

Capítulo I

Sociedad y Derecho Internacional

I. ¿EXISTE UN DERECHO INTERNACIONAL?

Podemos definir el *Derecho Internacional* como el conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regulan las relaciones (derechos y obligaciones) de los miembros de la sociedad internacional a los que se reconoce subjetividad en este orden.

1. Negadores del Derecho Internacional

El *Derecho Internacional* parece condenado a justificar, una y otra vez, su fundamentación y validez *jurídica*. La *razón de Estado* como único principio de la acción política (Maquiavelo), el *estado de naturaleza salvaje* en que se mueven las naciones (Hobbes), la adoración del *poder* (Spinoza) o la exaltación de la *majestad del Estado* (Hegel) han alimentado la saga de los negadores de unas relaciones sometidas a cualesquiera clase de reglas.

La mayoría de ellos, sin embargo, consciente o intuitivamente, más que negar las reglas, niega su carácter *jurídico*, congregándose alrededor de una concepción *unitaria* del Derecho, identificado por las características del que es propio de las sociedades estatales, entre las que destacan la *coercibilidad*, esto es la posibilidad de su imposición coactiva y la sanción de quienes infringen mandatos y prohibiciones.

Unos de sus principales abanderados, J. Austin (*The province of jurisprudence determined*, 1832; *Lectures on Jurisprudence*, 1861) presenta, en efecto, el Derecho positivo como un orden de subordinación al que es immanente la coercibilidad, de lo que deduce su exclusiva localización en el Estado, única entidad con poder político soberano para dirigir mandatos; el Derecho internacional (*law of nations*), compuesto de opiniones y sentimientos comunes de los Estados que imponen deberes respaldados por meras sanciones éticas, no sería auténtico Derecho, sino una rama de la *moral* o de la *corfesía* internacional; de hecho, Austin compara sus reglas con las del *honor* o la *moda*. De fácil vulgarización y aparente confirmación por el curso de unos acontecimientos servidos hoy, en los hogares del mundo (desarrollado), entre plato y plato, por los medios de comunicación de masas, la doctrina ha sido —y es— *popular*.

Sin embargo, la *coercibilidad* de la norma tiene que ver con su *eficacia*, no con su *naturalidad*. ¿Acaso los límites de velocidad o las prohibiciones de manejar un vehículo cuando se supera un determinado índice de alcohol en sangre son ley sólo

La ocupación de América o de África por potencias europeas y la esclavitud de sus gentes requerían la negación de su personalidad en el marco de una sociedad internacional cuyos miembros, de acuerdo con sus normas, podían hacer suyas tierras y criaturas de *nadie*. Aun hoy caben políticas orientadas a la exclusión de ciertos Estados de la sociedad internacional, con el consiguiente abandono de un marco jurídico para las relaciones que los demás guardan con ellos; pero, con independencia de lo equivocadas que estas políticas resultan, son la prueba irrefutable de la importancia que tiene para la supervivencia humana política-mente organizada la afirmación de una sociedad regida por normas jurídicas.

2. Derecho, sí; pero de la sociedad internacional

La existencia de un orden jurídico es —como señaló R. Ago— una realidad objetiva cuya existencia se verifica en la historia. La virtualidad del DI está confirmada por la experiencia, la práctica de los Estados y la jurisprudencia; pero, respondiendo a las características de la sociedad internacional, se trata de un Derecho *distinto* de los Derechos estatales y hasta, por comparación, más *imperfecto*, tanto por su menor institucionalización, consecuencia de la estructura social, como por la inadecuación de sus medios en relación con sus objetivos y las necesidades presentes de dicha sociedad.

Las sociedades estatales, grupos humanos que se autogobiernan en un territorio determinado, responden a una elevada concentración del poder, una jerarquización que permite actuaciones por vía de autoridad y una distinción formal entre los agentes del sistema jurídico y sus destinatarios. En estas sociedades, muy institucionalizadas, la fuerza es un monopolio del Estado, como lo son las prerrogativas de dictar las leyes, administrar la justicia, ante la que cualquier sujeto puede acudir unilateralmente en amparo de sus derechos, e imponer coactivamente el respeto del orden jurídico. Dentro de un sistema democrático la subordinación de los sujetos a los poderes del Estado se encuentra humanizada por su ejercicio a través de la representación popular, su articulación territorial en unidades cuyas competencias se inspiran en el principio de subsidiariedad, la aceptación del arbitraje de los conflictos de intereses privados y la salvaguardia de un bloque de normas constitucionales para la conservación del Estado, la separación de poderes y el control de los mismos y los derechos fundamentales de las personas, en particular de los ciudadanos.

La sociedad internacional es original y básicamente la sociedad de los Estados soberanos e interdependientes en situación de yuxtaposición. Los cambios sociales unidos al proceso de la *globalización* han atraído a un buen número de *actores*, pero ni hay una *gobernación sin Estados* ni éstos han sido superados como unidades básicas de la sociedad internacional, al punto que, en las palabras del *Grupo de Alto Nivel* que, a petición del Secretario General de NU redactó el informe sobre *las amenazas, el desafío y el cambio* (diciembre de 2004), cualquier

cuando se cuenta con la proximidad de un radar activo o con aparatos de medición de alcoholemia en manos de agentes acreditados? La *coercibilidad* favorece la observancia *voluntaria* de la norma y, en caso de infracción, puede conducir a su aplicación forzosa y/o a la sanción por el incumplimiento; pero esto tiene que ver con la validez sociológica del Derecho, no con la definición de lo jurídico. Por otro lado, no debe exagerarse el papel de la *coercibilidad* para servir el cumplimiento del Derecho. El interés por seguir participando en un determinado régimen cooperativo e interactivo es, a menudo, más solvente, cuando la participación retribuye el cumplimiento.

El mundo del deporte ofrece inmejorables ejemplos de semejante modelo. La observancia de las decisiones de organizaciones como la FIFA o la UEFA que, a la postre, son únicamente sociedades de Derecho privado registradas en un cantón helvético, por sus destinatarios, entodo el mundo o en Europa, se debe sustancialmente al interés de éstos en seguir participando, en no ser excluidos. Particularmente significativa es la renuncia a derechos fundamentales, como la tutela judicial efectiva, impuesta por tales organizaciones para salvaguardar la exclusividad de las instancias deportivas, so pena de exclusión. En septiembre de 2006 se vivió, por ej., una situación *curiosa* cuando, ante la demanda de un club portugués de *football* ante los jueces ordinarios recurriendo la decisión de la federación local de sancionarlo con el descenso a segunda división, con la consecuente paralización parcial de la competición, la FIFA advirtió que de no zanjarse rápidamente la cuestión excluiría a la selección nacional y a los clubes portugueses de todas las competiciones internacionales. Es revelador que en su ansiedad por evitar una medida así, las autoridades federativas portuguesas apelarán al *interés público* para forzar al club litigante a retirar su demanda...

Si la coercibilidad no es, pues, un componente de la validez jurídica de la norma, tampoco ésta ha de confundirse con su expresión histórica en los Derechos estatales. El Derecho es una necesidad social, expresada por los juristas romanos bajo el célebre e inmortal adagio *ubi societas, ibi ius*. Pero si toda sociedad ha de contar con un ordenamiento jurídico, no es menos cierto que sus características son determinadas por las sociales, cuyas relaciones pretende regir, en un momento dado: *sic societas, sicut ius*. El Derecho de las sociedades estatales y el Derecho de la sociedad internacional no tienen por qué vaciarse del mismo molde.

Tampoco tiene el Derecho de la sociedad internacional de nuestro tiempo por qué identificarse con el de la sociedad internacional de un tiempo pretérito.

La negación del DI sólo cabe rechazando previamente el presupuesto del que es consecuencia inevitable: la existencia de una sociedad internacional. En el pasado, la exclusión de esta sociedad, en nombre del progreso, de una parte considerable de los pueblos que componen la humanidad sirvió para justificar su exterminio, ocupación y dominación.

Así, el 6 de diciembre de 1830, al anunciar al Congreso la próxima *feliz consumación* de la remoción de los *Indios* de los asentamientos blancos, el Presidente A. Jackson, declaraba muy naturalmente: "... una tras otra, muchas tribus poderosas han desaparecido de la faz de la tierra. Acompañar a la tumba al último de una raza y caminar entre las sepulturas de extintas naciones excita melancólicas reflexiones... Nada de esto, sin embargo, ha de lamentarse dentro de una visión comprensiva de los intereses generales del género humano... ¿Qué buen hombre preferiría un país cubierto de bosques y recorrido por unos cuantos miles de salvajes a nuestra dilatada República, tachonada de ciudades, pueblos y prósperas granjas...?"

suceso o proceso que socave ese papel "constituye una amenaza a la seguridad". De lo que hoy se trata, pues, es de reforzar al Estado, mejorando la calidad de sus instituciones, legitimando su soberanía como un haz de competencias y servicios que ha de prestar a los individuos, recalcando su responsabilidad principal en la satisfacción de los fines sociales. (v. cap. II, IV, VI, XXXI).

Es, pues, la sociedad internacional una sociedad horizontal, escasamente institucionalizada, con un número limitado de sujetos que partiendo del principio de su igualdad formal —la igualdad soberana— persigue su coexistencia y, eventualmente, articula una cooperación para satisfacer intereses comunes mediante organizaciones internacionales que reciben de la cabeza jupiterina de los Estados una cierta subjetividad. El poder de los Estados está en la realidad muy desigualmente repartido —lo son China y Andorra, Rusia y Nauru, Estados Unidos y Santa Lucía— pero, poco o mucho, cada cual conserva como punto de partida el suyo. La distinción entre, de una parte, legislador, juez y gendarme y, de otra, el destinatario de las normas, no se produce. Así, la ley, acto normativo primordial de los Derechos estatales, se ve sustituida en el orden internacional por las obligaciones consentidas —activa o pasivamente— por sujetos *civitates superiores non recognoscentes*, la demanda judicial por el compromiso, el auxilio policial por la autotutela.

Norma y obligación tienden, pues, a confundirse en el orden internacional. Aquella, con las salvedades que se harán oportunamente (v. *infra*), existe en la medida en que un sujeto ha aceptado —o, bajo determinadas circunstancias, no ha rechazado— obligarse, someterse. En la teoría de los métodos de formación de las normas-obligaciones internacionales la distinta expresión e intensidad del consentimiento del Estado, que puede resultar, incluso, embebido en un estado de conciencia colectivo, desemboca en la articulación de diferentes fuentes formales (actos unilaterales, acuerdos orales y escritos, procesos de naturaleza consuetudinaria); pero su unidad esencial es puesta de relieve por el hecho de que, frecuentemente, una misma manifestación o comportamiento puede ser simultáneamente incardinada en más de un tipo normativo u obligatorio, según la predilección ideológica del calificador. Por otro lado, no sólo en el momento de la creación jurídica, también al decidir las reglas aplicables en el caso concreto, forzar su revisión o buscar la solución pacífica de las diferencias que por una u otra causa puedan originarse, el consentimiento de los sujetos interesados es inexcusable. Lo es, desde luego, para atribuir a un tercero, árbitro o juez, la competencia sobre un litigio, y ha de contarse con la cooperación *bona fide* de las partes para la observancia de una decisión, obligatoria pero sólo declarativa, que de no ser acatada quedará a expensas, como en general, la exigencia de toda responsabilidad y sanción por el incumplimiento de las reglas, de las fuerzas en presencia, de las relaciones de *poder*.

Buscando una interpretación de por qué los Estados cumplen por sí, directamente, las tres funciones indispensables de creación, verificación jurisdiccional y ejecución del Derecho, se ha dicho (G. Scelle) que las carencias institucionales de

la sociedad internacional fuerzan el *desdoblamiento funcional* de sus miembros que, al actuar por su cuenta, también lo hacen por la sociedad internacional.

La imagen es tan atractiva como peligrosa. Al defender sus intereses legítimos los Estados defienden también los societarios; eso es atractivo. Pero también es peligroso.

Cuando en 1983 el presidente de los Estados Unidos decidió el desembarco de sus célebres *marines* en la isla de Grenada o, en 1989, el bombardeo y ocupación de la ciudad de Panamá, mejor era alegar el interés de la humanidad en el respeto de derechos fundamentales violados por los gobernantes locales que reconocer la intolerancia estadounidense de cuatesquiera gobiernos hostiles en el área centroamericana.

En realidad los intereses generales de la sociedad internacional suelen aparecer al servicio de posiciones encontradas.

Cuando, por ej., Estados Unidos, Rusia o Gran Bretaña sostienen el *paso en tránsito* por los estrechos esenciales para la navegación internacional prefieren buscar apoyos aduciendo los intereses generales del comercio, antes que confesar su interés estratégico en el despliegue irrefracto de sus poderosas fuerzas aeronavales. Enfrentados a las grandes potencias marítimas, los ribereños de los estrechos más importantes, buscando sostén para su causa, han podido denunciar los riesgos de un despliegue incondicionado de flotas aeronavales y armamento nuclear por mares y océanos y advertir que basta el reconocimiento del derecho de *paso inocente* para acomodar los intereses del comercio internacional con los del ribereño a su seguridad física, política y militar (V. Cap. XXIV).

Lo mejor que cabe hacer para proteger los intereses generales de la sociedad internacional y, con ellos, los de los miembros más débiles, es favorecer su institucionalización con un sentido pluralista, participativo y no discriminatorio. De no ser así, los intereses generales acaban siendo mostrencos, al alcance de cualquiera con el poder necesario para satisfacer sus propósitos, legítimos o no, escamoteados tras apariencias respetables.

II. ¿ES EFICAZ EL DERECHO INTERNACIONAL?

Si tuviéramos que apreciar el respeto del Código penal por las páginas de sucesos de los periódicos la conclusión que sacaríamos de su lectura sería muy deprimente. Lo mismo ocurre con las normas internacionales: una sensación de irrespeto invade a una opinión pública machacada por las innumerables violaciones de que dan cuenta los medios de comunicación, sin reparar que son noticia justamente porque siguen siendo extraordinarias. Es entonces cuando más se agita el dedo acusador de su falta de coercibilidad, aunque en una consideración más detenida no se trata tanto de que el DI no sea coercible sino de que, en principio, sólo lo sea a partir de la apreciación subjetiva, oportunista y discriminatoria de quienes en cada caso se encuentran en una posición de superioridad.

3. La observancia espontánea del Derecho Internacional

Profundizando en el *porqué* y en el *cuándo* los Estados cumplen o infringen el DI, se ha observado (L. Henkin) que la impresión de ilegalidad en que se debate la sociedad internacional puede ser producto de la tendencia a imaginar su Derecho a la luz de grandes acontecimientos dramáticos, a pesar de que en su mayor parte es la herramienta rutinaria e incontrvertida del tráfico ordinario de las naciones.

En la práctica habitual el DI ofrece un índice elevado de observancia espontánea, mayor incluso que la del estándar medio de los Derechos estatales; lo que es lógico, pues siendo el consentimiento del destinatario fundamento de sus obligaciones ha de suponerse que la regla consentida responde a sus intereses. A menudo, la causa principal del incumplimiento no tiene que ver (A. y A.H. Chayes) con la (mala) voluntad del sujeto obligado, sino con su falta de recursos humanos, técnicos y económicos para ejecutar lo acordado, algo que puede solucionarse con una buena asistencia. La consideración ética de muchas obligaciones, el valor que se concede al *pacta sunt servanda* en las relaciones sociales y la proyección positiva de la imagen que ofrecen quienes respetan sus compromisos apuntalan esa observancia, sea cual sea el fundamento que reconocemos a la *obligación de obedecer*.

Según uno de los exponentes de la teoría del *juego limpio* (Hart) cuando un número de personas lleva a cabo una empresa de acuerdo con reglas, restringiendo así su libertad, quienes se han sometido a esas restricciones tienen derecho a un sometimiento parejo de los demás. En términos similares, otro de los exponentes (Rawls) invoca los principios de imparcialidad y reciprocidad para fundamentar la adhesión a las reglas de quienes se comprometen voluntariamente en una empresa de cooperación ventajosa para todos, cuando simultáneamente limitan su libertad en la medida necesaria para la consecución de sus fines. Tanto Hart como Rawls se refieren a sociedades políticas, y política es la sociedad internacional. La pertenencia a la misma implica ese tipo de renunciaciones voluntarias para el logro cooperativo de las finalidades insitas en la mera existencia de la sociedad internacional.

La historia nos cuenta que Venecia, la República Serenísima, mantuvo siempre la observancia formal de sus tratados, no por una consideración moral, sino mercantil, extrapolada a la política: la importancia de la reputación (la *reputazione*) para la mejor defensa de los intereses permanentes de la República. Los Estados son conscientes que las infracciones del orden internacional dañan uno de sus principales activos: su imagen exterior, y se disponen en todo caso para dotar de cobertura legal a sus decisiones y actos, por temeraria que parezca. No es nada nuevo. Ya Hugo Grocio advertía en 1625 (*De iure belli ac pacis*) que nadie podía escapar al juicio de su *conciencia* y al de la *opinión pública*: "a ellos apelan los débiles; en ellos son vencidos aquellos que quieren vencer solamente por la fuerza..."

Los problemas graves comienzan, precisamente, cuando es la voluntad, el consentimiento, lo que falla: 1) por no haber existido (caso de las normas generales preexistentes a los nuevos Estados, v. *infra*); 2) por haber sido *arrancado* por sujetos más poderosos decididos a quedarse con el santo y la peana; ó 3) por un cambio de circunstancias que ha roto la compensación de intereses que la regla reflejaba.

4. Infracción y provocación del Derecho Internacional

Más allá de la observancia espontánea de las normas conviene tener presente que, a menudo, las infracciones cargadas unilateralmente por un sujeto en la cuenta de otro originan *diferencias* que no versan propiamente, o sólo, sobre los hechos imputados, su subsunción por los conceptos y categorías jurídicas utilizadas o la pertinencia de la alegación de una causa excluyente de la licitud o de la responsabilidad, sino sobre la *existencia* misma, el *contenido* o la *oponibilidad* de la norma al presunto infractor.

Así, la diferencia sobre el apresamiento de un buque de pesca extranjero fuera de la *zona económica exclusiva* (v. Cap. XXIV) puede versar sobre la *existencia* no de una norma que habilite al efecto a los ribereños cuando se trata de proteger a una población de peces *transzonales*: el incidente originado por la expulsión de un barco de guerra del mar territorial de otro Estado ha podido centrarse en si el *contenido* del derecho de *paso inocente* abarca o no a tales buques; la contestación nacida de la imposición a un gran petrolero de los reglamentos dictados unilateralmente por el ribereño de un estrecho importante puede desplazarse a la *oponibilidad* o no del régimen de *paso en tránsito* a quien lo ha venido rechazando de forma sistemática y continuada.

Los Estados, como ya hemos dicho, no son —en términos generales— obligados por reglas que no han consentido. El *relativismo* resultante de este principio trata de ser atajado con otro, el de *no formalismo* en la expresión del consentimiento, que facilita la aceptación y, como consecuencia, la ampliación y generalización del ámbito de aplicación de las reglas. Los Estados no están encadenados, en principio, a formas determinadas de manifestación de su voluntad y, como consecuencia, sus actos —y, atendiendo a las circunstancias del caso, sus omisiones— tienen relevancia jurídica. El *mimo* es un arte que se desempeña en las relaciones internacionales no menos que en la escena o en el juego del mus.

El esfuerzo por superar el relativismo a través del no formalismo tiene, sin embargo, un precio de *incertidumbre*, aumentado por la importancia de la *provocación* y la *jactancia* en el proceso de cambio y evolución jurídica y la dificultad de asentar la jurisdicción de un tercero para que, imparcialmente, determine el punto en que, en un momento dado, estamos parados. Y aun esto, de conseguirse, es un remedio limitado por la constatación de las discrepancias que, como revela un somero repaso de la jurisprudencia internacional, sustenta un colegio de hombres igualmente capaces y justos al estimar los comportamientos estatales en relación con las formas de producción normativa.

Tómese como ejemplo la Corte Internacional de Justicia (CIJ): menos de la mitad de las sentencias y opiniones consultivas dictadas entre 1948 y 2006 han sido adoptadas por unanimidad o con un solo voto en contra, rebasan ampliamente el centenar las opiniones disidentes que las han acompañado y todavía es mayor el número de las opiniones individuales de jueces que participando del dispositivo de la decisión creen en argumentaciones omitidas o insuficientemente recogidas en sus consideraciones. En algunos casos, ha sido decisivo el voto del Presidente para dirimir un empate (*Sudeste africano, segunda fase*, 1966; *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, 1996). Ha habido ocasión en que siete de los catorce jueces que han votado a favor del dispositivo han manifestado su "profundo desacuerdo" con la motivación (*Licitud del empleo de la fuerza*, 2004).

Si esto sucede con un colegio de hombres honorables cuya misión es pronunciar en Derecho —a menos que las partes acuerden someterse a una decisión de pura equidad, rara y hasta ignota *avis* (art. 38.2 del Estatuto de la CIJ)— ¿cómo no suponer la explotación de la *incertidumbre* del Derecho *dado* por sujetos con intereses contradictorios? Los alegatos de infracción constituyen, máxime cuando los interesados no han de deferrirlos al juez o al árbitro internacional, un *leit-motiv* dialéctico de ida y vuelta porque nadie comete la torpeza de conceder al adversario la ventaja de la *lex lata*; detrás, lo que subyace es un debate legiferante, dos o más *políticas* enfrentadas acerca de la norma en un proceso siempre inacabado de transformación más próximo a los jardines de Bomarzo, recreados por Múgica Láinez, que a los de Versailles.

Cuando Canadá decidió aplicar coactivamente sus reglamentos pesqueros a barcos que faenaban fuera de su zona económica exclusiva, modificó su declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte para hurtarse a las eventuales demandas de los Estados del pabellón de los barcos que fueran apresados. En 1995 el barco español *Estar* vivió esta experiencia y Canadá, demandada por España ante la Corte, invocó con éxito su reserva (*Competencia en materia de pesquerías*, 1998). Canadá era consciente que, de haber entrado la Corte en el fondo del asunto, sus posibilidades de evitar la declaración de su infracción y consecuente responsabilidad hubieran sido muy reducidas. Sin embargo, es obvio que, lejos de reconocerlo, habría sostenido ante la Corte la licitud de su comportamiento alegando, *inter alia*, la existencia de una norma general facultando a los ribereños a actuar en defensa de la conservación de las pesquerías transzonales, más allá de las zonas bajo su jurisdicción...

La confusión deliberada de los aspectos jurídicos y políticos de la controversia o, directamente, el aprovechamiento de los primeros para servir a los segundos, oscurece sobremanera la apreciación de la eficacia, de la validez sociológica del DI, cuando el observador no está dispuesto a dar como buenas las denuncias de incumplimiento con que unos pretenden servir un *status quo* que otros afirman periclitado. Puede, en definitiva, ocurrir que las infracciones que se achacan a otros no sean tales, sino reflejos críticos de un Derecho cuyo contenido es tan incierto como el círculo de los sujetos obligados y cuyo proceso de revisión aún no ha cristalizado.

5. Adopción y legitimación de decisiones

Finalmente el Derecho, cualquier Derecho, es sólo un factor en el proceso de toma de decisiones de los sujetos, que siempre conservan la libertad para conformarse con él o quebrantarlo. El respeto de la norma jurídica puede ser —es— uno de los intereses interiorizados por destinatarios conscientes de la ganancia global que supone, aunque en el caso concreto la observancia de una determinada disposición cause algún perjuicio material. Por lo que hace al orden internacional ese respeto mejora a medida que la sociedad se institucionaliza, dotándose de medios de incitación y seguimiento de la aplicación de las reglas, de solución pacífica de las diferencias obligatorias en su experimentación y, eventualmente, vinculantes en su decisión, y previendo sanciones para los declarados

infractores conforme a un procedimiento imparcial. Asimismo, cabe mencionar la significación que pueden tener medidas internas, como la recepción constitucional de las normas generales del DI y su salvaguardia mediante el ejercicio de los controles parlamentarios y judiciales, para evitar que se desboque la acción exterior encomendada al Poder Ejecutivo. En el modelo propuesto por Harold Koh se enfatiza que el DI transpira en los ordenamientos internos, que las normas de ese ordenamiento se internalizan, en un proceso de *domesticación vertical*, lo que es una mayor garantía para su cumplimiento, o una razón más poderosa para hacer lo que dicta el Derecho.

Nada asegura que, después de todo, las normas sean observadas. Pero, ¿podría ser de otra manera? Si incluso la pena de muerte es ineficaz para dejar a cero la estadística de homicidios (y los abolicionistas la estiman no más disuasoria del delito que otras penas), ¿que esperar de los Estados en sus relaciones con los demás cuando respetar las normas choca con la satisfacción de intereses que se califican *vitales, esenciales o muy importantes*?

La supervivencia de los Estados no es materia de Derecho, dijo el antiguo Secretario de Estado D. Acheson para justificar la cuarentena impuesta por los Estados Unidos alrededor de Cuba en 1962, al tener constancia del transporte y almacenamiento en la isla de cohetes soviéticos dotados con cabezas nucleares. Entre la gama de medidas consideradas se prefirió la cuarentena a otras acciones, como el desembarco o el bombardeo de las instalaciones, porque ofrecía la mayor eficacia con el mínimo riesgo, no por consideraciones jurídicas, secundarias en el proceso decisivo según el relato de la crisis hecho por algunos de sus protagonistas, como Robert F. Kennedy (*Thirteen Days. A Memoir of the Cuban Missile Crisis* (1968) o Abram Chayes (*The Cuban Missile Crisis*, 1974) y traducido al lenguaje cinematográfico por Roger Donaldson (*Thirteen Days*, 2000).

Recientemente la misma CIJ, dando respuesta a una cuestión jurídica planteada por la AGNU se ha dejado seducir por lo que G. Jellinek llamó la *exigencia imperiosa de la conservación del Estado* (*Uhere von den Staaten verbindungen*, 1882) para confesar su perplejidad acerca de la legalidad o no de la amenaza o del empleo de armas nucleares en una circunstancia extrema de legítima defensa en que la supervivencia misma de un Estado estuviese en juego (*Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, 1996). Cabe temer la desmesura en la interpretación unilateral de esos conceptos por los sujetos dotados de tal clase de armamento... (V. Caps. XXVI y XXVIII).

Reconozcamos, en todo caso, que el DI desfallece como factor en la toma de decisiones a medida que su observancia se aleja de —o perjudica— la satisfacción de estos intereses (*vitales, esenciales o muy importantes*), sobre todo cuando son los de grandes potencias o de Estados en situación de superioridad relativa, siempre inclinados a promover dogmáticamente las propias concepciones del mundo o de la región. Esos intereses suelen vincularse a la conservación de la independencia y del territorio, pero también a la noción —hoy expansiva— de la propia *seguridad* o incluso, en ocasiones, a sentimientos colectivos, como el *honor nacional*, particularmente peligrosos por la irracional emotividad que hace presa en las masas.

Cuenta Richard A. Clarke, zar antiterrorista bajo las presidencias de Bill Clinton y George W. Bush, la primera vez que propuso la captura en el extranjero de un presunto terrorista, en 1993, Lloyd Cutler, asesor de la Casa Blanca, solicitó una reunión con el Presidente para explicar que eso suponía violar el Derecho Internacional. Al parecer, Clinton estaba del lado de Cutler hasta que el Vicepresidente Al Gore, incorporado a la reunión, se rió y dijo: "Es una decisión fácil. Por supuesto que es una violación del Derecho Internacional, por eso tiene que ser una operación encubierta. Ese tipo es un terrorista. ¡D y traedlo de los huevos!" (R.A. Clarke, *Against All Enemies: Inside America's War on Terror*, 2004). Gore era un demócrata moderado, amante de la naturaleza. Su consejo puntual se hizo regir con las sucesivas administraciones de George W. Bush.

La demostración naval y el levantamiento de minas en las aguas albanesas del estrecho de Corfú por la armada británica —actos internacionalmente ilícitos según la CIJ (1949)— tres semanas después de que dos de sus torpederas sufrieran pérdidas humanas y materiales al chocar con tales artefactos, puede contemplarse desde la perspectiva de la defensa del honor. Lo mismo cabe decir, en parte, de la decisión de Gran Bretaña de echar a la mar, rumbo a las Malvinas, en 1982 la flota de guerra más importante desde la última conflagración mundial, sobre todo si se tiene en cuenta la facilidad con la que Argentina se hizo, de la noche al día, con el control, a la postre efímero, del archipiélago.

Reducir el núcleo de estos intereses, *dominantes* (M. Bos) porque, lejos de ser dominados, dominan al Derecho, es una política que requiere, para prosperar, procesos de producción normativa capaces de integrar el más amplio abanico de intereses en juego. Hace ya años Ch. de Visscher señalaba la *extraña paradoja* de que las partes más sólidas del DI, cuya observancia regular en la práctica de los Estados se halla asegurada, se refieren a cuestiones sin influencia real sobre los problemas verdaderamente vitales, siendo en cambio las partes más débiles las que colocan a los pueblos en la disyuntiva de la paz o de la guerra.

Ahora bien, incluso en los casos que la opinión pública identifica como violaciones escandalosas del orden internacional, se advierte el deliberado esfuerzo de los Estados por justificar su conducta en términos jurídicos.

El mismo Kant, que no creía en la fuerza legal del Derecho de Gentes, advertía (*Zum ewigen Frieden*, 1795) el homenaje que todo Estado rendía al concepto del Derecho: ha de admirarse mucho, decía el filósofo alemán, "que la palabra *Derecho* aún no ha podido ser completamente desterrada como pedante de la política bélica, y aún no se ha atrevido ningún Estado a declararse públicamente por esta opinión...". Los padres del DI eran siempre citados para la justificación de un ataque bélico, sin que, por el contrario, se conociera ejemplo alguno —añadía con ironía— en que su testimonio hubiera movido a desistir de tal designio.

Todo Kant era desde luego ajeno a la Administración de R. Reagan, pero a nadie pudo extrañar que ésta tratase de justificar la intervención de Estados Unidos en Nicaragua, finalmente condenada por la CIJ (1986), como expresión, *inter alia*, de legítima defensa colectiva de El Salvador, aduciendo —y judicialmente no probando— que el gobierno sandinista abastecía de armas a la guerrilla salvadoreña (FSLN). Igualmente, en 2003 George W. Bush trató de presentar el recurso unilateral y masivo a la fuerza armada en Iraq como una operación conforme con las normas internacionales. Una y otra vez Estados Unidos insistió en que él y sus satélites (las "naciones dispuestas") eran los garantes de la legalidad internacional y del respeto de las resoluciones del C. de S. (v. Cap. XXVIII).

Desde esta perspectiva el DI manifiesta su eficacia incluso en los casos en que podría entenderse objetivamente infringido por lo que un día se llamó la *razón de Estado*, ese *monstrum horrendum, informe, ingens*, al decir de Bynkershoek, que con tanta brillantez supo presentar Maquiavelo. Aun desestimado en la toma de una decisión, renace con vigor en las manos de los asesores iusinternacionales de

las cancillerías, una de cuyas misiones primordiales estriba en justificar en términos legales la acción exterior del Estado dentro —ciertamente— de un proceso dialéctico sin fin.

Algunos se ganan bien, sólo por esto, su salario. "Las disquisiciones legales son cosa suya" cuentan que dijo Federico de Prusia al ministro Podewils cuando, disponiéndose a tomar en mano la Silesia, se le advertía que por tratado solemne había renunciado a sus antiguos derechos. No en vano se llamaba a Federico el rey filósofo.

Diríase que, en último término, los Estados buscan en el DI el tono de respetabilidad y decencia de que carecen, examinadas al desnudo, decisiones inspiradas en meras consideraciones políticas.

6. Derecho Internacional y Poder

Se ha dicho que un orden internacional no podía basarse sólo en el poder, el *naked power*, porque siempre, a la larga, la humanidad se revolverá contra él (F. H. Carr). Esta observación, sin embargo, puede tanto servir de aliento en la lucha por el imperio del Derecho como de invitación para emboscar el poder en el Derecho, es decir, para buscar el imperio con el Derecho.

Derecho y Poder se mueven por los mismos espacios. Quienes beben en el *estancque dorado* de B. de Spinoza llegan a confundirlos. En párrafos anteriores ya hemos aludido a la estrecha relación que guardan entre sí: a medida que aumenta el *poder* de un Estado también lo hace su capacidad para tutelar sus intereses legítimos, influir en las políticas acerca de los contenidos y revisión de las normas y presentar adecuadamente sus comportamientos, incluso como el *ángel protector* de los intereses generales de una sociedad pobremente institucionalizada.

El derecho individual de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (C. de S.) de las NU (China, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Unión Soviética, hoy Rusia) es la expresión extrema del formidable privilegio que hubo de reconocerse a los más poderosos al término de la Segunda Guerra Mundial, gracias a cual pueden hurtarse no sólo a las consecuencias de sus infracciones (y las de sus clientes) de la prohibición de la amenaza y uso de la fuerza, sino a la previa calificación de las mismas por el órgano al que se atribuye la responsabilidad primordial de proveer a la seguridad colectiva. La impunidad de que goza Israel, gracias a la cobertura de los Estados Unidos, para ejecutar una política violatoria del principio de libre determinación del pueblo palestino y de las normas fundamentales del DI humanitario y de los derechos humanos en Cisjordania y Gaza es, seguramente, el caso más característico de los últimos quince años (v. Caps. XXVII y XXVIII).

No obstante, también es cierto que los actos de los *grandes* atraen una atención que hace su *imagen* más sensible que las de los demás a las denuncias de los más débiles y numerosos, sobre todo cuando éstos cuentan con instancias de expresión colectiva, como la Asamblea General (AG) de las NU. De ahí el énfasis que los Estados aparentemente más desvalidos ponen en la articulación legal de sus

intereses y la conciencia extendida de que el DI, instrumento de poder, sirve también para combatirlo. La relación Derecho-Poder es innegable, pero no es única ni exclusiva; en nombre del realismo no se puede rechazar la paralela relación Derecho-Justicia. El poder es subterráneo, el Derecho terrenal y la justicia flotan en las alturas; el primero puede apoderarse del segundo a través de las obligaciones más particulares, pero los principios, al reparo de la última, resisten mejor sus embates.

III. ¿UN DERECHO INTERNACIONAL UNIVERSAL?

Si las características de un ordenamiento jurídico son condicionadas por las de la sociedad cuyas relaciones pretende regular, los cambios en la estructura y funciones de una sociedad determinada repercutirán en los planos *horizontal* — subjetivo— y *vertical* —material— de su Derecho. Y si la sociedad internacional de *nuestro tiempo* se aleja de la del *tiempo pasado*, en la misma medida el DI se transforma en ambos planos. Se trata de un proceso gradual. El mundo no es *Brigadoon*, la aldea escocesa que emergía de la niebla una vez cada cien años, amorosamente estática, expuesta a desaparecer si una de sus criaturas la abandonaba. El mundo evoluciona.

Hoy podemos afirmar un DI *Universal* porque también lo es la sociedad internacional. Pero se trata de una cualidad relativamente reciente. Y eso, no sólo porque el mundo *habitado* no ha sido siempre el mundo *conocido*, sino también por la resistencia histórica a reconocer como miembros de una misma sociedad, y por ello, iguales en derechos y obligaciones, a aquellos grupos humanos que, aun asentados de manera estable en un territorio y gobernados por sí mismos, no procedían del mismo tronco civilizatorio o no habían sido asimilados por él.

7. La Universalización como proceso histórico

Relaciones internacionales sometidas a normas jurídicas han existido siempre. Sólo en el limitado espacio del Oriente Próximo, arqueólogos y especialistas de la Historia Antigua han descubierto y estudiado numerosos textos que reflejan los lazos de amistad, alianza o vasallaje y los compromisos de paz, defensa, límites, extradición o cooperación consentidos a lo largo de tres milenios por sumerios, egipcios, babilonios, asirios, medos o israelitas. También los hubo en Asia, África o en la América precolombina, entre las ciudades-estado griegas hasta su absorción por el imperio macedónico, o entre las potencias mediterráneas hasta que Roma impuso su ley.

Sin embargo, reconociendo el valor que el estudio de tales relaciones tiene desde un punto de vista histórico, antropológico y, hasta cierto punto, comparado,

para explicar el nacimiento de la sociedad y del DI tal como hoy los conocemos, basta con tomar como punto de partida la aparición y desarrollo en el continente europeo de una sociedad de Estados soberanos e independientes, que arranca a mediados del siglo XV con la desintegración de la llamada *Resública Cristiana* (bajo la diarquía en tensión Imperio-Papado) y se asienta dos siglos más tarde con la Paz de Westfalia (1648). La sociedad internacional de nuestro tiempo es el resultado de la expansión y, finalmente, la universalización de esa sociedad, de sus valores, instituciones, reglas y prácticas.

En el período *fundacional* de la sociedad europea de Estados cristianos, soberanos e independientes, la Tierra daba asiento a otras sociedades regionales. China, bajo la dinastía Ming (1368-1644), era el *Centro* de un imperio —el más avanzado y poderoso a mediados del siglo XVI— a cuyo alrededor giraba una constelación de Estados vasallos y tributarios. El Islam, desbordando los límites del África Subsahariana en el oeste y de India en el este, contaba con tres centros hegemónicos, no bien avenidos, dispuestos a capitalizar políticamente la *comunidad de los creyentes*: el otomano, que se extendió por todo el sureste de Europa hasta la ribera del mar Negro, Anatolia, Mediterráneo oriental, norte de África y riberas del mar Rojo; el persa de los safavíes, que alcanzaba a gran parte de Iraq y de la Arabia feliz; el tártaro de las estepas euroasiáticas, que se desvaneció en las manos de Rusia para dar paso al imperio mongol establecido, de Belucistán a Bengala, por el rey de Kabul (1526) y que se expandió hacia el sur a costa de los *marathas* hindúes. Más allá del espacio euroasiático (el mundo entonces conocido), en África, América y Oceanía, había también un mundo *habitado* por un millar de grupos humanos diferentes en el que no faltaban los centros de poder como el azteca en el valle de México, el maya, (ese imperio del Norte ya desaparecido en el siglo XV, cuya conquista fue el sueño milisecular de los caribes, frustrado por la Cruz), el inca en el Perú, con una red viaria que ha sido comparada con la *gran muralla china*...

Se ha debatido ampliamente sobre por qué fue la sociedad *europea* y no una de las otras sociedades *regionales* del planeta la que protagonizó el proceso de expansión y universalización, habida cuenta de que no era ni la más extensa, ni la más poblada, ni la más rica, ni la más avanzada en artes y conocimientos científicos ni, en suma, la más poderosa. Sin entrar ahora en ese debate, que en nada altera los hechos, cabe destacar la coincidencia de las políticas expansivas de los reinos cristianos, dispuestos a llevar su competencia militar y económica a cualesquiera espacios ultramarinos, con la decisión del Imperio Chino (1436) de prohibir la construcción de naves para la navegación oceánica, por considerar que sólo desde tierra podía ser amenazado (de ahí la construcción de la *gran muralla*).

Esta medida, que también fue adoptada por el Japón de Tokugawa dos siglos después (1636), supuso un error estratégico de dimensiones históricas, pues en aquel tiempo China no sólo contaba con la mayor flota del mundo, sino que, además, su almirante Cheng-Ho había arribado en sus viajes (siete entre 1405 y 1433) a Ormuz, en el golfo Pérsico, y Mogadiscio, en la costa oriental africana e incluso, se dice, más allá.

El *recogimiento* chino entregó la iniciativa del crecimiento económico, el poderío naval y el comercio mundial a los países europeos —en disputa con los mercaderes musulmanes— que bien supieron aprovechar en su beneficio los inventos orientales. Los europeos se adelantaron a otras culturas en la adaptación de la tecnología aplicada a la guerra y a la navegación oceánica (P. O'Brien); contaban, además, con una filosofía que conjugaba la unidad esencial del género humano con la gracia santificante del cristianismo, que justificaba la discrimina-

ción mientras la fe no calara en los recipiendarios de su acción proselitista, lo que siempre era un consuelo para todos. Asimismo, se ha subrayado la circunstancia de que la sociedad europea fue la única cuyos sujetos, coaligándose, combatieron con relativo éxito la perdurabilidad de las pretensiones hegemónicas individuales de los más fuertes entre ellos.

Aún tratándose de sociedades diferentes, con sus propias reglas e instituciones, las relaciones de los miembros de la sociedad europea con los de otras sociedades permiten situarlos, en grados, eso sí, muy diferentes, dentro del sistema europeo. Ello es particularmente cierto del Imperio otomano, fronterizo de la Cristiandad y ocupando tierras en su día cristianas... Pero hay sociedades —así las de los nuevos mundos descubiertos— cuyos miembros, a pesar de ciertas apariencias iniciales, son considerados irrelevantes, lo que conduce a su liquidación en la vertiginosa espiral de su instrumentación por los miembros más destacados de la sociedad europea de Estados cristianos.

Estados Unidos, el primero de los Estados soberanos nacidos en América por obra de los colonos europeos en lucha con la metrópoli (Gran Bretaña), no quería saber nada de los manejos de Europa, pero se aplicó acuciosamente al exterminio de los pueblos indígenas en nombre del progreso.

Por breve y simplificada que sea, una aproximación al sistema, a la sociedad y al DI del tiempo pasado siempre facilitará la comprensión de sus transformaciones en un presente que de un siglo a otro ha transitado amagando la apertura de un orden nuevo. Ahora, sin embargo, sólo se trata de enfatizar un determinado curso de los acontecimientos que dio en una sociedad y un DI universal cuando la expansión europea bajo una bandera sedicentemente civilizatoria y de progreso no pudo conformarse con los contactos marginales y periféricos con los miembros de otras sociedades regionales, que parecían satisfechas con el *status quo*. Así, mientras que la emancipación de las colonias europeas en América facilitaba, entre el último tercio del siglo XVIII y el primero del siglo XIX, la incorporación de nuevos sujetos soberanos gobernados por cepas criollas, y la necesidad de controlar el proceso de desintegración del Imperio Otomano, asentado parcialmente en el oriente de Europa, conducía tras la guerra de Crimea a su admisión formal "a participar en las ventajas del Derecho Público y del Concerto europeos" (Congreso de París, 1856), se acuñaban parámetros de semicivilización (barbarie) y salvajismo para propiciar la dominación directa o indirecta sobre el resto de la tierra.

En 1836, cuatro años después de que el caraqueño Andrés Bello diera a la imprenta en Santiago de Chile sus *Principios de Derecho de Gentes*, Henry Wheaton, ministro plenipotenciario de los Estados Unidos en Berlín, firmó la primera obra general escrita en lengua inglesa (*Elements of I.*), que logró amplísima difusión gracias a sus numerosas ediciones y traducciones. En ella Wheaton, beneficiario de la doctrina alemana y, particularmente, de J. L. Klüber, el único autor, por otro lado, cuya obra (1819) había sido publicada (1828) en lengua rusa, estimó, partiendo de la superioridad de la civilización cristiana, que sólo su generalización permitiría ir ensanchando la base subjetiva de la sociedad internacional. La opinión de Wheaton era común. Tal vez por eso el pastor misionero Martín consideró que la traducción al chino de los *Elements of Wheaton* acercaría al lejano pueblo oriental a la Cristiandad y, con ello, a la membresía de la —así llamada— familia de las naciones. La versión china se publicó en 1864 y, sobre ella, se realizó la japonesa un año después.

El estándar europeo de *civilización* como criterio determinante de la admisión en la sociedad internacional permitió su extensión más allá del *occidente cristiano*, pero también sirvió las bases y modelos para la expansión imperialista y colonialista en la segunda mitad del XIX en África, Asia y Oceanía, urgida por la necesidad de materias primas y apertura de mercados de los países capitalistas en un espectacular proceso de crecimiento industrial y comercial.

8. Sin entrar ahora en la desalentadora relación histórica que ha mantenido el capitalismo de los *civilizados* y su arrogante moral de conversión y alienación con los pueblos *inferiores*, cabe constatar que la dominación colonial e imperialista se articuló jurídicamente con formas diferenciadas que respondían al sentido práctico de ciertos criterios de clasificación.

A este respecto la clasificación de James Lorimer (*The Instituts of the Law of Nations* 1883-1884, traducida al francés por E. Nys, en 1885, y de ahí al español en 1888, que complementan sus *Instituts of Law*, 1872), que distingue entre una *humanidad civilizada*, una *humanidad bárbara* (compuesta por los grupos humanos con un grado de organización superior al tribal fuera de la civilización cristiana) y una *humanidad salvaje* (compuesta por los grupos tribales), es particularmente ilustrativa.

Las consecuencias que saca Lorimer de su clasificación de los grupos humanos son reveladoras. A la *humanidad civilizada* correspondía un reconocimiento político completo, lo que suponía la aplicación íntegra del *DI racional y positivo*. A la *humanidad bárbara* correspondía un reconocimiento político parcial, lo que suponía la aplicación íntegra del *DI racional* y una aplicación restringida y variable del *DI positivo*. A la *humanidad salvaje* correspondía, por último, un reconocimiento puramente natural o humano, lo que suponía el respeto, tan sólo, de los principios humanitarios del *Derecho racional*.

Con un utilitarismo terminológico más neutro (*civilizados*, *semicivilizados* y *no civilizados*) otros autores (Hall, Oppenheim, F. de Martens, Von Liszt...) cuya obra fue muy difundida, hacen propuestas similares: los países *civilizados* podían mantener relaciones convencionales con los *semicivilizados*, pero en lo no pactado podían prevalecer de su *potencia de hecho* para imponer sus políticas dentro de los principios de orden moral dictados por los sentimientos cristianos y de humanidad, los únicos, por otra parte, que podían amparar a los *no civilizados*. Es así como el DI, al que a mediados del XIX aún era del gusto germánico llamar *Derecho Público Europeo* (por ej., A. W. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht...*, 1844, la obra de mayor éxito en lengua alemana en su época), pasa a ser un *DI de los pueblos civilizados*, como titula su tratado el ruso Federico de Martens (1881). Por aquel entonces había gentes dispuestas a protestar por los abusos a los que podía conducir esta discriminación, pero muy pocos se atrevieron a rebatir sus premisas, en general con poco o ningún eco (así, el también ruso V. P. Danevskij, desdeñado por el establecimiento académico europeo, que celebraba a Martens).

La sociedad y el DI se hacen propiamente universales sólo desde el momento en que se renunció a los estándares civilizatorios para justificar la negación a los pueblos autóctonos de los derechos de soberanía y, por lo tanto, de igualdad. Eso ocurrió sólo a mediados del siglo XX, cuando el principio de la libre determinación, que se había venido incubando tanto en el pensamiento liberal como en el socialista, animó la acción política que dio al traste con el colonialismo (v. Cap. IV).

Cabe recordar que aún el Estatuto de la primera Corte de La Haya (CPIJ) —en una formulación que ha permanecido como una incómoda evidencia en el de la CIJ— se refería a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones *civilizadas* como fuente del DI aplicable por la Corte (art. 38.1.c). Ahora ya no se trata de ganarse la estatalidad tras pasar el *test civilizatorio*: la falta de preparación no debe servir de pretexto para retrasar la independencia (res. 1514-XV, 1960, de la AGNU) y todo Estado, por el hecho de serlo, se presume *civilizado iuris et de iure*.

8. La Universalización, ¿proceso irreversible?

Con la *Declaración relativa a los Principios del DI referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las NU* (res. 2625-XXV, 1970, de la AG), los miembros de la ONU creyeron contribuir a la promoción del imperio del DI en las relaciones interestatales y, en particular, a la aplicación *universal* de los principios de la Carta, desarrollados por la Declaración al cumplirse los 25 años de su entrada en vigor.

La universalidad de la sociedad y del DI no ha sido impugnada seriamente desde entonces, a pesar de la fuerte influencia que ha podido ejercer sobre sus contenidos la aparición, primero, del *Estado revolucionario* en el solar de la *Rusia de los zares* y, más adelante, de los *nuevos Estados*, fruto de la descolonización. Los llamados conflictos *Este-Oeste* y *Norte-Sur* han animado las *políticas* sobre el DI, pero no han supuesto una quiebra de su unidad —y universalidad— esencial. Las visiones de algunos doctrinarios de todos los bandos transportados por el celo militante, una excesiva consideración del papel de la ideología en las relaciones internacionales o la valoración pesimista de una época marcada por la *guerra fría*, anunciando la desintegración de la sociedad y del DI en un conjunto de órdenes regionales o particulares cuyas relaciones responderían ordinariamente a estas y peligrosas, amén de expresamente desautorizadas allí donde, como acontecía en la Unión Soviética, la opinión doctrinal servía obligadamente las consignas de la autoridad política.

Acomodando la ideología a la geopolítica, la Unión Soviética hizo lo posible para que sus intereses, como Estado marxista-leninista y, sobre todo, como Gran Potencia, se vieran reflejados en las normas legales. Fue así que los principios e instituciones del DI se clasificaron como *democráticos* (si eran preexistentes y aceptables para el Estado soviético), *reaccionarios* (si siendo preexistentes, eran inaceptables) y *nuevos* (si el Estado soviético los consideraba una aportación propia). Las normas del DI contemporáneo eran, en definitiva, la expresión de las voluntades concordantes de Estados pertenecientes a sistemas sociales opuestos, reflejaban su lucha y colaboración y pretendían regular las relaciones internacionales en interés de la coexistencia pacífica, aunque naturalmente desde su punto de vista era la Unión Soviética, a la cabeza del socialismo, la que marcaba un ritmo que los imperialistas no tenían más remedio que seguir (lo que, de ser cierto, permitiría hoy decir que la Unión Soviética fue víctima de su ritmo). El designio de salvar la coexistencia por encima de todo, creyendo que el tiempo jugaba a su favor (lo que no resultó finalmente cierto), permitió la supervivencia del DI.

En cuanto a los *nuevos Estados*, no manifestaron una hostilidad sistemática y global al DI preexistente, en cuya formación no habían participado. En medio de la atmósfera caliente de la descolonización, hubo quienes (así, A. V. Freeman, 1964) afirmaban que era una *indigna compulsión* admitir como miembros de la sociedad internacional a entidades recién independientes cuya primera contribución consistía en reemplazar normas que servían el interés común de la humanidad por otras que les permitían liberarse de inhibiciones por una conducta irresponsable. Naturalmente estos opinantes confundían los intereses de la humanidad con los de las antiguas metrópolis. A decir verdad, los nuevos Estados aceptaban la generalidad de las normas que, por ser neutras en relación con la previa situación colonial, respondían a intereses generales; su actitud reivindicativa se circunscribía a las normas que, en su opinión, ignoraban o, directamente, lesionaban sus intereses. Desde este punto de vista, la descolonización estaba en contradicción con la conservación de normas que reflejaban la desigualdad jurídica y fáctica de la situación colonial.

B. V. A. Röling (1960), que se ocupó brillantemente de esta cuestión, observó con agudeza que la pretensión de imponer a los *nuevos Estados* un conjunto de normas de extracción europea con las que no

estaban de acuerdo, no tenía otro sentido que el de mantener gracias a ellas un *status* que ya no podía ser garantizado por el poder. No cabía inmovilizar el DI justo en el momento en que los nuevos Estados accedían a la sociedad internacional. Había en su actitud un anhelo evidente por proceder a lo que P. Reuter llamó un *nuevo bautismo* del DI, un nuevo *compromiso* que respondiera a los intereses ahora relevantes en la formación de las normas.

Desde que en noviembre de 1979 unos *estudiantes* islámicos ocuparon la embajada de los Estados Unidos en Teherán y tomaron como rehenes, con la aprobación de las autoridades locales, a miembros de su personal diplomático y consular, la tentación de defender el *establecimiento* mediante la ocupación represiva de la *revolución* por los agentes del orden establecido o de fijar un cordón sanitario mediante el retorno a sociedades regionales separadas (*intra muros*, la ley; *extra muros*, la fuerza) se ha hecho visible cada vez que se ha producido una violación espectacular del orden internacional, generalmente mediante la comisión de actos terroristas, sobre todo después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 cometidos en Nueva York y Washington por *Al Qaeda* (v. Cap. XXVIII).

En la última década del siglo XX un conocido politólogo, S. P. Huntington, obtuvo un gran éxito editorial y mediático al afirmar como paradigma del futuro una *lucha de civilizaciones* cuyo eje giraría en torno al conflicto de *Occidente* con la *coalición islámico-confuciana*. Esta clase de pronósticos, desmesurados, que pasan por alto la observancia cotidiana de las normas internacionales en numerosas áreas, echan leña en el fuego de las políticas de fuerza y propician en el ámbito del Derecho, cuando son aceptados, los enfoques más retrógrados. En la medida en que la *globalización* implica pasar el hecho de la *mundialización* por el cedazo ideológico del *neoliberalismo*, el componente *civilizatorio* hace de aquélla un mero instrumento de ocupación del mundo útil, estrangulando las posibilidades abiertas por una sociedad realmente universal. La *globalización*, lejos de servir la causa de la universalidad, la arruina. La sociedad *globalizada* no es la sociedad *universal*.

La llamada *lucha de civilizaciones* no es una representación exclusiva de la sociedad internacional; ni siquiera su primer escenario. De ser, esa *lucha* lo será también en el Estado, en la provincia, el municipio de los países capitalistas desarrollados como consecuencia de los imparables flujos migratorios procedentes de la vecindad más deprimida. De esta manera el pluralismo cultural estalla de la peor manera, jerarquizado por la extranjería, la irregularidad de ingreso y la pobreza, acorralado en los *guetos* urbanos, los barrios marginales... De aplicarse al paradigma *huntingtoniano* todo *Occidente* acabaría aplicando políticas de *limpieza étnica* bajo regímenes legitimados por la voluntad popular. Los valores consagrados por la Constitución, aquí y allá, serán puestos a prueba: las libertades reducidas, en su sustancia y en la calidad de los beneficiarios. Algunas de las fórmulas legales aplicables a los *extranjeros* en la línea de la *Patriot Act* de los Estados Unidos, concebidas para reforzar la *seguridad* de los *buenos ciudadanos*, esto es, de los *patriotas*, después de los crímenes del 11-S, son brotes venenosos para un auténtico *estado de derecho*. Un día podríamos sorprendernos de la capacidad del pensamiento neoliberal, ocupado por íntegristas cristianos, para producir no sólo tibrones de mercado, sino criaturas fascistas, perros de presa y torturadores sufragados por los contribuyentes. Las diferencias de civilización y de cultura influyen, desde luego, en las relaciones humanas y en las relaciones entre colectividades y entre Estados, pero no son decisivas por sí solas. Allí donde el desigual reparto de la riqueza y del poder origina graves conflictos sociales cabe preguntarse en qué se diferencian, en modelos como el de Huntington, la *teología de la liberación* y el *fundamentalismo islámico*, ambos radicados en sus

reivindicaciones. Reducir el tuétano de los conflictos al componente civilizatorio no sólo empobrece el concepto de civilización, sino que es una coartada para emboscar las razones reales —e inconfesables— de muchos conflictos. Decir que el Zar de todas las Rusias llegó al Mar Negro para proteger a las comunidades ortodoxas de la tiranía otomana es una bella manipulación para escamotear un designio de expansión territorial... También era más respetable para el Papado, España y Venecia hacer la guerra contra el Turco en nombre de la Cristiandad (obviando que el Rey de Francia—rey cristianísimo conforme a sus títulos—era un tradicional aliado del Imperio Otomano)... Y ¿no se explicó, como acabamos de ver, la expansión colonial como misión de (sagrada) civilización (una civilización que no permitía compartir las ventajas del DI con los bárbaros y salvajes?).

El universalismo de la sociedad internacional y de su Derecho son irrenunciables. En la medida en que las NU han catalizado ese proceso, sus 192 miembros actuales —en 1945 sus fundadores fueron 51— ilustran el aserto. La transformación del planeta en *aldea global* y la interdependencia de sus componentes hacen inviables las sociedades estancas, relacionadas sólo episódicamente, y altamente peligrosas las concepciones que niegan al adversario un estatuto de derechos y obligaciones dimanante de la condición soberana y de la igualdad formal.

En una sociedad que cambia y se transforma sería ilusorio concebir el DI como un orden pacífico y compacto. Siempre habrá quienes quieran romper —y lo quieren radicalmente— el *status quo*, dada la frustración de sus intereses y aspiraciones. No se impugna la idea del Derecho ni la condición de parte en la sociedad internacional que, por el contrario, se reclama; se lucha alrededor y por la *sustancia* de las normas. No podemos analizar la realidad jurídica sólo desde las normas heredadas, sin entrar en el incierto e inestable proceso de su transformación, ni debemos aislar las violaciones del DI del contexto histórico en que se producen. Se ataca una embajada o se toma su personal como rehén, no porque se rechace el principio de inviolabilidad de la misión y de sus agentes, sino por su carácter simbólico, igual que se quemara una bandera o la efigie de un jefe de estado al que se acusa de infringir otros principios no menos importantes, sin excluir el recurso a la fuerza armada.

La idea de que los tradicionalmente denominados *delitos contra el Derecho de Gentes* (*delicta iuris gentium*) puedan ser imputados al Estado, sea porque éstos los ejecutan a través de sus agentes, controlan a los grupos y bandas que los practican o han puesto las instituciones y poderes estatales a su servicio, permite hoy hablar, por ej., de Estados *harmpones* (aunque la adjudicación de la etiqueta podría no ser pacífica). Pero justamente porque esos Estados forman parte de la sociedad y están obligados por sus normas cabe imponerles *sanciones*, incluida la suspensión de derechos fundamentales dimanantes de la soberanía. Ahora bien, antes de colgar sambenitos y promover el linchamiento de los *malos*, gracias a una autoidentificación con los *buenos*, debe recordarse que los avances normativos pueden ser incluso negativos cuando no van acompañados de avances institucionales, que permitan la aplicación imparcial y, en lo posible, objetiva de las normas. Las falsas imágenes de una realidad deformada por la superioridad del *Primer Mundo* pueden ser atractivas para quienes le pertenecen; pero

explosionar un avión civil segando centenares de vidas humanas es igualmente criminal en Lockerbie, en la península de Kamchatka o en el golfo Pérsico; también lo es lanzar bombas, de mortero, de piezas de artillería o de B-52, sea en el mercado de Sarajevo o en Grozni, como en el sur del Líbano, en Trípoli, Bengasi o Panamá, ciudades abiertas.

9. Sociedades y Derechos Regionales y Particulares en nuestro tiempo

Dentro de la amplia libertad de disposición que el DI universal y general deja a sus sujetos, éstos pueden constituir en ámbitos regionales o particulares regímenes jurídicos del mismo carácter, regional o particular. Con ello, sea por confluir en un espacio geopolítico continuo con problemas propios, sea por su homogeneidad política, económica, social o cultural, estos sujetos, o bien adaptan las normas generales a su especificidad, o bien van más allá de esas normas, estrechando su cooperación o anticipando soluciones que, luego, pueden convertirse en universales.

Región en el ámbito internacional implica la continuidad de un espacio físico dividido políticamente entre dos o más Estados, aunque permite enclaves y espacios internacionales interpuestos. La dimensión de la región para que ésta se proyecte benéficamente sobre sus partes componentes depende de una identidad e intereses comunes, de una distribución del poder equilibrada (compatible con el liderazgo de uno o más Estados, pero no con su *hegemonía*) y de una voluntad compartida de generar y aplicar un orden normativo e institucional autónomo (que no independiente de las normas generales o universales).

Este planteamiento permite situar mejor las relaciones con potencias con intereses en la región, pero que no forman parte de ella. También permite acuñar una concepción del regionalismo más restrictiva que la comúnmente admitida, que se conforma con la continuidad territorial, y más aún con la que ha prevalecido en la práctica de la ONU o del GATT (OMC) que ni siquiera exige este requisito y prácticamente confunde *regionalismo* y *particularismo* (v. Cap. XXVII). El regionalismo es un hecho histórico que sigue proyectándose con fuerza hacia el futuro, siendo a menudo las organizaciones de integración comercial, aduanera y económica y los mecanismos de cooperación política el mascarón de proa de un proyecto más complejo de vida en común de países que comparten un ideario, una cultura, un territorio.

Desde el punto de vista que aquí se sostiene cabe hablar, por ejemplo, de América latina como región (v. *infra*), pero no del continente americano. Las consecuencias estratégicas son muy importantes. El panamericanismo, hijo del *monroísmo*, era un modelo de subordinación regional a la política e intereses de una gran potencia hegemónica, hemisférica, pero extrarregional.

El genuino *regionalismo* supone la voluntad de producir y aplicar normas generales en la región y cuando asume procesos de integración plantea problemas

y ofrece formas de participación en el sistema multilateral o universal alternativas o concurrentes a las del Estado soberano (siendo al respecto paradigmática la experiencia de la Unión Europea). Estas características distinguen el *regionalismo* del *particularismo* o, por lo menos, hacen de él una especie más sofisticada.

El límite de un *DI regional* —que comparte con los *DI particulares*— está en el respeto de los principios estructurales de la sociedad internacional universal —lo que podríamos llamar, recuperando una vieja expresión, los *derechos fundamentales* de sus miembros, y en primer término la soberanía e igualdad de los Estados— y en las normas imperativas (*ius cogens*) que limitan materialmente el comportamiento de éstos (v. *infra*). El *regionalismo* no ha de concebirse como una forma de autoexclusión de una sociedad más amplia. El *regionalismo*, obviamente, asume los problemas propios de la región; pero es compatible, más aún, se propone como plataforma para expresar más eficazmente una posición sobre problemas universales, imprimiendo fuerza a las propias doctrinas. La *región* defiende su identidad e intereses comunes en un *medio universal* cuyo cosmopolitismo refuerza. Al igual que el *particularismo*, el *regionalismo* puede ser beneficioso para el *multilateralismo* si responde a actitudes cooperativas; pero no lo será si se concibe como una alternativa animada por un espíritu autárquico o de confrontación.

No cabe, pues, un *DI regional* o *particular* como un orden paralelo.

Esta es la crítica que se hizo en su día al denominado *DI socialista*, una construcción fundamentalmente de la doctrina soviética, que respondía a los intereses hegemónicos de la URSS en el campo social-comunista. Si este *Derecho socialista* hubiera insistido en la calificación de *internacionalmente* se hubiera ubicado en el marco de un proceso ya federativo, las objeciones hubieran provenído, en su caso, del respeto de los derechos humanos. Dentro de una federación de Estados la autoridad federal puede, por ejemplo, usar la fuerza armada para prevenir y reprimir la violencia separatista con las limitaciones que imponen las normas del *DI humanitario*, aplicables en los conflictos armados, y las normas protectoras de los derechos humanos irrenunciables. Pero los propagandistas del *DI socialista* insistieron, una y otra vez, en que las relaciones intersocialistas eran entre Estados soberanos e iguales, es decir, *internacionales*, por más que se recrearan complicados en el carácter *nuevo y superior* de este tipo de relaciones.

El *DI socialista*, en realidad, fue el engendro que, después de muchas vacilaciones (por miedo a estropear los propósitos de la coexistencia y cooperación con los países capitalistas adoptados por la política exterior soviética), puso en marcha el PCUS para salvar el respeto formal de la soberanía de países incorporados a la zona de influencia soviética en el centro y este de Europa como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, a los que (a diferencia de los países bálticos y de la Moldavia, ocupados en 1940) no incluyó en la URSS, y simultáneamente eliminar los obstáculos que el *DI universal* podía suponer para el ejercicio de su hegemonía. La intervención directa del *ejército rojo* en Hungría (1956) para reponer el régimen socialista dio luz verde a un proyecto que se consolidó cuando las fuerzas del Pacto de Varsovia aplastaron la vía checoslovaca al socialismo (1968).

El *DI socialista* podía profundizar lo que quisiera para exhibir todos los dones predicados del árbol fecundo del energético internacionalismo fraterno, solidario e inseminador, pero siempre respetando los límites naturales de cualquier *DI regional*, ya mencionados, que obligan a todos frente a todos. De no ser así, sólo podía ser considerado como una racionalización en términos legales del *imperialismo soviético*.

Las normas imperativas de la sociedad internacional protegen a los miembros más débiles en los falsos regionalismos hegemónicos y a la *región* como tal frente a los asaltos de potencias o grupos de potencias extrarregionales.

10. En particular, el *Derecho Internacional Americano*

El *DI Americano* ha sido definido por uno de sus mejores conocedores contemporáneos, J. Barberis, como “el conjunto de normas jurídicas internacionales que poseen un ámbito de validez personal limitado a los países americanos, un ámbito de validez espacial limitado al territorio de esos países y un ámbito material diferente, en cierta medida, al de las normas del orden jurídico universal”.

Admitida a formar parte de la sociedad internacional, la América emancipada y *reconocida* vivió, no obstante, *recogida*, replegada sobre sí misma durante el XIX, no sólo por su localización periférica, sino por una deliberada voluntad aislacionista. Aunque Europa seguía vivamente interesada en América, América no lo estaba tanto en Europa. De hecho, sólo en 1907, con ocasión de la Segunda Conferencia de Paz de La Haya, se produce la primera reunión internacional con agenda política en que participaran masivamente los Estados de ambos continentes.

Para entonces, desde el célebre y malogrado Congreso *anfictónico* de Panamá (1826) son muchos los Congresos y Conferencias celebrados en el solar americano (Lima, 1848, 1877; Montevideo, 1889), pronto en la compañía y, luego, bajo los auspicios de los Estados Unidos. Ya en los últimos años del siglo (Washington, 1889-1890) la primera de las llamadas Conferencias interamericanas constituyó la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas, embrión de la Unión Panamericana, pionera de las organizaciones internacionales regionales, muy atenta a la evolución y codificación del *DI* en el continente.

La comunidad de origen de las Repúblicas latinoamericanas, la percepción de que había problemas que les eran propios y la convicción de que las normas internacionales gestadas en Europa no se acomodaban en todo caso a sus intereses explican la aparición de un *Derecho Internacional Americano* (propia-mente latinoamericano) ha sido un arquetipo de Derecho Internacional Regional.

Fue el chileno Alejandro Álvarez, el tercer gran hombre cronológicamente del *DI* en América Latina, después de Andrés Bello y de Carlos Calvo, un latinoamericano universal, pero consciente de sus raíces, imaginativo, crítico y nada conforme con el *status quo*, quien lo racionalizó y propuso en los términos más amplios con ocasión del primer Congreso Científico Panamericano (Santiago de Chile, 1908-1909), encontrando una réplica inmediata en la que destacó el brasileño Sa Vianna. En realidad la polémica, conceptual y existencial venía de atrás. En 1882 V. G. Quesada había publicado un par de artículos en la Nueva Revista de Buenos Aires bajo el título *Derecho internacional latinoamericano* y al año siguiente Amancio Alcorta y Carlos Calvo habían intercambiado opiniones. Este último, a pesar de ser el impulsor de muchas de las políticas latinoamericanas acerca del *DI*, recibía de un Derecho regional que pudiera susraer a las Repúblicas del nuevo Continente las ventajas formales del Derecho de las *naciones civilizadas*. Los hechos que se iban preñando de la historia podían alimentar su inquietud.

No obstante, prescindiendo de la fallida visión bolivariana de una gran confederación americana servida por principios jurídicos específicos, la afirmación de normas *americanas* —por la limitación de su validez subjetiva y espacial y su contenido diferenciado de las normas *generales*— se ha visto urgida por

circunstancias propias del medio político y social: así, la exacerbada y crónica inestabilidad de los países latinoamericanos desde su mismo nacimiento, que dio en la acuñación del *cuartelazo*, también dio lugar a las normas particulares del *asilo diplomático* como una costumbre *regional*, avalada y precisada por numerosos y yuxtapuestos tratados.

La acción regional ha sido, en ocasiones, anticipadora: la abolición del *corso* y la protección de los neutrales en la guerra naval fueron objeto de un tratado en el Congreso de Lima (1848), ocho años antes de que el de París emanase su declaración sobre la guerra marítima. La anticipación de una solución urgida por los propios problemas, como la del *uti possidetis* (esto es, la conservación de los límites administrativos de las unidades territoriales que conformaron el Imperio español como fronteras internacionales de las repúblicas en que se han convertido), ampliamente presente en la secular práctica americana, parece haberse generalizado al presentarse esos mismos problemas en otras regiones (la misma CIJ, en el asunto de la *Controversia fronteriza entre Burkina Fasso y Malí*, 1986, se refiere al *uti possidetis* como una regla o principio de alcance u orden *general* muy importante, y los órganos políticos de la ONU, de la CSCE y de la UE, se han entregado a él — alterando su sentido— en su afán por detener la reacción en cadena de la descomposición de la Unión Soviética y de Yugoslavia, v. Caps. IV y XXIII).

Pero mayor interés que estas normas regionales han tenido las *doctrinas*, es decir, las políticas *americanas* sobre las normas generales. En algunos casos — como el de la consagración de la *no intervención* en los asuntos internos— se trataba de reforzar las más naturales consecuencias del principio de soberanía, una norma general, que en la desigual relación con las grandes potencias saltaba frecuentemente en pedazos (v. Cap. III). En otros —como la responsabilidad internacional del Estado, el trato de los extranjeros o las condiciones de ejercicio de la protección diplomática— las repúblicas latinoamericanas trataban de frenar los abusos cometidos por Estados Unidos y los grandes países europeos invocando aquellas instituciones en beneficio de sus nacionales, inversores o inmigrantes, además de recurrir en ocasiones, como ya hemos indicado, al uso de la fuerza armada para exigir el pago de reparaciones no siempre bien fundadas (v. Caps. XIX, XXI y XXII).

El estatuto de *beligerancia* para precisar la responsabilidad internacional del Estado, la exclusión de ésta cuando los daños son imputables a particulares, o el *agotamiento de los recursos internos* como requisito de la ilicitud sin la cual no procede la protección diplomática, hoy objeto de normas generales, se debieron a prácticas originadas, no sin esfuerzo, en América. También allí se sostuvo frente al estándar *mínimo* del extranjero su *igualdad de trato* con el nacional (una polémica viciada entonces por la irrelevancia internacional de los derechos humanos) y la renunciabilidad contractual por los particulares del beneficio de la protección diplomática (*cláusula Calvo*), lo que chocaba con la concepción de ésta como un derecho soberano del Estado. La forma en que se trató de superar este conflicto, condicionando la suspensión (que no renuncia) del ejercicio de la protección diplomática de los inversores a la aceptación por el Estado local de un arbitraje bajo los auspicios del Banco Mundial cuya decisión sería vinculante y ejecutiva (Convenio de Washington, 1965), incorporada en decenas de tratados de protección de inversiones suscritos por la mayoría de los países latinoamericanos, arrojó la *doctrina regional*.