a adoptar, sino que, muy al contrario resulta oportuno hacer una valoración de conjunto del papel que ha tenido este órgano en el marco del *sistema de seguridad colectiva*, para determinar hacia donde camina el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; si de la mano de la seguridad colectiva o de la ‘inseguridad unilateral’ norteamericana –lo que supondría el ‘canto del cisne’ del Consejo de Seguridad-.

No hay duda de que el marco jurídico de la acción actual del Consejo de Seguridad no es el ideado en 1945. Es bien conocido que durante el largo período de la guerra fría (1954-1989), el derecho de veto o la exigencia de unanimidad entre los miembros permanentes del Consejo, y el hecho de que en la mayor parte de los conflictos armados generados en esa etapa se vieran afectados intereses de dichos Estados miembros, impidieron al Consejo de Seguridad cumplir con su función de ‘gendarme’ de la Sociedad internacional que le había atribuido la Carta⁶⁸. Desvanecida la bipolaridad en 1989, el Consejo, liberado de los molestos vetos del pasado, ha podido adoptar un número inusitado de decisiones en el marco del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, respecto de crisis, disturbios y enfrentamientos que han estallado en los diferentes rincones del mundo: Kuwait, Antigua R.F.S de Yugoslavia, Libia, Haití, Somalia, Liberia, Angola, Ruanda, Sudán y Siria. Estos diversos conflictos permitieron la reactivación del Consejo de Seguridad, que ha jugado en este contexto un papel central como garante del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales en la práctica de los últimos años, y por ende, del cumplimiento de las normas internacionales, que, en ningún caso, debemos olvidar, ni echar en saco roto. Aunque, en la otra cara de la moneda, los más recientes y rocambolescos de conflictos de Kosovo, Afganistán –tras el 11 de Septiembre en EE.UU.-, y de Irak parecen transmitir la sensación de que esta posición de gendarme del Consejo de Seguridad se encuentra en declive, planteando la necesidad de una revisión del funcionamiento del principal órgano encargado por velar de la paz y seguridad internacionales, para que no se halle irremediamente prisionero del unilateralismo hegemónico de EE.UU.

⁶⁷ Vid. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «El Consejo de Seguridad en la Guerra contra Irak: ONG privilegiada, convalidador complaciente u órgano primordial?», *R.E.D.I.*, vol.LV, 2003.1, p.205.

⁶⁸ Con anterioridad a 1990, fue la Asamblea General la que intervino en aras del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, en virtud de la Resolución 377 (V), *Unio pro Paz*, en los asuntos de Corea, Sudáfrica y Portugal. En este período la actuación del Consejo de Seguridad se limitó a dos asuntos de descolonización, Rhodesia y Sudáfrica, pero con una intervención muy reducida.

Toda esta amplia actividad del Consejo de Seguridad está fundamentada en el amplio *poder de calificación* que le confiere el artículo 39 de la Carta: "El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales". Es importante señalar que la "calificación" en el marco del artículo 39 resulta determinante, en la medida que constituye "la clé pour l'exercice d'un certain nombre de compétences ultérieures"⁶⁹. Se trata de una condición previa y necesaria al desencadenamiento de las medidas previstas en el capítulo VII. Respecto de este requisito y al preocuparse por inscribir sus acciones en nombre del Derecho, el Consejo de Seguridad ha fundamentado en la mayoría de sus resoluciones en la constatación previa de una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Resulta así inquietante el recurso masivo y casi cotidiano a dicha categoría jurídica, con exclusión de las otras dos recogidas en el artículo 39; circunstancia que genera la impresión de que la ruptura de la paz y el acto de agresión no pueden identificarse con otra situación que la del recurso ilícito a la fuerza armada en las relaciones internacionales. De esta forma, la amenaza a la paz y seguridad internacionales parece susceptible de abarcar el máximo de situaciones, tanto de conflictos internos como internacionales, de conflictos armados o no armados, de ataques terroristas como de protección y promoción al propio terrorismo internacional. En esta línea, tres son los calificativos que mejor definen la actividad calificadora del Consejo de Seguridad: errática, exorbitante y absentista⁷⁰.

Resulta, pues, que la categoría jurídica de amenaza a la paz y seguridad internacionales corresponde a una amenaza "proéiforme"⁷¹, con vocación a presentarse bajo múltiples formas, con significados opuestos y hasta contradictorios.

Ante la realidad de los hechos, cabría preguntarse al respecto, si el poder del Consejo de Seguridad para determinar la existencia de una situación encuadrable en el artículo 39 es *ilimitada*. Algunos autores, como M.Reisman⁷², así lo opinan; consideran

⁶⁹ Cf. BEN ACHOUR, R., "L'action des Nations Unies en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales", *Etudes internationales*, 1995.1, p.6.

⁷⁰ Cf. ORTEGA CARCELEN, M.C., *Hacia un Gobierno Mundial*, Salamanca, 1995.

⁷¹ Cfr. BEN MESSAOUD, L., "La catégorie...", *op.cit.*, p.180.

⁷² Según este autor: "the United Nations system was essentially designed to enable the Permanent Five, if all agree, to use Charter obligations and the symbolic authority of the organization as they think appropriate

que por la vía de esta extensión, las Naciones Unidas reafirman su papel principal en la salvaguardia de la paz mundial. Aunque actuaciones como la de Irak, semivalidando *a posteriori* un claro supuesto de agresión armada como el llevado a cabo por EE.UU. –con la Resolución 1483 (2003) que dio el visto bueno al nuevo estatuto de Irak surgido de la ocupación militar, y la Resolución 1511 (2003) que autoriza una fuerza multinacional bajo un mando unificado (el de EE.UU.)-, ponen en tela de juicio su papel de guardián al aparecer como “rehén de los Estados Unidos”⁷³. No hay duda que el artículo 39 deja un amplio margen de apreciación al Consejo, tanto respecto de la evaluación de los hechos como en el alcance jurídico de los mismos. Pero, ¿su poder es realmente ilimitado? ¿Es el Consejo de Seguridad el nuevo *Leviathan* del orden jurídico internacional? ¡Dios no lo quiera!

En consonancia con la calificación, se plantea la cuestión de las *medidas adoptadas* por el Consejo de Seguridad en el marco del capítulo VII a fin de ejercer su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. En esta línea, resulta destacable la profusión y variedad de medios de acción utilizados por el Consejo, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, lo que se ha traducido en un desmenuzamiento del contenido de los artículos 41 y 42 de la Carta. Respecto de los mismos, tras las negativas experiencias de los primeros casos de imposición de sanciones en la década de los noventa, el Consejo de Seguridad parece mostrarse sensible a las exigencias jurídicas y morales de controlar el efecto de las medidas para proteger a la población civil, al tiempo que procura mejorar la eficacia del sistema. Las *sanciones selectivas* aparecen así como un instrumento mucho más adecuado y su utilización es la característica principal de la práctica reciente.

Sin embargo, debemos reseñar la dudosa legalidad de algunas de las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad que ha hecho plantearse la discusión acerca de ciertas decisiones *constitucionalmente* cuestionables. Como en su momento se planteó respecto de la creación de tribunales penales *ad hoc* – antigua Yugoslavia y Ruanda-, y más recientemente con la adopción de la Resolución 1373 con la que el Consejo parece haberse arrogado un cierto ‘poder legislativo’, al imponer a los Estados la obligación de adoptar ciertas medidas (entre ellas, algunas de carácter económico y financiero) a efectos

to maintain or restore international peace, as they define it" (vid. REISMAN, M., "Peacemaking", *Yale Journal of International Law*, 1993, p.418).

⁷³ Cf. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Derecho internacional y crisis... op.cit.*, p.236.

de luchar contra el terrorismo internacional. Si bien, resulta relevante, como señala A. Bianchi⁷⁴, que los Estados no hayan manifestado oposición alguna a esta resolución, admitiendo tácitamente esta potestad cuasi-legislativa del Consejo.

Tales supuestos, ¿son jurídicamente nulos? No se ha desarrollado teoría alguna sobre la nulidad de los actos jurídicos de órganos de Organizaciones internacionales; y en el caso concreto, la Carta de las Naciones Unidas es ambigua al respecto, no contiene ninguna disposición concreta, siendo la CIJ la única institución llamada eventualmente a controlar la legalidad de los comportamientos del Consejo de Seguridad, a través de la vía de las opiniones consultivas. Recordemos que son el Consejo de Seguridad y la Asamblea General los únicos órganos que pueden solicitarla, ¿va a controlar el Consejo su propia actuación?⁷⁵

De esta forma, si el Consejo en los supuestos a que aludimos ha excedido su competencia por asumir poderes que las Naciones Unidas no poseen y ha actuado *ultra vires*, habría que aplicarle la teoría general del Derecho, según la cual tales actos deberían considerarse nulos e inválidos *ab initio*. En este orden de ideas, debemos tener presente que la discrecionalidad del Consejo de Seguridad al adoptar medidas en el marco de los artículos 41 y 42 de la Carta, está limitado por las normas de *ius cogens* y los principios y propósitos de la Carta, así como por la interacción entre estas normas⁷⁶; lo que significa que no puede adoptar medidas que contradigan las mismas.

Ahora bien, sobre este punto, debemos tomar en consideración la estructura del sistema internacional: los Estados son, no sólo los destinatarios de la norma, sino sus creadores. Traducido al presente contexto, esto significa que cada Estado miembro de las Naciones Unidas es juez de la legalidad o ilegalidad del acto en cuestión, y según el artículo 25 de la Carta sólo están obligados a aceptar las decisiones del Consejo de Seguridad adoptadas *de acuerdo con la Carta*. Por lo que son los propios Estados miembros los capacitados para invocar la nulidad, presentando la oportuna objeción. Si tal no se produce, deberemos considerar el valor de la inacción o el silencio de los

⁷⁴ Vid. BIANCHI, A., "Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion", *EJIL*, vol.17, 2006.5, p.917.

⁷⁵ El Consejo debe estar controlado, por lo que sería necesario modificar la Carta en este punto, aumentando las competencias de la CIJ para convertir a este órgano en un sistema judicial de control de los actos de la Organización. Asimismo, sería conveniente retocar el capítulo VII de la Carta que, como hemos comprobado, es de una generosidad extrema con el Consejo de Seguridad.

⁷⁶ Cf. WET, E. de, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, Oxford, 2004, p.370.

miembros de la organización, que podría derivar en *aquiescencia* respecto de la extensión de la competencia de los órganos y, eventualmente, de los poderes de la organización. Si el uso de esta competencia ampliada y/o de los poderes de la organización llega a ser *práctica establecida*, el tratado constitutivo está, de hecho, siendo formalmente enmendado. Por esta razón aparece el término 'práctica establecida' en la definición de 'reglas de la organización' dada por el artículo 2 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1986. La forma en que el Consejo de Seguridad maneja la abstención de los miembros permanentes, contrariamente al tenor del artículo 27.3 de la Carta, y la misma institución de 'operaciones de mantenimiento de la paz' constituyen dos buenos ejemplos de esta práctica establecida.

De todo lo anteriormente expuesto es fácil concluir, con A. Remiro Brotóns, que el Consejo no *siempre actúa cuando y como debe*, sino que, *actúa cuando y como no debe*, estirando abusivamente sus competencias con interpretaciones desmedidas de los tipos que desencadenan los poderes formidables del capítulo VII de la Carta, o ejerciéndolas con cierta superficialidad, si nos atenemos a los resultados. Más aún, parece sufrir un cierto *embobamiento* cuando los derechos de los Estados miembros malditos son conculcados por EE.UU., solo o con sus aliados⁷⁷; escenificando, entonces, un mero papel de convalidador complaciente.

Pero, pese a ello y hasta que llegue la ansiada reforma –que parece que nunca llega-, debemos seguir apostando y luchando por la legalidad internacional vigente. Repensar y renovar continuamente los medios de acción del Consejo de Seguridad para responder a las nuevas amenazas a la paz y seguridad internacionales es una necesidad absoluta. Pues, pese a ser precario e insatisfactorio, más vale este sistema de seguridad colectiva que aporta una cierta dosis de seguridad jurídica, que el imperio de la ley del más fuerte (EE.UU.), que es tanto como decir el imperio de la ley de la selva⁷⁸. Querer deslegitimar al Consejo tachándolo de ineficaz es como deslizarse por una pista de hielo “qui conduit à détricoter le filet de sûreté –toujours faible- que constituent les

⁷⁷ Vid. REMIRO BROTONS, A., “Desvertebración del Derecho internacional... *op.cit.*, pp.276-277.

⁷⁸ Cf. PASTOR RIDRUEJO, J.A., “¿Un nuevo gendarme de la paz... *op.cit.*, p.476.

organisations internationales”⁷⁹. Pues el verdadero poder reside, no en la acción unilateral, sino en la acción institucional multilateral.

Frente a tantos agoreros enterradores de todo el orden anterior a la intervención armada en Irak, al que consideran caduco y obsoleto, se impone justamente la consideración opuesta. La respuesta está en profundizar en las Naciones Unidas, en el Derecho internacional, adaptando ambos a las nuevas necesidades.

⁷⁹ Cf. SICILIANOS, L.A., “Après l’Irak: où va le Conseil de Sécurité?”, en *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, Sevilla, 2005, p.1330.