
MARIA LUISA ESPADA RAMOS,
(Profesora Titular de Derecho Internacional Público.
Universidad de Granada)

Pragmatismo y política en Derecho internacional

SUMARIO: Introducción.—Aspectos doctrinales.—La existencia del Derecho internacional, factor de juridicidad.—La función utópica y política del Derecho internacional.—Conclusión.

INTRODUCCION

El fundamento del Derecho internacional público ha sido una de las cuestiones centrales en la doctrina internacionalista a partir de la Edad Moderna y sobre todo a partir de la cientifización del conocimiento jurídico. El hecho histórico de querer comprender lo jurídico al margen de las concepciones idealistas o de clara vocación metafísica, va a replantear los presupuestos teóricos y prácticos a partir del siglo XIX.

Por fundamentación del Derecho internacional público hay que entender la búsqueda de una razón que justifique la existencia de las reglas jurídicas internacionales, las legitime y, por tanto, las imponga en las relaciones internacionales (1). Esta necesidad o exigencia surge cuando se produce la ruptura con los postulados del Derecho natural a los que se remitía la justificación de todo Derecho. Se plantea entonces el problema de tener que explicar de otro modo la razón de la obligatoriedad jurídica de las normas. Nace a partir de aquí todo un esfuerzo teórico que evita referir lo jurídico a principios inmanentes

(1) L. CAVARÉ, *Le Droit international public positif*, t. I, 1951, p. 126.

e inmutables, esforzándose por comprenderlo en base a datos empíricos como son la positivización de las normas, la existencia de unos procedimientos formales de formulación jurídica o la existencia de una voluntad o autoridad creadora.

De este modo el Derecho se constituye en expresión de la voluntad autoritaria del Estado, capaz de imponer la norma y su aplicación a través de un procedimiento formal de positivización. Este razonamiento, relativamente válido y adecuado a los ordenamientos internos (estatales) encuentra problemas al ser aplicado al orden internacional, en el cual la nota más relevante y significativa es la ausencia de autoridad. De esta manera la voluntad autoritaria y creadora se personaliza en el Estado en cuanto unidad histórica y política integrada, capaz de imponer su voluntad en la esfera interna y en la internacional.

Así pues, el fenómeno histórico de la «estabilización del Derecho» supuso una desnaturalización del fenómeno jurídico. El Derecho se entendía producido exclusivamente en el cuadro de las sociedades estatales, lo que es absurdo, porque el Estado no es la razón de existencia de los fenómenos jurídicos (2).

Respecto al Derecho internacional la consecuencia de esta desnaturalización fue igualmente importante. Esta explicación tiene una dinámica que obliga al pensamiento teórico a la búsqueda de respuestas coherentes para cuestiones tales como la vigencia del Derecho y la validez de la norma, cuestiones que desde una óptica estatal no pueden ser resueltas con autonomía y que cuestionan por tanto el mismo carácter jurídico y originario del Derecho internacional público.

Ciertamente, la cuestión de la existencia del Derecho internacional comienza a plantearse a raíz del positivismo jurídico y de la negativa predominante a admitir la existencia de cualquier tipo de Derecho, cuyo origen no fuera positivo (3).

En este sentido la profesora Pérez Vera matiza que la cuestión de la fundamentación del Derecho internacional público no es una cuestión del positivismo, puesto que quedaba excluido por sus mismos presu-

(2) P. ZICCARDI, *Les caractères de l'ordre juridique international*, «RCADI», vol. 95, 1958-III, p. 336.

(3) L. CAVARÉ, *Le Droit international...*, *op. cit.*, pp. 11 y ss., y J. L. IGLESIAS BUIGUES, *Sobre los orígenes del Derecho de Gentes moderno*, en «H. al Prof. Santa Cruz Tejeiro», Valencia, 1974, p. 397.

puestos. Fue más un problema de la doctrina posterior al positivismo, que tuvo que proceder a la construcción de tesis superadoras de las inadecuaciones positivistas en el plano internacional, si bien inmersas en la contradicción de éstas y profundamente influenciadas por este fenómeno. «Las diversas construcciones que el positivismo ensaya para resolver desde sus propias perspectivas el problema del carácter obligatorio del Derecho internacional se suceden, probando la insuficiencia de su planteamiento» (4). En efecto, el positivismo proclama «el monismo de la norma estatal». Su valor está en el dato positivo, sin entrar en consideraciones de justicia o de adecuación social. Pérez Vera, apoyándose en afirmaciones del profesor De Luna, califica las soluciones positivistas de conceptualismo dogmático y por ello para el internacionalista fue siempre difícil e incómodo el dogma positivista del monopolio jurídico estatal. «Tarea en verdad imposible la de pretender fundar el Derecho internacional sobre la voluntad del Estado... Intento en verdad difícil el hacer nacer una obligación jurídica por la exclusiva voluntad del obligado, en la que ésta no representa tan sólo un momento de concreción de la norma objetiva, sino creación de la misma» (5).

I. ASPECTOS DOCTRINALES

A partir del momento positivista se va a plantear un problema fundamental a la ciencia jurídica y doblemente importante para la ciencia del Derecho internacional. «La ciencia jurídica había de dar la justificación del carácter jurídico y obligatorio de las reglas creadas a través de fuentes formales y explicar por qué el producto de ciertos procedimientos debía constituir Derecho» (6). Para la ciencia internacionalista se cuestionaba la esencia del Derecho internacional. Ante la imposibilidad de legitimar las «fuentes» de creación del Derecho por referencia a una autoridad, la única explicación lógica era entenderlo como expresión de la voluntad del Estado. Surge así una teoría estatal del Derecho internacional que vincula su carácter jurídico y la obligatoriedad de sus normas al Estado. El Derecho internacional es la expresión externa de esta voluntad, siendo Hegel su máximo exponente.

(4) E. PÉREZ VERA, *Memoria pedagógica*, Granada, 1975, p. 315.

(5) A. DE LUNA, *Fundamentación del Derecho Internacional*, «Actas del primer congreso Hispano-Luso-Americano de D. I.», Madrid, 1951, vol. I, p. 428.

(6) R. AGO, *Science juridique et droit international*, «RCADI», vol. 90, 1956-II, p. 874.

«Según esta concepción, la soberanía absoluta del Estado implica la imposibilidad de someter la voluntad de éste a vínculo alguno superior. Los acuerdos concertados por los Estados reciben su fuerza obligatoria de su recepción en el Derecho interno, del que pasan a ser parte integrante» (7).

El planteamiento es totalmente insatisfactorio para la consideración del Derecho internacional como sistema jurídico originario, por lo que se intentan concepciones orientadas hacia la idea del consentimiento. Manteniendo la exigencia positivista de vinculación necesaria a una voluntad creadora, el fundamento del Derecho internacional se va a referir a la voluntad colectiva de los Estados. La norma internacional nacería de la suma de voluntades individuales y para algunos autores esto significaba «que una vez consagrada por los acuerdos, esta voluntad colectiva podría vivir una vida propia, independiente de las voluntades particulares que habían contribuido a constituir la» (Triepel y Anzilotti) (8).

Otras teorías, igualmente interesantes e importantes por los autores que las encabezaron, fueron la teoría de Jellinek de la autolimitación, la tesis de los Derechos fundamentales de los Estados o la expresión anglosajona del consentimiento, «consent of nations». En todas ellas se intenta una revisión de las posturas rigoristas del positivismo, buscando una justificación del Derecho internacional más matizada respecto a la dependencia de la voluntad del Estado. En todas ellas aparece el consentimiento como condición general y necesaria de la formación y creación del Derecho, pero no llegan a dar una respuesta satisfactoria, porque, como sigue afirmando Ago, el consentimiento puede admitirse como fuente del Derecho, si a la vez se admite la existencia de una regla jurídica superior que prevea la fuerza obligatoria de lo que se ha consentido; pero si se niega la existencia absoluta de tal regla o principio por encima del mero consentimiento se estará negando el fundamento jurídico. En todo caso estaríamos ante una fundamentación sociológica del Derecho, pero el carácter jurídico del Derecho internacional quedaría igualmente cuestionado o insuficientemente justificado.

(7) A. TRUYOL SERRA, *Fundamentos del Derecho internacional*, Madrid, 1970, páginas 55-56.

(8) R. AGO, *Science juridique...*, *op. cit.*, p. 881, citando las obras originales de ANZILOTTI y TRIEPEL, *Teoria Generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale*, Fierenze, 1902, y *Droit internationale et Droit interne*, Paris, 1920, respectivamente.

Otra corriente especialmente importante fue el normativismo jurídico, cuyos presupuestos han informado e informan aún ciertos planteamientos doctrinales del Derecho internacional público. La escuela de Viena y especialmente H. Kelsen enfocaron el problema de la fundamentación del Derecho internacional en función del propio sistema normativo. El fundamento y la validez de las normas concretas está en una norma superior, en un encadenamiento de remisión normativa que conduce a la última norma fundamental que es la hipótesis científica del *pacta sunt servanda* (9). La validez de la norma está en el sistema jurídico y lo fundamenta. De la norma fundamental proviene estructural o normológicamente la unidad del sistema.

Kelsen, en su obra *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, se cuestiona si el Derecho internacional es o puede ser considerado Derecho y opta por reconocerle carácter jurídico en base a «que aparece como un ordenamiento de la conducta recíproca de los Estados, que muestra los elementos esenciales de un orden jurídico». Cualquier interferencia por la fuerza de un sujeto en los intereses de otro, está prohibida y sólo es compatible con el ordenamiento jurídico en la medida que constituya una acción contra la violación en nombre de la comunidad. Por tanto, el Derecho internacional es tal, porque constituye un orden coercitivo, que establece el monopolio de la fuerza a favor de la comunidad (10). La acción individual de los sujetos jurídicos debe ser entendida como acciones descentralizadas, en las cuales el sujeto aparece como un órgano del orden jurídico. El Ordenamiento jurídico internacional aparece así como un orden coercitivo en una situación de descentralización, situación que es explicable en una evolución que va desde un Derecho pre-estatal a un Derecho super-estatal. El grado de centralización en el uso de la fuerza no resta carácter jurídico, únicamente puede significar diferentes estadios de desarrollo. «El próximo paso de desarrollo jurídico se caracteriza por la centralización de la aplicación del Derecho por medio del establecimiento de tribunales» (11). Esta posibilidad es contemplada por Kelsen sólo en el marco del Derecho internacional convencional particular, e incluso dice el autor: «la centralización del orden jurídico así creado por medio de un tratado internacional no puede rebasar cierto grado,

(9) H. KELSEN, *The Essence of International Law*, en «Relevance of international Law», H. a Leo ROSS, Massachusetts, 1968, p. 85.

(10) H. KELSEN, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, 1980, página 81.

(11) H. KELSEN, *Derecho y paz...*, *op. cit.*, p. 86.

porque en caso contrario el orden y el Derecho creado mediante ella asumiría el carácter del Derecho nacional o estatal» (12).

La evolución del pensamiento kelseniano es un hecho constatable en sus últimos escritos, una evolución que va desde el postulado de la norma hipotética como un fundamento objetivo para el Derecho internacional que eliminaba los datos empíricos, hasta una afirmación como la que vamos a transcribir que traduce todo un contenido político en la concepción del Derecho internacional. El Derecho —afirma— es, en esencia, un orden para promover la paz. Con este planteamiento se tratará de asumir una doble tarea metodológica: analizar la estructura y la naturaleza del sistema de normas llamado Derecho internacional; y en segundo lugar definir una realidad jurídica en orden a un ideal de paz: la reforma de las relaciones internacionales. La evolución de Kelsen a partir de estos escritos podría resumirse en la afirmación de una toma de conciencia de los contenidos axiológicos y materiales del Derecho. Como afirma Recaséns Siches en el prólogo a esta obra en la edición de Méjico de 1980, la evolución consiste en que Kelsen, «sin abandonar los supuestos doctrinales y los principios básicos de su teoría pura del Derecho, no se encierra en los límites rigurosos de ésta, sino que entrelaza los esclarecimientos suministrados por ella con consideraciones extraídas de la Historia y la Sociología, así como también finalidades políticas de inspiración humanista, de libertad y de democracia».

Así pues, el positivismo replanteó el problema del fundamento del Derecho internacional público, pero no supo darle respuesta adecuada. El problema quedó para la doctrina como prácticamente insuperable desde los postulados positivistas. El *pacta sunt servanda* fundamentaba el Derecho convencional y a su vez esta última norma encontraba su fundamento en la costumbre. Pero la costumbre, como afirma Truyol, es también fruto de una voluntad, cuya fuerza obligatoria necesita cabalmente ser fundamentada (13).

La evolución de pensamiento de algunos autores de la Escuela de Viena va a ser el punto de ruptura y el inicio de un retorno a los postulados iusnaturalistas. Autores de formación normativista como Verdross y Calvioli van a identificar la regla *pacta sunt servanda*, en tanto que norma fundamental del Derecho internacional, con principios

(12) Idem, p. 150.

(13) A. TRUYOL SERRA, *Fundamentos...*, op. cit., p. 61.

del Derecho natural o con una norma de naturaleza moral. En Verdross concretamente, la evolución se inicia a partir de la identificación de la norma fundamental como norma objetiva e inmanente y se consuma cuando va admitiendo progresivamente un conjunto de principios generales que responden a las necesidades de la naturaleza humana. Tales principios se exteriorizan como conciencia jurídica común de los pueblos. El fundamento de tales principios es de orden moral, del cual deriva su carácter jurídico y la obligatoriedad, por tanto, de las normas del Derecho internacional.

La dimensión ética del Derecho internacional público comienza a estar de nuevo presente en autores que viven una realidad histórica, que reclama la necesidad de una vuelta a principios éticos y de consideración de los valores humanos. Ante los hechos de degradación humana que supuso la II Guerra Mundial, ante la crueldad de regímenes regidos por ordenamientos jurídicos basados en un *politicismo jurídico*, es lógico que «el hombre busque refugio en el Derecho Natural, como conjunto de ideas y valores en los que puede confiar como barrera contra el abuso del derecho» (14).

A partir de aquí la consolidación del iusnaturalismo es un dato real. Toda una serie de autores conectan con la doctrina ya clásica del Derecho internacional. Cabe señalar todo un abanico de personalidades, como Kunz, Verdross, Le Fur, Brierly, Max Huber, Lauterpacht, Shindler, Ch. de Visscher, Scelle; en la doctrina española autores como Barcia Trelles, De Luna, Aguilar Navarro, Miaja de la Muela, Truyol Serra y Pastor Ridruejo, entre otros, constituyen una amplia representación de esta corriente doctrinal.

J. Kunz, quizás el autor que de manera más explícita expone una construcción iusnaturalista, señala cómo el Derecho Natural es obligada referencia del Derecho internacional sobre todo en tres cuestiones fundamentales: el fundamento del Derecho internacional sólo puede encontrar una explicación satisfactoria, si se orienta sobre el mundo de unos valores objetivos; en segundo lugar, la finalidad del Derecho internacional no puede ser sino ética, porque la idea de la paz, el bien colectivo, la igualdad de los hombres son postulados de contenido ético; en tercer lugar la idea de un desarrollo de la paz mundial se asienta en unos principios inderogables que constituyen los mínimos

(14) J. L. KUNZ, *Ideas iusnaturalistas en la moderna ciencia del Derecho internacional*, traduc. de J. A. Pastor Ridruejo, «Rev. Temis», núm. 11, pp. 11 y ss., 1962.

éticos de la comunidad internacional (15). En consecuencia, los Estados «se encuentran sometidos a la moral como los individuos, al mismo tiempo se encuentran sometidos al Derecho internacional positivo, pero éste no ha sido creado de la nada por la voluntad de los Estados. La voluntad de los Estados no puede ser nunca el fundamento de la vigencia del Derecho internacional, sino de la positivización de parte de su contenido». Esta cita de A. de Luna se completa con otros pasajes sobre el valor de los tratados y de la costumbre, en los que queda fijada de manera definitiva el pensamiento de este internacionalista. Así, «antes de que los Estados estipulen sus tratados, o unidos a una convicción jurídica creen normas consuetudinarias, los actos internacionales tienen un determinado valor en relación con el bien común de la comunidad internacional. De este modo y en última instancia, los Estados se hallan también obligados por un Derecho internacional natural, en cuanto que por encima de los Estados, e independientemente de su voluntad está la justicia universal, eterna e inmutable, y ésta representa un valor jurídico y no meramente ético» (16).

Otro autor más reciente, Aguilar Navarro, insiste en que no hay que confundir el Derecho natural con el Derecho histórico. No se trata de un sistema sustantivo y acabado, pero tampoco es meramente formal, sino que contiene aquellos principios que tienen su raíz en la naturaleza y en cuanto tales pueden servir de base a las reglas internacionales como reguladoras de relaciones entre los hombre y los Estados (17).

Desde una perspectiva actual estas ideas están próximas a las actuales teorías sobre las normas de *ius cogens*. Tales normas, pese a tener un contenido histórico y relativo, no dejan de remitir a postulados éticos que pudieran enlazar con los principios iusnaturalistas, si bien corregidos por el realismo de una época de coexistencia pacífica y de conflicto de ideologías (18).

(15) J. L. KUNZ, *Ideas iusnaturalistas...*, *op. cit.*, pp. 81 a 83.

(16) A. DE LUNA, *Fundamentación del Derecho internacional*, *op. cit.*, pp. 467-468.

(17) M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional público*, t. I, vol. I, Madrid, 1952, pp. 231 a 235.

(18) Como una breve referencia transcribimos algunas obras de autores de inspiración iusnaturalista. Así, L. GARCÍA ARIAS, *Las concepciones iusnaturalistas sobre la fundamentación del Derecho internacional*, «Rev. Temis», núm. 7, página 115; M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional público*, t. I, vol. I, pp. 151, 182 y 231, del mismo autor, *De la impugnación a la reconstrucción del Orden internacional*, en «Anales de la Universidad de Sevilla, 1956»; A. MIAJA DE LA MUELA, *Introducción al Derecho internacional público*, Madrid, 1974, 6.ª ed.; A. TRUYOL SERRA, *Fundamentos del Derecho internacional público*, Madrid, 1970; J. L. BRIERLY,

La concreción histórica de estas normas de *ius cogens*, vendrá determinada por la comunidad internacional en su conjunto y en concreto dicha vinculación se referirá al Tribunal internacional de Justicia, que habrá de precisar el asentimiento de la comunidad internacional. Sin embargo, es preciso señalar, aunque sea brevemente, cómo no cabe deducir de aquí que la jurisprudencia internacional se haya manifestado por una fundamentación ética de dichos principios. Por el contrario, casi de manera permanente los Tribunales internacionales han expresado una concepción voluntarista respecto al Derecho internacional, reforzando continuamente el papel del consentimiento del Estado en la formación y aplicación de las normas internacionales. No obstante, para el profesor Pastor Ridruejo, la jurisprudencia internacional evidencia una clara postura a favor de una fundamentación iusnaturalista del Derecho internacional, en base a los principios generales del Derecho. En este sentido afirma: «Autorizadas o no las jurisdicciones internacionales por sus instrumentos constitutivos, han aplicado a los litigios los principios generales del Derecho formulados previamente en los sistemas internos. O lo que es lo mismo, una categoría normativa en la que, según la concepción tópica del Derecho, se concretan los principios del Derecho natural. Esta es, a mi juicio, la respuesta que ha dado la jurisprudencia al problema de la fundamentación del Derecho de gentes. Respuesta tangencial, difusa si se quiere en su aspecto positivo, aunque clara y nítida en sus incidencias negativas: la jurisprudencia internacional no comparte los postulados del voluntarismo» (19).

Casi paralelamente a las corrientes iusnaturalistas, se producen reacciones de distinto signo que ofrecen una panorámica bastante amplia del pensamiento internacionalista. Así aparece una corriente autodenominada «realista», representada por autores actuales italianos, que a través de un planteamiento riguroso van a intentar cimentar el Derecho internacional al margen de los presupuestos del positivismo y del voluntarismo estatal. Autores como Sereni, Quadri, Giuliano y R. Ago, con diferencias cualitativas, pero en base a la sociedad internacional, van a explicar el sentido y la justificación del Derecho inter-

Le fondement du caractère obligatoire du Droit international, «RCADI», vol. 123, 1928-III, p. 549; A. VERDROSS, *Derecho internacional público*, 6.^a ed., 3.^a reimpression, Madrid, 1982; LAUTERPACHT, *The function of the Law in international Community*, Oxford, 1963.

(19) J. A. PASTOR RIDRUEJO, *La fundamentación del Derecho y la jurisprudencia internacional*, en «Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de D. I.», vol. 4, 1973, p. 106.

nacional. Junto a ellos, Monaco y Santi Romano, denominados «institucionalistas», van a partir del axioma de que una sociedad que se organiza resulta intrínsecamente jurídica, su organización constituye «Derecho» y todas las reglas creadas en orden a esa organización constituyen reglas jurídicas. La base de su reflexión es que el Derecho ha de ser comprendido y fundamentado en base a la realidad social que lo sustenta, de aquí la denominación de «realistas».

En la sociedad internacional se producen juicios de valor jurídicos apoyados en la experiencia de las relaciones sociales y, por tanto, es en la sociedad donde reside la autoridad por ser la expresión organizada del cuerpo social. Esta autoridad sería una cualidad inmanente al grado de organización. El grupo social que tiende a organizarse expresa autoridad en esa misma tendencia, en las instituciones que crea y en las normas que articula. En cierta medida las tesis de estos autores reactualizan las teorías del *common consent*, ya que depositan la autoridad en una voluntad colectiva nacida de un grupo social. La idea de una entidad social internacional que expresa naturalmente autoridad es atrayente, pero no se corresponde con la realidad internacional, ya que el grado de organización alcanzado en este estadio de desarrollo de la sociedad internacional no puede ser interpretado como un rasgo de integración que expresa una voluntad y una voluntad jurídica. Por el contrario, las notas de descentralización, individualismo y discrecionalidad son consustanciales a la configuración de la sociedad internacional actual. La expresión de la voluntad de esta sociedad es también descentralizada y diversa en sus formas y grados.

De todas estas posturas someramente apuntadas quizás la más rigurosa sea la representada por R. Ago. En su obra *Science juridique et Droit international*, no se limita a buscar el fundamento del Derecho internacional en base a unos principios de moral objetivos, o en una norma básica, pero diferentemente establecida, o en «fuentes prejurídicas», ni tan siquiera en un principio de orden sociológico, o en el cuerpo social y en su autoridad. Para este autor el problema de la fundamentación es un problema que cuestiona toda la tarea de la ciencia jurídica y los mismos conceptos jurídicos y que por lo tanto es un problema de fondo que exige un replanteamiento global.

Según él es un problema de la ciencia jurídica, porque exige un reexamen de la tarea de la ciencia jurídica en cuanto tal y de su misma función en orden al análisis de los problemas jurídicos del Derecho

internacional. En este sentido para R. Ago no caben las polarizaciones en torno a diferentes enfoques de lo jurídico, porque si ha de estudiarse —dice— un fenómeno que es social a la vez que normativo, no puede existir una ciencia jurídica en cuanto tal, ocupada de un sociologismo jurídico o de un normativismo abstracto. Su tarea ha de ser más compleja (20).

Según este autor, la tarea de la ciencia jurídica no es la de fundamentar un sistema o una norma jurídica, ya que esa tarea es meta-jurídica, sino que consiste en «verificar y demostrar que una norma de un contenido dado existe y funciona en el seno de cierto sistema jurídico objetivamente viviente» (21).

El problema no es buscar una autoridad de un tipo u otro que justifique la existencia de una norma, o de sustituir una autoridad por otra que permita una representación más social de una regla, sino por el contrario, estudiar la realidad del Derecho en su misma existencia, analizando sus contenidos. En este sentido se puede afirmar que las tesis de Roberto Ago son antecedentes de los planteamientos que posteriormente la doctrina de manera decidida va a hacer respecto al problema de la fundamentación del Derecho internacional y quizás por ello aparece como extremadamente útil e interesante incluso en la década de los años 80.

La realidad jurídica nace de unos juicios de valor sociales que, según el modo de condicionar e incidir en la realidad social, serán calificados por la ciencia jurídica como jurídicos. Pero éste no es el aspecto esencial, sino que es la misma existencia operativa de esos juicios, existencia empírica, contrastada, la que aportará las notas y caracteres de jurídicos. No se trata de buscar los fundamentos que están fuera de esa realidad social y jurídica. El Derecho es, pues, tal en virtud de su existencia, sus contenidos y su funcionalidad.

Partiendo de estos postulados evidentemente anticipadores o quizás ya informadores de todo un pensamiento posterior, Ago se plantea el problema de la distinta naturaleza de las normas jurídicas internacionales y en este sentido afirma que, hay normas que nacen, por así decirlo, naturalmente, sin que tercie ningún procedimiento especial de creación; son, por tanto, juicios y normas espontáneas. Existe una

(20) R. Ago, *Science juridique...*, *op. cit.*, pp. 918-919.

(21) R. Ago, *idem*, p. 920.

segunda categoría que nace por la acción de hechos normativos determinados. El nacimiento de la primera categoría no es sino un hecho social, que posteriormente se conceptualiza como jurídico por el pensamiento humano. Sólo la norma creada por un hecho jurídico normativo son de carácter positivo en el sentido tradicional del término. Ambas normas son diferentes sólo en cuanto al procedimiento de exteriorización. La mayor importancia de uno u otro tipo de estas normas en el orden internacional radica en la madurez de la existencia histórica de esa comunidad social y de las particularidades específicas que sus relaciones manifiestan. De aquí la peculiaridad e importancia de la norma espontánea en Derecho internacional e incluso la explicación del fenómeno de interacción actual entre costumbre y tratado y viceversa.

Desde esta perspectiva, la cuestión del fundamento aparece como un problema más teórico que real, más abstracto que concreto. En este sentido es definitiva la frase de Ago: «Cuando en el seno de la Comunidad internacional, como en cualquier otra comunidad humana, se manifiesta la presencia de reglas que poseen todos los aspectos típicos que permiten calificarlas de jurídicas por la ciencia del Derecho, y actúan como es típico de una regla jurídica, constituyen un dato de experiencia evidente. Que tales reglas formen, en su conjunto, un sistema orgánico y unitario es un hecho innegable. Después de lo cual, querer cuestionar la *juridicidad* del Derecho internacional sería simplemente anti-científico». La juridicidad de una norma no es una cuestión de *posición* científica, sino una cuestión que radica en la misma existencia de la norma, en el dato empírico de su vigencia.

De esta manera estos planteamientos conectan con las tesis de la teoría del Derecho actual. Autores como N. Bobbio, Hart o John Rawls, con matices, defienden que la juridicidad de la norma no es sólo una cuestión de posición científica, sino que radica en su misma existencia, en el dato empírico de su vigencia. En concreto, para H.L.A. Hart, la validez jurídica se basa en la regla del reconocimiento: «positivist master test». Esto es, en un enunciado externo de que cierto modo de conducta es generalmente aceptado en la práctica. La regla del reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero concordante de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios (22).

(22) R. Ago, *idem*, p. 951. H. L. R. HART, *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, pp. 256 y 137. Véase también J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, Fondo de cultura económica, Madrid, 1979, 1.ª ed. en castellano.

II. LA EXISTENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL, FACTOR DE JURIDICIDAD

Coincidiendo en líneas generales con esta conclusión, una gran parte de la doctrina actual del Derecho internacional público ha desplazado el centro de su preocupación teórica sobre el problema de la fundamentación. «El problema de la búsqueda del fundamento del Derecho es por esencia un problema extra-jurídico, pues se sitúa fuera del Derecho y por tanto escapa según ello a la investigación del jurista. El fundamento del carácter del Derecho no podrá ser demostrado más que por consideraciones morales o sociológicas, en todo caso ajenas al derecho positivo» (23). Para otros autores no sólo se trata de una cuestión meta-jurídica o anticientífica, como queda reflejado en las citas transcritas, sino que constituye una cuestión artificial, puesto que el Derecho internacional es una realidad objetiva, cuya existencia se constata en la historia y por tanto no precisa demostración de su existencia ni de su fundamento. Como afirma N. Bobbio, el ordenamiento no es un cuerpo en reposo, sino un proceso: se mueve y se desarrolla en el tiempo (24).

Dentro de la perspectiva científica, que atiende más a los aspectos existenciales del Derecho Internacional que a su explicación o justificación teórica, algunos autores actuales han explicado la obligatoriedad del Derecho internacional con planteamientos dialécticos. Parten de un análisis realista de los fenómenos sociales de corte marxista, deduciendo de las contradicciones dialécticas de la Sociedad internacional y de los intereses que la conforman la existencia del Derecho internacional y la misma obligatoriedad de sus normas jurídicas.

Son representativos de esta tendencia Ch. Chaumont, J. Salmon, Colin, Thierry y Goudinec, entre otros. Bajo los auspicios de la Facultad de Derecho de Reims, están procediendo en los últimos años a un estudio de los problemas centrales del Derecho internacional actual desde una metodología dialéctica, que pudiera dar una más adecuada respuesta a los problemas jurídicos de nuestra disciplina. En 1975, fue objeto de estudio la cuestión de la «fuerza obligatoria y los sujetos de Derecho». El profesor Ch. Chaumont como ponente abordó la cuestión de

(23) CH. Rousseau, *Droit International public*, t. I, París, 1970, p. 37.

(24) D. Ruzié, *Droit international public*, Dalloz, París, 3.ª ed., 1978, p. 8. En este mismo sentido, N. BOBBIO, *Sobre el principio de legitimidad*, en su obra *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, 1980, pp. 315-16.

la «Búsqueda del fundamento del carácter obligatorio del Derecho internacional». A este respecto parte en su análisis de la pregunta sobre cómo nace y se presenta la obligación jurídica internacional y pone de relieve cómo las relaciones internacionales constituyen una situación real. Tal situación está a su vez compelida por necesidad objetivas que, combinadas con una apreciación psicológica de los gobernantes internacionales, produce una norma que se concretiza en un acuerdo internacional cualesquiera que sea su forma (convencional, consuetudinaria o de *ius cogens*). Entiende por gobernantes internacionales los mismos Estados que actúan a nivel interno. En este sentido afirma: «L'appareil d'Etat qui fonctionne en Droit interne *fait* aussi le Droit international. C'est l'appareil d'Etat du Droit interne qui fait le Droit international» (25).

Esta necesidad social que impulsa al acuerdo, por tanto, a la norma tiene una naturaleza objetivamente conflictiva, ya que —según él— no existiría ningún problema de obligación jurídica, si la realidad social ni fuese esencialmente equívoca y ambigua. No existe armonía en las relaciones internacionales, sino contradicción y las normas son la expresión de un acuerdo de superación de tales contradicciones.

La norma, una vez que cristaliza ese acuerdo, se transforma en una realidad que puede chocar y conflictivizarse a su vez con la evolución de la realidad social y precisar por tanto una nueva superación. Esto es lo que produce los procesos de cambio y revisión normativa en Derecho internacional, la aparición de nuevos acuerdos, nuevas normas, nuevas obligaciones jurídicas. La obligación jurídica está en la misma existencia del Derecho internacional en cuanto superación de contradicciones sociales voluntariamente acordadas.

El sentimiento de obligación se presenta, pues, como el reflejo en la conciencia individual y colectiva de un «decalage» entre dos contradicciones que es preciso superar. Al precisar los modos de superación surge la idea de obligación jurídica: el acuerdo.

Pero en Derecho internacional, continuará este autor, el acuerdo es jurídico no por su positivización formal sino por la identificación social de su eficacia para superar las contradicciones de la realidad material e inter-subjetiva en orden a la coexistencia pacífica.

(25) CH. CHAUHONT, *A la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international*, Deuxième rencontre de Reims 23-24 juin, 1974, Fac. de Droit de Reims, 1975, p. 3.

En resumen, son las preocupaciones comunes las que producen datos objetivos que permiten referirse a una comunidad internacional, pero ello no equivale a que existan en esa comunidad factores jurídicos de creación de reglas de Derecho. La norma jurídica nace de acuerdo por superar una contradicción conflictual en base a intereses comunes. «La obligatoriedad jurídica en tanto que elemento objetivo proviene, pues, de la existencia de dos tipos de contradicciones» (26).

J. Salmon, en línea con estos métodos de análisis, entiende que el Derecho internacional tiene una referencia y una justificación directa en la realidad de las exigencias sociales, en la medida en que los conflictos que éstas generan fuerzan a la cooperación. De esta forma el Derecho internacional es expresión de la conflictividad internacional y por tanto los contenidos y las formas de regulación jurídica internacional no son neutros o asépticos, sino que se perfilan conforme a los intereses prevalentes del poder dentro del sistema internacional. «Le Droit est portant toujours le résultat de rapports de force si l'on veut bien donner à ces termes un sens très large incluant non seulement les données économiques, politiques et militaires, mais aussi le poids des superstructures, le rôle de la morale, des valeurs, de traditions et de l'idéologie» (27).

Estos nuevos enfoques parten de la existencia objetiva del Derecho internacional e implican una opción sobre la conceptualización del Derecho internacional, que quedará fijada más sobre los contenidos y funciones que sobre los problemas teóricos. Por tanto, comportan también una serie de consecuencias prácticas en orden a los diferentes problemas que un ordenamiento jurídico plantea (28).

La doctrina comienza, pues, a no plantearse la «esencia» del Derecho internacional, sino su existencia. Este planteamiento no supone una contemplación estática de los rasgos y características del sistema jurídico internacional, sino por el contrario una postura de auténtica discusión de sus rasgos en cuanto ordenamiento jurídico y de su perfección técnico-jurídica.

(26) CH. CHAUMONT, *idem*, p. 7.

(27) J. J. B. SALMÓN, *Les contradictions entre fait et droit en Droit international*, en «H. al Prof. de la Muela», t. I, Madrid, 1979, p. 338.

(28) En este sentido, véase M. LACHS, *Some reflections on substance and form in international law*, en «Essays in honour the Ph. Jessup», London, 1972, páginas 99 y ss. También J. N. HAZARD, *A pragmatic view of the New International Law*, en «Procc. Amer. Soc. of I. L.», 1963, pp. 79 y ss.

La práctica internacional, especialmente la de los nuevos Estados, recorre un camino paralelo. Se alinea en una revisión de los principios formales y dogmáticos del viejo Derecho internacional y frente a los mecanismos de elaboración de las normas internacionales que ignoran sus exigencias de participación. En este sentido es sumamente gráfica la idea de Mc Whinney, cuando afirma que, «para estos países la cuestión auténticamente crucial hoy es probablemente la de saber si una regla de Derecho internacional es una buena o mala regla, y sólo pueden asegurarse de ello en la medida en que dicha regla satisfaga al máximo los diversos intereses antagónicos que se enfrentan en la comunidad mundial» (29).

El alcance de estos nuevos planteamientos afecta a distintos problemas de la existencia del Derecho internacional público. Su preocupación teórica se podría reducir a una cuestión práctica: no se trata de justificar el Derecho internacional, sino de mejorarlo en sus diversas dimensiones. Tunkin, al plantearse el carácter y la esencia del Derecho internacional contemporáneo, señala que, «la manera de concebir la esencia del Derecho, partiendo de su rôle en las relaciones internacionales y las leyes de su evolución, tiene una importancia primordial para la solución de los problemas teóricos concretos del Derecho internacional contemporáneo. El Derecho internacional es un fenómeno social. Su esencia depende, por tanto, de su carácter social, del lugar que ocupe y del rôle que juegue en el sistema de relaciones sociales, y de las leyes de evolución social» (30). En este sentido Schwarzenberger ha señalado también que hay dos problemas. Uno es la mejora técnica del Derecho internacional como sistema legal para hacerlo adecuado a las necesidades de la sociedad mundial actual. El otro es el problema del orden internacional, en el que el Derecho internacional tiene que asentarse plenamente (31). Se plantea así una cuestión fundamental: saber cuál es el sentido y significado del Derecho internacional contemporáneo. ¿Se trata de un puro reflejo estático de las relaciones jurídicas o constituye un esfuerzo continuado y creador para adaptar las reglas positivas tradicionales a las transformaciones del medio social? Se trata, pues, de una cuestión de identidad del propio ordena-

(29) E. Mc WHINNEY, *Le «nouveau» droit international et la «nouveau» Communauté mondiale*, «Rev. de Droit Int. Pub.», 1968, p. 325. También en este sentido COPLIN, *The Function of International Law in the contemporary World*, Chicago, 1966, y P. VELLAS, *Droit international public*, 2.ª ed., París, 1970.

(30) G. TUNKIN, *Droit international public*, París, 1965, p. 140.

(31) G. SCHWARZENBERGER, *A Manual of international Law*, 4.ª ed., 1974, pp. 374-375.

miento jurídico internacional y de la propia ciencia jurídica. En este sentido Mc Whinney aboga decididamente por una evolución de las instituciones jurídicas internacionales, por una toma de postura de la ciencia jurídica que supere la mera conformación social del *statu quo* que nació de 1945, del cual han sido expresión fiel las reglas jurídicas internacionales y parte de los esfuerzos doctrinales que pretendían explicarlas, y proceda a una adaptación del Derecho de gentes y de la sociedad internacional (32).

Las razones que avalan la necesidad de un cambio en la preocupación de los problemas fundamentales del Derecho internacional son —como dijo hace tiempo Ch. de Visscher— razones de imperioso sentido práctico, el sentido de la eficacia del Derecho internacional en el conjunto de las relaciones internacionales, eficacia respecto a los ámbitos tradicionales de regulación jurídica, y eficacia respecto a ámbitos nuevos, frente a los cuales el Derecho ha de vencer las resistencias que factores esencialmente políticos pudieran presentar en orden a la creación de normas jurídicas (33). Schwarzenberger pone de relieve cómo «en los sistemas pura y simplemente políticos de poder, y en los de política de poder encubierta, las actividades del Derecho internacional son necesariamente limitadas y las relaciones generales entre las dos mitades de un mundo dividido se hallan aún reguladas más bien por el derecho del poder que por la norma del Derecho» (34).

No obstante, esta dimensión práctica se concretiza en torno a tres cuestiones fundamentales. 1) El fortalecimiento de los procesos de creación de las normas positivas a través de un perfeccionamiento de los mecanismos técnico-jurídicos en una doble dirección, esto es, respecto a las técnicas convencionales y respecto a los procedimientos consuetudinarios que pudieran ser reforzados a través de cauces jurisdiccionales o institucionalizados. Asimismo este fortalecimiento podría conseguirse por una participación universalista en el marco de los tratados multilaterales que comprometiese en las técnicas de elaboración al mayor número de Estados, especialmente a los Estados nuevos. El compromiso de los Estados se vería doblemente reforzado, si estuviesen comprometidos en la tarea formal de creación de normas posi-

(32) E. McWHINNEY, *Le nouveau Droit international...*, op. cit., pp. 336-337.

(33) En este sentido CH. DE VISSCHER en *Teorías y realidades de Derecho internacional público*, Barcelona, 1962, pp. 150 y ss.

(34) G. SCHWARZENBERGER, *El Derecho internacional en el sistema de la ciencia política*, «Revista de Estudios políticos», 1957, vol. 91-93, p. 3.

vas (35). 2) Dotar de contenido sustantivo a la norma internacional, evitando formulaciones abstractas y formales. 3) Precisar la función del Derecho internacional en el conjunto de las relaciones internacionales. Las tres cuestiones son abordadas *de facto* por la práctica internacional, que a través de sus sujetos cuestiona una significación jurídica y política del Derecho internacional, absolutamente inadecuada a las exigencias de la sociedad internacional actual. En este sentido la ciencia jurídica va con retraso respecto a los hechos, a los comportamientos internacionales, que tempranamente han evidenciado la precaria existencia del conjunto de las normas internacionales. De aquí que la doctrina esté evidenciando una preocupación central de nivel teórico por las cuestiones de la existencia concreta del Derecho internacional (36).

La primera de las cuestiones planteadas se concretiza en las técnicas de elaboración de los tratados internacionales, especialmente en los multilaterales. Los procedimientos de elaboración son cada vez más técnicos en orden a prevenir los problemas futuros de aplicación e interpretación y a fin de garantizar la eficacia de las normas así adoptadas. Igualmente la tendencia a la universalidad en la participación intenta ser un elemento de reforzamiento, al ampliar el ámbito espacial de aplicación del tratado y el ámbito personal de sus sujetos. En definitiva, al reforzar las bases de acuerdo sobre cuestiones que en principio pueden presentar contradicción de intereses, se está dando presencia a una solución normativa y en definitiva a la eficacia del Derecho internacional. Una buena muestra de ello es el Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969, en el que el rigor técnico se ha visto reforzado por el carácter universal del tratado, pese a las dificultades que se plantearon entre las delegaciones en el momento de formular una declaración explícita en este sentido (37).

Respecto a las normas consuetudinarias existe ciertamente una impugnación por parte de los nuevos Estados que no participaron en su

(35) En este sentido, véase L. FOCSANEAU, *Norme et comportement en Droit international. Pour un Droit de Gens phénoménologique*, en «Rev. Temis», 1973-74, páginas 55-57. También, G. J. H. VAN HOOF, *Re-thinking the sources of International Law*, Holanda, 1984.

(36) Véase H. AKERSHURSTE, *Introducción al Derecho internacional público*, Madrid, 1982, pp. 22 y ss.; P. SERENI, *Les nouveaux Etats et le Droit international*, «RGDIP», 1963, pp. 305 y ss.; R. St. J. MACDONAL and D M. JOHNSTON, *The Structure and Process of international Law*, obra colectiva sobre *Developments in international law*, La Haya, 1984.

(37) Véase P. REUTER, *La Convention de Vienne sur le droit des Traités*, Colc. U2, París, 1970, p. 12.

proceso de creación. No se trata de una impugnación global respecto a la totalidad de las normas consuetudinarias (que por otra parte constituyen gran parte del Derecho internacional actual), sino una impugnación sectoral respecto de aquellas que ignoran sus intereses o que se formularon a pesar de sus intereses, o que constituyen una consagración de situaciones de desigualdad.

Esta postura selectiva respecto a la norma consuetudinaria viene en última instancia a reforzar la eficacia de este tipo de normas mediante el asentimiento expreso de sus destinatarios. Viene, como diría Chaumont, a superar una contradicción en la situación relacional de los sujetos, que fortalece el acuerdo sobre el que nace y se asienta el carácter obligatorio de cualquier norma jurídica y sobre todo de la norma internacional (38). Esta necesidad de fortalecer el proceso consuetudinario constituye también un empeño de la jurisprudencia internacional. El Tribunal Internacional de Justicia, en su sentencia sobre la Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal Alemana c. Dinamarca y Países Bajos) de 20 de febrero de 1969, y años después en su sentencia sobre la cuestión de competencia en materia de pesquería de 25 de julio de 1974, estableció de forma reiterada los requisitos de una aceptación general de una costumbre, significando que tal aceptación no debía ser una actitud dudosa de los Estados. Por tanto, era imprescindible una práctica uniforme con inclusión de los Estados especialmente interesados, así como de una duración considerable, todo ello reforzado por la convicción de los Estados de estar conformándose a «lo que equivale a una obligación jurídica» (39).

Sobre el fortalecimiento del proceso de formación consuetudinaria, es preciso matizar otro aspecto relativo a aquellas costumbres en proceso de formación o *in fieri*. «Este tipo de normas se caracteriza por su incertidumbre, por lo que su valor jurídico es impugnabile con relativa facilidad». Por ello el profesor Carrillo se pregunta cuál puede ser su valor jurídico respecto de un Estado que no ha participado en su proceso de formación y si será preciso, en orden a la efectividad de vinculación, que dicho Estado la reconozca expresamente. A este res-

(38) CH. CHAUMONT, *A la recherche du fondement du caractère obligatoire du Droit international*, en 2.^o rencontre de Reims, 23-24 de juin 1974, pp. 4 y ss. Fac. de Droit de Reims, 1975.

(39) Véanse en este sentido las siguientes sentencias del T.I.J. Asunto de pesquerías, Sent. de 18-XII-1951; Asunto de la Plataforma continental del Mar del Norte, de 20-II-1969; Asunto de la competencia en materia de pesquerías (R.U.-Islandia) de 24-VII-74, 1974.

pecto apunta dos principios que parecen suficientemente esclarecedores: «en primer lugar, dicha costumbre no puede vincular jurídicamente al Estado que expresa e inequívocamente la rechaza; en segundo lugar, sólo puede obligarle si la reconoce o acepta, bien de modo expreso o a través de su comportamiento, de su actitud en la práctica, ya que la costumbre es una generalización de la práctica de los Estados, y de ahí que la prueba de esta práctica tenga una relevancia jurídica excepcional» (40).

La segunda cuestión relativa a la existencia eficaz del Derecho internacional, en cuanto preocupación teórica y práctica, sería la de los contenidos sustantivos de las normas internacionales. Las normas deberían reflejar la tendencia evolutiva de las relaciones sociales sin ignorar los contenidos positivos de las normas existentes, de tal manera que el principio de efectividad jugará en su significación auténticamente jurídica de principio conformador del orden internacional y no como principio jurídico de la supremacía de los hechos sobre las normas (41). No se trataría, pues, de una tendencia a ignorar lo existente, sino más bien de partir de la aceptación del cuerpo de reglas existentes como un mínimo, desde el cual sería posible innovar y adaptar los viejos principios a las nuevas condiciones políticas, sociales y económicas que se hacen presentes en la comunidad mundial (42). No obstante, tanto la adaptación de la regla tradicional, como los contenidos de las nuevas reglas internacionales, han de partir de un criterio normativo previo: la no reciprocidad en la reglamentación de las relaciones internacionales. Se trataría de una exigencia mínima de reconversión internacional en base a criterios de desigualdad compensatoria. Para los nuevos Estados hay sectores de normas internacionales actuales que pasan inexcusablemente por esa reconversión, sobre todo aquellas conectadas con el Derecho del Desarrollo y el Derecho económico internacional. Un criterio indicativo en la materia es la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Nuevo Orden Económico Internacional y los principios recogidos en la Carta

(40) J. A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, 2.ª ed., Madrid, 1976, p. 136.

(41) M. CHEMILLIER-GENDREAU, *Le rôle de l'effectivité en Droit international*, en 2.ª rencontre de Reims, *op. cit.*, pp. 79 y ss. También J. J. SALMÓN, *Les contradictions entre le fait et Droit en Droit international*, en «H. al Prof. A. Miaja de la Muela», t. I, Madrid, 1979, p. 337. También I. CLARK, *Reform and resistance in the international law*, Cambridge Univ. Press, 1980.

(42) A. REMIRO BROTONS, *Derecho internacional público*, 1. «Principios fundamentales», en especial pp. 23 a 35, Madrid, 1982. En este mismo sentido la obra citada de E. McWHINNEY, *Le nouveau droit...*, *op. cit.*, p. 327.

de Derechos y deberes económicos de los Estados: en concreto, el principio de la soberanía permanente sobre las riquezas y recursos naturales, el control creciente sobre las inversiones privadas extranjeras, sobre todo en el marco de las nacionalizaciones, en las cuales la competencia sería de origen interno y subsidiariamente sería aplicado el Derecho internacional; también un principio que consagrara un sistema de preferencias en materia de intercambios comerciales entre países desarrollados y subdesarrollados.

Finalmente, la tercera cuestión estaría centrada en una toma de conciencia de la realidad social compleja sobre la que opera y nace el Derecho internacional. Se trataría así de evitar formalismos abstractos y reforzar incluso políticamente la eficacia del Derecho internacional, lo cual no equivaldría a una desnaturalización de los rasgos típicamente jurídicos del ordenamiento internacional, sino más bien a una correlación más real entre los datos de hecho y los conceptos jurídicos.

Porque como afirma Prosper Weil, el Derecho internacional se define por su naturaleza y por sus funciones. Constituye a la vez un orden normativo y un factor de organización. La interdependencia de estos factores es manifiesta: no es solamente por cumplir ciertas funciones por lo que el Derecho internacional se ha constituido como sistema normativo, sino que sólo en la medida en que constituya un sistema normativo de cualidad podrá cumplirlas. Ni el contenido de la norma, ni las dificultades de su aplicación, ni las condiciones de su eficacia, ni el mismo y singular proceso de formación jurídica son ajenos a las funciones que posteriormente habrá y podrá cumplir (43).

Desde una perspectiva de mundialización de Derecho internacional y teniendo presentes las divisiones que trascienden al conjunto relacional, la función del Derecho internacional no se puede resumir en ideas de interés general o ideas formales como paz, orden público mundial, seguridad, desarrollo, etc., que constituyen nociones en la mayoría de los casos vacías o próximas a un idealismo jurídico inoperante.

El Derecho internacional es, por definición, un derecho político, y su función, desde un plano jurídico, ha de ser también política con contenidos y persecución de valores reales al servicio del ser humano, que —como dijera Scelle— es el único que puede ser destinatario de nor-

(43) PROSPER WEIL, *Vers une normativité relative en Droit international?*, «RGDIP», t. 86, 1982, 1, pp. 6 y 7.

mas jurídicas. No obstante, tampoco esta consideración es real, pero sí lo suficientemente lógica para que los gobiernos, los sujetos internacionales y la opinión pública mundial conformen unas reglas que sirvan para solucionar los conflictos internacionales de forma racionalmente humana (44).

III. LA FUNCION UTOPICA Y POLITICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho internacional, como todo Derecho, cumple la finalidad genérica de ordenar las relaciones sociales, y la cumple a través de una serie de funciones. En cuanto orden normativo ha de cumplir la función de articulación jurídica de los procesos de producción jurídica, de las instituciones y de las relaciones del propio ordenamiento con otros órdenes jurídicos. En definitiva, una función de integración del sistema jurídico internacional.

Pero el Derecho internacional público es, además de un sistema jurídico, una realidad de significación social, que sólo puede tener sentido en función del medio que la hace nacer y en orden a las necesidades de la sociedad internacional. En este sentido el Derecho internacional ha de cumplir y cumple unas funciones concretas. Plantearse la cuestión de las funciones del Derecho internacional no es en sentido estricto una cuestión jurídica, sino una cuestión social, que está más allá de lo jurídico, pero es inevitable, si se entiende que el Derecho no es un fin en sí mismo, sino un instrumento social en sentido amplio del término.

No obstante, la cuestión de las funciones del Derecho internacional tiene una doble dimensión. Esto es, se puede cuestionar de modo abstracto las funciones que ha de cumplir en el medio internacional. Con ello se está planteando una cuestión axiológica, esto es, los fines y valores que debe perseguir la norma internacional, una opción que en todo caso correspondería hacer a los teóricos del Derecho interna-

(44) J. VREE, *The political conditions of international Law*, en «Rev. Holandesa de la D.I.», 1979/1, pp. 46 y ss. También la obra de W. JENKS, *Idealisme in international Law*, en «H. a Krishna Rao», Leyden, 1976, p. 39; W. WENGLER, *Public International Law. Paradoxes of a legal order*, «RCADI», vol. 158, 1977-V, pp. 9 a 86; R. Y. JENNINGS, *What is international Law and how do we tell it when we see it*, «Annuaire Suisse D.I.», vol. XXXVII, 1981, p. 59; S. KRATOCHWIL, *On the notion of «interest» in international relations*, en «International organization», vol. 36, 1982/I, pp. 1 y ss.

cional, pero que no es planteada en la práctica. La ausencia de un legislativo mundial imposibilita una opción de «policies». Sólo a través de un proceso de concienciación mundial van trascendiendo determinados valores abstractos, genéricos y, por la propia naturaleza de la sociedad internacional, relativos e históricos.

Una segunda dimensión, es analizar las funciones de modo concreto, ver la realidad jurídica en la vida práctica, qué objetivos cumple, cómo los cumple y a través de qué medios, superar una aproximación simplemente abstracta —de las categorías jurídicas— y comprender su alcance real. También aquí existe una valoración, pero en este caso es una valoración fáctica y política, porque habrá de realizarse teniendo en cuenta los factores que determinan esas funciones y no otras.

Cabe, pues, un enfoque idealista y general que entiende la función del Derecho internacional como la ordenación de los intereses generales de la comunidad internacional, entre los cuales son prioritarios la paz, la cooperación y las relaciones pacíficas entre todos los pueblos. Esta función primaria y esencial se concreta históricamente en el contenido de las normas internacionales y en los esfuerzos de institucionalización internacional (45).

En este sentido, toda una serie de normas internacionales positivas deben ser valoradas como exigencias del orden internacional y como expresión de garantía de ciertos intereses esenciales a la comunidad internacional. El profesor González Campos entiende que la paz y la seguridad de las relaciones internacionales son la función esencial del Derecho internacional actual. Esta función se manifiesta en «principios estructurales del orden internacional, tales como los que prohíben la amenaza o el uso de la fuerza, o la intervención en los asuntos internos de los Estados; también mediante los principios que reconocen la igualdad soberana de éstos, la libre determinación de los pueblos o el arreglo pacífico de las controversias internacionales». «Desde esta perspectiva, el Derecho internacional público puede ser concebido como un orden de paz y de la seguridad de los Estados». Junto a esta función, el Derecho internacional asume otra de carácter más social, por referencia a los intereses generales de la comunidad internacional, que son evolutivos y que podrían resumirse en las necesidades de coope-

(45) En este sentido, M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional público*, t. I, vol. I, Madrid, 1952, p. 8.

ración y desarrollo social de los pueblos y que en la actualidad son tutelados por el Derecho internacional (46).

Esta consideración de la función del Derecho internacional, referida de modo general a la paz y a las condiciones materiales y sociales de esa paz, es también compartida por el profesor Carrillo, cuando se refiere a que el Derecho internacional, para poder realizar sus funciones, necesita de la acción del Estado y en ese sentido gran parte de sus normas regulan la posición del Estado en el orden internacional. Pero junto a ellas —dice— existen también «ejemplos de la práctica internacional contemporánea que parecen haber superado la noción exclusivista de la soberanía estatal: así, el Tratado de no militarización y libertad de investigación en la Antártida, firmado en 1959, en cuyo preámbulo se considera el interés y el progreso de la humanidad; la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio extraatmosférico de 13 de diciembre de 1963; la Declaración sobre los fondos marinos y oceánicos de 1970, cuyas riquezas se califican de «patrimonio común de la humanidad»; la Declaración sobre el medio humano de 1972, en la que expresamente se dice que «la defensa y el mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras será convertido en meta imperiosa de la humanidad». En el mismo sentido —continúa el profesor Carrillo— la estrategia internacional del desarrollo en sus distintos decenios, el capítulo III de la Carta de Derechos y Deberes económicos de los Estados, y finalmente la Declaración de 1974 sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional constituyen, entre otros, ejemplos y manifestaciones de una función social del Derecho internacional en favor de los intereses generales de la comunidad internacional (47).

(46) J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional público*, Oviedo, 1980, pp. 28-29. Desde el enfoque de las relaciones exteriores del Estado es interesante el análisis de las funciones reales o utópicas que puede cumplir el Derecho internacional y que son estudiadas en la obra reciente de GUY DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*, ed. por Instituto Francés de Relaciones Internacionales, París, 1983, y en especial el capítulo VII, subsección I. «Fonctions réelles et fonctions souhaitables du Droit international», pp. 204 a 208.

(47) J. A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, 2.ª ed., Madrid, 1976, pp. 25 y ss. Y recientemente en la obra del mismo autor, *El Derecho internacional en un mundo en cambio*, Madrid, 1984, en especial capítulo 6, «Funciones del Derecho internacional en la Comunidad internacional contemporánea», pp. 193 a 202.

Sin embargo, hay autores que, como Thierry, ponen de relieve que el ideal de la paz y la idea de la cooperación supone colocar, dentro de las preocupaciones de los Estados y de los gobiernos, la sumisión al Derecho internacional, el interés por el desarrollo de las organizaciones internacionales y el fortalecimiento de las jurisdicciones internacionales y en cierto sentido relativizar la soberanía estatal. La cuestión estaría, pues, en determinar en qué grado los comportamientos estatales y la realidad internacional se adecúan o tienden progresivamente a esta situación (48).

Ciertamente, la situación del Derecho internacional actual es contradictoria y en cierto sentido más ambigua de lo que haya podido ser en épocas pasadas, en las que las políticas de poder no encontraban ningún tipo de mediatización social. La acción de gobierno de las grandes potencias y la hegemonía de los Estados configuraron el Derecho de Gentes. La realidad actual es ambigua, porque frente a la mediatización estatal, aparecen limitaciones de la soberanía impuestas necesariamente por la correlación de fuerzas internacionales. Factores sociales, económicos y culturales impulsan a que el Derecho internacional asuma una función de cambio social. Este cambio proviene en su mayor parte de un derecho «programatorio», que va progresivamente reflejándose en el contenido de las normas positivas en una dialéctica entre adaptación y resistencia en el orden social internacional.

Se da en la doctrina otra concepción diferente de las funciones del Derecho internacional, que parte del análisis de los comportamientos de los sujetos y de los modos como quedan configuradas las relaciones jurídicas. Parte, pues, no de las ideas que deben informar el contenido del Derecho, sino de los datos de la práctica. Es la política internacional concreta la que permite conocer los aspectos reales del Derecho internacional público. Algunos de sus representantes (Mc Dougal, Mc Whinney, Morgenthau, etc.) entienden que las funciones del Derecho internacional están determinadas por las relaciones de poder. Para otros autores (Chaumont, Soulier, Geizal, entre otros) las normas internacionales defienden unos intereses de clase, que son idénticos a los intereses en el seno de las sociedades estatales, porque

(48) THIERRY, COMBACAU y otros, *Droit international public*, París, 1979, pp. 20-21; también, PARRY, *The function of the Law in the international law*, New York, ed. Sorensen, 1962; L. LYSSITZYN, *International law in divided world*, en «International organization», 1963, núm. 542, p. 5. GUY DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique...*, *op. cit.* en especial pp. 195 a 203.

el Derecho internacional está creado y condicionado por los mismos grupos de poder que en el Derecho internacional (49).

Cabe, no obstante, una valoración realista que no desconozca la incidencia del poder en las funciones del Derecho internacional, pero que sin embargo, tenga presente su ambigüedad, su ambivalencia. Los Estados actúan normalmente en el ámbito internacional para procurar una serie de intereses particulares que les son necesarios (seguridad, asistencia, contrapartidas económicas, etc.) y en la medida en que éstos están vinculados a otros intereses particulares o comunes, han de tenerlos presentes e incluso articular mecanismos de coordinación. «Sin duda ciertos gobiernos admiten que es su deber, en función de los intereses del país al cual representan, tomar en consideración el interés general de la sociedad internacional en su conjunto bajo el signo del «mundialismo», o bajo el de las comunidades internacionales parciales... Ahora bien, estas preocupaciones nunca son exclusivas, ni siquiera principales y por tanto los intereses nacionales continúan siendo prioritarios» (50).

Este factor político en cierto sentido viene a su vez contrarrestado por la acción internacional que otros sujetos internacionales, en concreto las organizaciones internacionales, pueden llevar a cabo. La voluntad propia de la organización, su actividad funcional, puede constituir un factor dinámico de internacionalización de intereses sociales. Ahora bien, esta posibilidad, habida cuenta de los límites constitucionales y políticos de las organizaciones internacionales, es residual, de efecto indirecto y depende de la correlación de fuerzas que se dan en su seno. No obstante, una valoración de la aportación de las organizaciones internacionales al orden jurídico internacional habría de ser positiva. Hacen más presentes las normas internacionales en el conjunto de las relaciones internacionales y van posibilitando ámbitos de interés común, así como una personalización del Derecho internacional en la opinión pública mundial.

Estas consideraciones obligan a constatar una doble realidad. Los Estados crean y aplican las normas internacionales como medios para la

(49) CH. CHAUMONT, Souliery Geizal en el coloquio de Reims sobre *Réalités du Droit international contemporain (force obligatoire et sujets de droit)*, «Fac. de Droit de Reims», 1975, p. 3.

(50) THIERRY, COMBACAU y otros, *Droit international...*, *op. cit.*, p. 22, y en igual sentido GUY LACHARRÈRE, *La politique...*, *op. cit.*, p. 105, cap. V, «politiques à l'égard de l'interprétation et de l'application du Droit international».

consecución de sus intereses y en relación a los intereses de otros Estados. Ahora bien, paralelamente a esta realidad está también la acción de otros sujetos internacionales que, en cuanto entes de naturaleza corporativa, representan más de un interés colectivo que individual. En razón de ello pueden ir posibilitando una función social internacional.

En el primer caso, el Derecho internacional que articula las relaciones internacionales es más de naturaleza política. El contenido de sus normas no puede en ningún caso ser sustantivo, pues los intereses estatales quedarán recubiertos bajo la noción de competencia doméstica. El Derecho internacional *no será y no es*, en estos supuestos, más que un orden formal delimitador de competencias estatales. Los principios informadores de su función son la soberanía estatal, el principio de igualdad soberana y el principio de no intervención en los asuntos internos. Las normas del Derecho internacional constatarán la estructuración del orden internacional y posibilitarán la coordinación del ejercicio de las competencias territoriales y personales (51).

Junto a esta función del Derecho internacional se ha dado en la historia de las relaciones internacionales, y también se da hoy, una tarea de estabilización de las relaciones de poder. La contradicción de intereses esencialmente políticos plantea conflictos que el Derecho internacional reglamenta a través de cauces pacíficos o de cauces de violencia. En ambos supuestos, el Derecho internacional como Derecho de los conflictos internacionales, asume una función también formal de mediador de normas jurídicas, de procedimentalización de los mecanismos, de posibilidad de vías de acuerdo y negociación. Es, pues, una función de árbitro jurídico, que a su vez tiene como finalidad funcional estabilizar las relaciones de poder que implica el choque de intereses, el conflicto.

Pero la función estabilizadora no sólo se ejerce respecto al conflicto, sino que la historia del Derecho internacional va evidenciando cómo a lo largo del siglo XIX muchas de las instituciones jurídicas internacionales son el resultado de este concierto de poderes. Las normas consuetudinarias recogían los usos internacionales, ejercían un papel dominante y por tanto estaban en condiciones de sentar precedentes. Un ejemplo de ello es el Derecho marítimo, que respondió a los módulos de comportamiento e intereses de las grandes potencias marítimas. El

(51) F. RIGAUX, *Introduction à la science du Droit*, Bruxelles, 1974, pp. 79 y ss.

principio de libertad de los mares sólo tenía significado para unos pocos Estados y esto es aún hoy válido.

El Derecho internacional ha sido durante muchos años un Derecho europeo y de la civilización cristiano-occidental, porque eran los países de este ámbito geográfico y cultural los que determinaron las normas internacionales, sus formas y contenido. El desarrollo del Derecho internacional, el nacimiento de muchas de sus instituciones fueron la concreción de las necesidades de los Estados, en sus ámbitos internos y en sus necesidades de expansión exterior. Baste recordar lo que supusieron la búsqueda de nuevos mercados y zonas de expansión imperial en orden a la colonización, o el desarrollo del Derecho comercial internacional o del marítimo y conectado con ello la aparición del Derecho consular, diplomático, de arbitraje y otras tantas instituciones clásicas del Derecho internacional. Tanto el Derecho consuetudinario como el convencional, a lo largo de todo el siglo XIX, fueron expresión de relaciones de poder y en cierta medida su misma consolidación. Cabría incluso generalizar esta afirmación, diciendo que incluso es hoy también así, aunque bajo nuevas modalidades.

En la evolución de la sociedad internacional, se ha querido ver un momento de inflexión idealista después de los acontecimientos de la primera y sobre todo segunda guerra mundial. Las ideas de paz, cooperación, derechos humanos, promoción de las condiciones económicas y sociales de vida, etc., aparecen en textos internacionales. El Pacto de la Sociedad de Naciones y de manera más definitiva la Carta de San Francisco parecen ser el pórtico, por el que comienzan a introducirse en las relaciones internacionales y en sus formas de organización valores éticos, principios morales de conducta. Parece como si, a partir de aquí, los hombres y no los Estados debieran ser o fueran los protagonistas de los intereses internacionales. Las normas del Derecho internacional, sobre todo las normas contenidas en la Carta de las Naciones Unidas, van a proclamar como fines primordiales la paz, el bienestar de los pueblos, el respeto de la dignidad humana. A tal fin se proponen unos objetivos de cooperación internacional, de relaciones amistosas, basadas en el respeto del derecho de igualdad de todos los pueblos y proponen como función de las instituciones internacionales y del Derecho internacional el armonizar los esfuerzos de todas las naciones hacia fines comunes. A partir de estos postulados es posible afirmar que las funciones tradicionalmente formales del Derecho internacional han cambiado, pues, para dar finalidad a tales

postulados habrá de ser un Derecho creador de condiciones materiales y sociales de paz.

Es preciso, no obstante, poner estas tesis en conexión con la realidad de su momento político, como es preciso analizarlas también en relación con la práctica posterior de las instituciones jurídicas y de las relaciones inter-sociales. En este sentido es preciso tener presente que la Carta de las Naciones representaba una alianza de los vencedores frente a los vencidos y un deseo de perpetuar ese *statu quo*. Sin embargo, las condiciones políticas de la sociedad internacional iban a transformarse radicalmente y el planteamiento de San Francisco dejaría de ser muy pronto real. «La Carta de San Francisco, pone de relieve el profesor Carrillo, consagra tres grandes compromisos políticos que hacen referencia a tres problemas distintos: el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; la cooperación internacional institucionalizada en materias económicas y sociales; finalmente, el régimen jurídico del colonialismo» (52). Respecto del primero de los compromisos señalados, se creó un sistema de seguridad colectiva, que aun partiendo de un ideal de paz estaba articulado muy realistamente, esto es, en función de la preponderancia de las grandes potencias en el sistema de la Carta, por tanto en función de la correlación de fuerzas existente en 1945. Jamás se pensó, como señala el profesor Carrillo, que el sistema pudiera llegar a funcionar contra una gran potencia, de aquí la fórmula de Yalta. La vida posterior de la Organización ha puesto de manifiesto que el equilibrio era aún más precario de lo que políticamente podía pensarse, puesto que jamás este equilibrio ha posibilitado y ha hecho operativo el sistema de seguridad colectiva.

El segundo de los equilibrios señalados, la cooperación institucionalizada, también era un tanto relativo, porque el compromiso asumido por los Estados fue más formal que real. Los mecanismos creados a tal fin eran mecanismos de cooperación voluntaria, tremendamente conservadores, lo cual quedaba evidente en el carácter consultivo, con que se dotó al órgano que debería haber dinamizado la cooperación: el ECOSOC. Es cierto que una de las transformaciones más importantes de las funciones de la Organización de las Naciones Unidas ha sido precisamente la referida a la cooperación y el desarrollo económico y social, pero la razón de ello no hay que buscarla en las finalidades y

(52) J. A. CARRILLO SALCEDO, *Veinticinco años de Naciones Unidas: Un ensayo de interpretación*, «Rev. Arbor», C.S.I.C., núm. 302, 1971, p. 187.

funciones que el Derecho de la Carta tenía asignados, sino en las transformaciones políticas cualitativas y cuantitativas que ha sufrido la Sociedad internacional y por consiguiente también la Organización internacional.

Por último, en el tercero de los compromisos, el régimen de colonias, la Carta —más que proponerse la descolonización— regulaba la colonización, «estableciendo un delicado equilibrio entre la aspiración a la independencia, a la libre determinación de los pueblos por una parte, y los intereses estratégicos, políticos y económicos de las potencias coloniales de otra» (53). También aquí la tarea descolonizadora que ha llevado a cabo la ONU se ha debido a las transformaciones políticas, a las que antes aludimos, y en cierta medida, pese a la voluntad de las grandes potencias coloniales. De todos modos supuso un proceso incontenible e irreversible, que se coronó en 1960 con la resolución 1514 (XV), la gran Carta de la Descolonización.

A partir de este momento se puede hablar de un momento de auténtica inflexión en las funciones del Derecho internacional. Junto a las ya tradicionales de estabilización de las relaciones de poder, de reparto o delimitación de competencias estatales, habrá de tenerse en cuenta, por la dinámica de los hechos internacionales y por la correlación de fuerzas y factores sociales y económicos, el inicio de una nueva función, que de forma necesaria va asumiendo el Derecho internacional actual: la transformación de las relaciones de poder.

Pero aun siendo importante y significativo este nuevo papel del Derecho internacional es preciso tener presente que las anteriores funciones descritas continúan siendo la expresión del papel del Derecho internacional en la sociedad internacional actual. La guerra fría y la tensión desarrollo-subdesarrollo son ejemplos de esa realidad, aunque venga asumida conforme a nuevas formas de conflictos o de intereses (54).

(53) J. A. CARRILLO SALCEDO, *Veinticinco años de N.U....*, op. cit., p. 31.

(54) En este sentido, véase J. K. VRAEE, *The political conditions of international law*, en «Rev. Holandesa D.I.», vol. 26, 1979/1, p. 46. También R. FALK, *The relevance of political context to the nature and functioning of international law*, en «Relevance of Int. Law», H. a Leo Gross, Massachusetts, 1968, pp. 133 y ss.; Mc DOUGAL, *International law, power and policy. A contemporary conception*, en «RCADI», vol. 82, 1953/I, pp. 133-259; del mismo autor, *International law in policyoriented perspective*, en la obra colectiva, *The structure and process of International Law*, ed. por Macdonald, R. St. J. Johnston, D.M., La Haya, 1984, Part. I, punto 4.

Otra manifestación del papel de árbitro que realiza el Derecho internacional en el conjunto de las relaciones internacionales, se aprecia en los principios jurídicos que rigen la coexistencia pacífica, así como en el auge de los instrumentos convencionales que han consolidado las relaciones de las grandes potencias entre sí y con otros Estados.

Ha habido toda la época de la guerra fría, donde en cierto sentido el Derecho internacional ha estado congelado en razón de los intereses prepotentes de las grandes potencias. La estabilidad y seguridad ante un *statu quo* entre los grandes han determinado la función del Derecho internacional, que incluso fue denominado como el Derecho de la coexistencia pacífica. La superación jurídica de esta época pudiera verse en la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Resolución 2.625 (XXV) de 24 de octubre de 1970. Esta resolución contiene toda una enumeración de principios jurídicos, que en cierta medida refuerzan los contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, pero lo más significativo de ella es que constituye un instrumento político para superar la situación de coexistencia de las décadas de los 50 y 60. La profesora Pérez Vera apunta este dato, cuando analiza la distinta función que los principios de amistad y cooperación realizan. Así entiende que hay principios como la igualdad soberana de los Estados, el principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, la obligación de cooperar entre sí y el principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta, que suponen la aceptación de la estructura política de la Sociedad internacional y, por tanto, no hacen sino reforzar su pervivencia, asegurando que «su aplicación no afecte nunca al *statu quo*». El segundo haz de principios tendría como finalidad regular el cambio pacífico en la sociedad internacional, asegurando el respeto del Derecho internacional frente a una alteración de las estructuras. El principio de la libre determinación de los pueblos, el principio de no intervención o el principio de no uso de la amenaza o del uso de la fuerza constituyen los principios gendarmes y estabilizadores de una situación, dado que prevé ya un potencial cambio de signo revolucionario. La profesora Pérez Vera explica esta función formal y política: es cierto que en estos dos principios existe una indiscutible vertiente estática, respetuosa con el *statu quo*, pero también lo es que su conculcación significa frecuentemente la ruptura violenta del orden social anterior. Los principios en

cuestión influyen como elementos conservadores en la configuración de la sociedad internacional en momentos de convulsión y cambio (55).

No coincidentes en el tiempo, pero sí en su significación, los acuerdos concluidos por las grandes potencias con el resto de los Estados «menores», tales como los relativos a bases militares, los tratados defensivos como el Tratado del Atlántico Norte o el Pacto de Varsovia, o la profusión de compromisos militares en todas las áreas geográficas, evidencian también la función política de las normas convencionales internacionales. Incluso las relaciones económicas, los términos del comercio internacional, los instrumentos jurídicos que reglamentan los intereses en presencia evidencian que, más allá de las manifestaciones sobre los principios igualitarios, lo que reglamenta las normas internacionales de estos sectores es una situación de predominio internacional.

No obstante, lo realmente significativo es que esta función del Derecho internacional no puede interpretarse simplemente como una suerte de servidumbre de este ordenamiento respecto a las grandes potencias, sino que como pone de relieve Thierry, «ont peut affirmer que tout traité entre inégaux est tributaire du *Bargaining power* des parties. Les relations conventionnelles entre Etats du tiersmonde ne sont pas moins dépendantes quant à leur contenu des équilibres politiques que d'autres» (56). Podría afirmarse, pues, que en definitiva la sempiterna presencia de la soberanía se resiste a cualquier intento de control internacional.

Sin embargo, es preciso resaltar cómo la dialéctica entre los intereses prioritarios de los Estados y de otros sujetos internacionales produce un factor positivo de integración jurídica. Ello, según Ch. Chaumont, equivaldría a que la necesidad de superar la contradicción fuerce a la búsqueda de un acuerdo. Sin embargo, las situaciones jurídicas y políticas de partida entre los sujetos no son idénticas, ni igualitarias, pero la elaboración de las reglas pactadas (consuetudinarias, convencionales) va a contribuir a la formación de un Derecho que no establezca las situaciones y cristalice la desigualdad de partida, sino que por el contrario faculte la transformación de las situaciones. Para ello el

(55) E. PÉREZ VERA, *Naciones Unidas y los principios de la coexistencia pacífica*, Madrid, 1973, p. 43; A. REMIRO BROTONS, *Derecho internacional público*, 1. *Principios fundamentales*, Madrid, 1982, p. 79, y E. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, *El Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 1980.

(56) THIERRY, H. COMBACAU y otros, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 28.

Derecho internacional no podrá ser sólo formal, de delimitación de situaciones jurídicas, de articulación de un juego de soberanías, sino que habrá de ir plasmándose en normas sustantivas, de contenido intervencionista en muchos ámbitos sociales, que progresiva aunque lentamente irán restándose a los ámbitos competenciales de los Estados.

El Derecho internacional actual, junto a las anteriores funciones descritas, asume, por la acción de sus sujetos (composición universal de la Sociedad internacional) y por la misma dinámica de las relaciones sociales, una función de transformación de las relaciones de poder. Tal función es especialmente evidente, cuando intenta promover el derecho de los pueblos a la libre determinación y el derecho al desarrollo económico y social de todos los pueblos.

Son los caracteres de la Sociedad internacional, su pluralidad, su heterogeneidad, su división global, los que explican el nacimiento de factores sociales y políticos encontrados, que son en definitiva los que hacen sentir la necesidad de reglas de ordenación social y en definitiva de reglas jurídicas. Como afirma Salmon, el Derecho internacional, «conçu pour servir les intérêts des Etats — ou plus exactement de leurs classes dominantes, *le droit ne résiste pas à l'évolution des mêmes intérêts. Il évolue, il change. Il se moule à les intérêts qu'il a pour destin servir en fonctions de l'équilibre complexe des forces qui détiennent le pouvoir de faire le droit*» (57).

Esta dinámica de evolución siempre positiva puede hacerse en ciertos casos sin tensión. La creación de nuevas reglas cuenta con el apoyo de todos los especialmente interesados o con la gran mayoría de ellos. Esto es posible en ámbitos de relación nuevos, donde no hay posiciones políticas consolidadas y sí intereses comunes (58). Por el contrario, la evolución no se produce o se produce con tensión, cuando los intereses son claramente contradictorios. En estos supuestos, ciertos Estados se aferran al Derecho tradicional que establece sus privilegios y otros reivindican la elaboración de nuevas normas en las que ellos participen y estén presentes sus intereses. Hasta que la adaptación

(57) J. SALMÓN, *Les contradictions entre fait...*, op. cit., p. 34.

(58) En este sentido, R. MÓNACO, *Manuale de Diritto internazionale*, Torino, 1971, p. 17; M. BOURQUIN, *Stabilité et mouvement dans l'ordre juridique international*, «RCADI», vol. 64, 1938-II, pp. 351 y ss.; W. FRIEDMANN, *The changing structure of International Law*, N. Y., 1964; DECLEVA, *Adattamento alle nuove situazione e stato attuale del Diritto internazionale*, en «Comunicazione e studi dell'Istituto di Diritto Internazionale dell' Università de Milano, XI, pp. 115 y ss.

entre hecho y norma se produce, la denuncia de reglas jurídicas o las reivindicaciones aparecen para unos como «Soft Law» «coutume sauvage» o como crasas violaciones del Derecho internacional (59).

Así pues, el Derecho internacional tradicional desempeña prioritariamente una función formal, que responde a la estructuración de las competencias internacionales en el orden internacional. Desempeña asimismo y de forma prioritaria una serie de funciones políticas complejas, que son exigencias de la ambigüedad o de las contradicciones, en las que se encuentra inmerso este orden jurídico. Pero también es preciso afirmar que el Derecho internacional actual, al asumir en cierta medida una función de transformación de las estructuras tradicionales de poder, se ve dinámicamente compelido a asumir una función sustantiva de reglamentación de intereses comunes. De ello cabe esperar una consolidación y afirmación de los procedimientos jurídicos y por tanto una relativización de las políticas de fuerza.

CONCLUSION

Cuando se habla de funciones del Derecho internacional éstas se vinculan a exigencias de paz, orden y seguridad internacionales. Los textos de las grandes organizaciones internacionales se articulan alrededor de estas ideas o «valores». Para la doctrina constituyen ideales en la reconstrucción del orden internacional, si bien para algún sector son conceptos formales e incluso ideológicos.

La seguridad internacional es uno de los «valores» sobre los que más se insiste cuando se delimitan funciones precisas de las instituciones jurídicas y de las normas internacionales. Pues bien, la seguridad consiste en insertar el futuro en el presente, garantizando aquél, mediante el funcionamiento del sistema establecido.

Los conceptos de paz y orden acentúan el carácter estático del Derecho positivo. Las normas positivas cristalizan estos postulados y a partir de aquí presentan un frente jurídico ante las tendencias de cambio o de transformación. Lo jurídico está constituido, pues, por las condiciones de paz y orden establecidas en esas normas.

(59) Véase J. SALMÓN, *Contradictions entre fait et droit...*, op. cit., pp. 337 y ss.; también E. MCWHINNEY, E., *International Law antinomies of transition*, Cambridge Univ. Press, 1980, y I. CLARK, *Reform and resistance...*, op. cit., p. 403.

En la sociedad internacional la fuerza de estos valores es importante, pero aún lo son más en los mecanismos de asociación institucionalizados, lo que no deja de ser un tanto contradictorio, porque una sociedad descentralizada, no jerarquizada y por tanto ajena a una estructura de poder monolítica, debería estar caracterizada por la movilidad, el cambio, la funcionalidad social de sus objetivos. Sin embargo, las normas más consolidadas del Derecho internacional público son las que de manera más definitiva garantizan la pervivencia del *statu quo*, una situación que dista mucho de un derecho de contenido social, compensatorio, superador de situaciones históricas de privilegio.

Por el contrario, los valores materiales de igualdad y justicia internacional difícilmente se abren paso en las reglamentaciones concretas. Si algunas normas recientes del Derecho internacional, si algunos regímenes internacionales tienen como objetivo una igualdad compensatoria ha sido por la acción reivindicatoria de los sujetos afectados, que cuentan con peso cuantitativo en los foros de decisión internacional. Pero, ajenos al poder real, sólo excepcional y tardíamente obtienen algún efecto eficaz de esas regulaciones.

El concepto de justicia es el gran ausente de las disposiciones internacionales. Sólo aparece enunciado en escasas declaraciones solemnes de principios. Su concreción no aparece en el contenido de las normas internacionales. Baste recordar en este sentido los esfuerzos y frustraciones del tercer mundo para salir de la fosa del subdesarrollo, baste recordar los frutos de los Decenios para el desarrollo, las posturas de las grandes potencias a la hora de instrumentalizar los medios que pudieran hacer operativo el Nuevo Orden Económico internacional, la significación de la carrera de armamentos, las conferencias internacionales de los países industrializados, etc., etc. Realmente, como afirma Ch. de Visscher, los fines humanos del poder no son los valores que informan al Derecho internacional.

No obstante, es preciso reconocer que en recientes instrumentos internacionales las referencias a la Humanidad, a ciertos derechos y obligaciones de la Comunidad internacional en su conjunto referidos a las normas de *ius cogens*, la noción de Patrimonio de la Humanidad, etcétera, abren ciertas expectativas en orden a la justicia internacional. Es un proceso apenas iniciado, pero fuertemente respaldado en las instancias internacionales por un gran peso de votos y por un fuerte apoyo doctrinal, en el que quizá haya de verse el sentido de la evolu-

ción del Derecho internacional actual. Respecto a la segunda de las cuestiones, la naturaleza y carácter de las normas internacionales, es preciso afirmar con Ziccardi que la mayoría de ellas es de naturaleza dispositiva (60). Es ésta una consecuencia del carácter político del Derecho internacional, cuya aplicabilidad depende de la voluntad de sus sujetos. Y no hay que perder de vista que esta voluntad está esencialmente orientada hacia la consecución de intereses individualistas, a través de los cuales se expresa la reglamentación de las formas políticas de la vida social. Este tipo de normas no es el único que se da en el conjunto sistemático del ordenamiento internacional, ya que existen también normas sustanciales, que regulan intereses diferentes a los estrictamente políticos de los Estados y que podrían entenderse como normas precisas en la comunidad de entes sociales que es la Sociedad internacional. La influencia del Estado sobre este tipo de norma es también evidente, pero su afectación no es tan inmediata.

Junto a estos dos tipos de normas, existen también un reducido número de normas imperativas que son denominadas como de «*ius cogens*» internacional. Están por encima de la voluntad de los sujetos internacionales y son de naturaleza consuetudinaria, si bien su función y significado en el Derecho internacional, pese a su consagración en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, constituyen cuestiones aún no resueltas, ni aceptadas con carácter de generalidad ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia internacional que mantiene una posición de prudencia (61).

(60) P. ZICCARDI, *Les caractères de l'ordre...*, *op. cit.*, pp. 383-384. En este sentido Miaja de la Muela pone de relieve la existencia en Derecho internacional de un amplio espacio para normas que dependen en cierto sentido de la voluntad de los sujetos. Aporta este autor una exposición de las principales doctrinas al respecto y en conexión con las normas de *ius cogens*. Véase *Introducción al Derecho internacional público*, Madrid, 1974, p. 78.

(61) Para CH. CHAUMONT, las normas de *ius cogens* constituyen nuevos avatares de las normas consuetudinarias generales. Coloquio de Reims de 1974, *op. cit.*, p. 4. La bibliografía al respecto constituye una de las más novedosas y fecundas aportaciones de los últimos años. Sólo a título enunciativo cabría destacar: J. A. CARRILLO SALCEDO, *La distinción entre crímenes y delitos internacionales*, anteproyecto de ponencia, Madrid, 1979; A. MARÍN LÓPEZ, *Las normas imperativas en Derecho internacional*, «H. al Prof. Sela Sampil», Oviedo, 1970, p. 61; J. A. PASTOR RIDRUEJO, *La determinación del contenido del «ius cogens»*, anteproyecto de ponencia, Madrid, 1972; A. PÉREZ GONZÁLEZ, *Los gobiernos y el «ius cogens»: las normas imperativas del Derecho internacional en la Sexta Comisión*, «H. al Prof. Sela Sampil», t. I Oviedo, 1970, p. 105; J. JUSTE, *Las obligaciones «erga omnes» en Derecho internacional público*, «H. al Prof. Miaja de la Muela», t. I, Madrid, 1979, pág. 219; K. MAREK, *Contribution à l'étude du «ius cogens» en Droit international*, «H. a P. Guggenheim», Genève, 1968, p. 426; M. GOUNELLE, *Quelques remarques sur la notion de «crimen international» et sur l'évolution de la responsabilité internationale de l'Etat*, Mélanges Reuter, Paris, 1981, p. 315; M. K. YASEEN, *Réflexions sur la détermination du «ius cogens» en Droit international*, en

Para algunos autores constituyen los postulados éticos del orden internacional, para otros son los principios constitucionales de este ordenamiento. Autores como Rolin, Mónaco, Schwarzenberger, consideran que son expresiones del orden público internacional, pero como afirma el profesor Remiro Brotons, el paralelismo entre el orden público estatal y el *ius cogens* internacional es difícil de establecer, porque requeriría como en los órdenes internos, un juez inserto en una estructura jurisdiccional de una Sociedad homogénea. Los problemas para el juez internacional arrancarían incluso de la necesidad de deslindar los principios *que son* y los principios que *podrían ser*. «El *ius cogens* (por el contrario), trata de sobrenadar por las aguas turbulentas de una sociedad quebrada por la ideología y los intereses en conflicto de sus miembros, formalmente partidarios. Esto dificulta la aprehensión de la mencionada distinción y hace de todos los principios, permanentes «políticas de acción», «manejadas —o manipuladas— por los Estados al servicio de las discrepantes exigencias de su poder» (62).

Personalmente entiendo que es la realidad de la coexistencia la que fundamenta este tipo de principios, como cualesquiera otras normas del Derecho internacional, porque en esta tensión, que hemos querido desarrollar como tesis de este trabajo, entre pragmatismo y política en el Derecho internacional actual se constata la afirmación de Charpentier cuando dice: «el fundamento del Derecho internacional no reside en la comunidad internacional en sentido metafísico, sino simplemente en la coexistencia de los Estados y esto es suficiente para que cada uno de ellos esté obligado a tener en cuenta la actitud de los otros y a entenderse para evitar la anarquía permanente. Existe coexistencia y desgraciadamente no comunidad, lo que equivale a no presuponer valores universales, sino equilibrio entre la correlación de fuerzas y los intereses individuales y hoy, en algunos aspectos, colectivos» (63).

«Coloquio sobre L'élaboration du Droit international», París, 1975, p. 204; P. WEIL, *Vers une normativité relative en Droit international*, «RGDIP», 1928/1, p. 5. CH. DE VISSHER, *Positivisme et ius cogens*, «RGDIP», 1971, p. 5. P. M. DUPUY, *Action publique et crimen international de l'Etat: à propos de l'art. 19 du projet de la CDI sur la responsabilité des Etats*, «AFDI», 1979, p. 539.

(62) A. REMIRO BROTONS, *Derecho internacional público*, en especial las páginas dedicadas al análisis singularizado de las distintas cuestiones que suscitan las normas imperativas, Madrid, 1982, pp. 6 3a 72 y en concreto la página 71.

(63) J. CHARPENTIER, en el debate sobre «ius cogens» en el coloquio de Toulouse sobre *L'élaboration du Droit international public*, París, 1975, p. 215.