

UNIDAD Y PLURALISMO
EN EL DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO
Y EN LA COMUNIDAD
INTERNACIONAL

COLOQUIO EN HOMENAJE A ORIOL CASANOVAS
BARCELONA, 21-22 DE MAYO DE 2009

ÁNGEL J. RODRIGO
CATERINA GARCÍA
(editores)


tecnos

ÁNGEL J. RODRIGO
CATERINA GARCÍA
(editores)

UNIDAD Y PLURALISMO
EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

COLOQUIO EN HOMENAJE A ORIOL CASANOVAS
BARCELONA, 21-22 DE MAYO DE 2009

The logo for the publisher 'tecnos' features the word 'tecnos' in a lowercase, sans-serif font. Above the letter 't' is a stylized graphic element consisting of a vertical line with a horizontal bar at the top, resembling a cross or a specific symbol.

Diseño de cubierta:
J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeren, plagiaran, distribuyeren o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

© ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ y CATERINA GARCÍA SEGURA, 2011
© EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA, S. A.), 2011
Juan Ignacio Luca de Tena, 15 - 28027 Madrid
ISBN: 978-84-309-5212-0
Depósito legal: M-10.863-2011
Maquetación: Grupo Anaya

Printed in Spain. Impreso en España por Lavel

CAPÍTULO XIX
EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL*

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA**

I. PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

1. Cuando me refiero al orden público internacional pienso en un concepto que en lo esencial me recuerda mucho a la excepción, también llamada así, que el Derecho Internacional Privado utiliza respecto de la aplicación de las leyes extranjeras contrarias a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del país cuyos tribunales conocen del asunto (el Estado del Foro)¹.

Desde esta aproximación elemental, el orden público internacional estaría formado por las normas imperativas del Derecho Internacional general o de *ius cogens*, que atienden a la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto. El Derecho Internacional imperativo excluye, en caso de conflicto, la aplicación de cualquier otra norma del sistema que no lo sea, de modo análogo a como los principios fundamentales del Estado del Foro se imponen sobre la ley extranjera que lo conculca por más que esta haya sido reclamada por las normas de conflicto del mismo Estado del Foro.

2. Pero no deseo yo referirme en general al Derecho Internacional imperativo, objeto probablemente de atención, central o parcial, directa o sesgada, en otras ponencias de este Coloquio con el que queremos rendir tributo,

* Este trabajo es la versión anotada de la ponencia que defendí oralmente en el simposio «Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional», organizado por el Área de Derecho Internacional Público de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, 21-22 de mayo de 2009).

** Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Murcia

¹ Vid. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 1999, vol. I, pp. 232-240.

este es desde luego mi caso, de admiración científica y afecto personal al profesor Oriol Casanovas y La Rosa.

Lo que yo deseo es reflexionar brevemente sobre los Principios fundamentales, estructurales, básicos del Derecho Internacional, esto es, lo que a mí me parece el corazón mismo del orden público internacional. Tal vez mi compañero de mesa, el profesor Aznar Gómez, aborde también esta cuestión, pero confío en que mis palabras no se solapen con sus ideas o, si es que por desventura no querida lo hicieran, que sirvan en todo caso ambas intervenciones, la mía y la suya, a modo de percepciones u opiniones distintas sobre una misma realidad y, por ello, complementarias la una de la otra que no enfrentadas ni menos aún excluyentes.

II. SU CORAZÓN O NÚCLEO DURO: LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO INTERNACIONAL. SOBRE EL NACIMIENTO, «MUERTE» Y RESURRECCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS (1970)

3. Todos estaremos, creo, de acuerdo en que el Derecho Internacional contemporáneo reposa en los principios fundamentales que la Carta de Naciones Unidas estableciera y, más en concreto, en la Declaración sobre los Principios de Amistad y Cooperación entre los Estados que la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, de la Asamblea General adoptara.

Este importantísimo texto, joya ganada en «precioso consenso»², que nace en un mundo marcado por la «guerra fría» entre los dos bloques ideológico-políticos y por emergencia del Tercer Mundo como un nuevo factor en la escena internacional que contribuye a ampliar y profundizar, con su escisión económica y social, la heterogeneidad del grupo social, ha vivido desde su aparición años muy amargos.

La *globalización*, que si de una parte como Celestino DEL ARENAL acaba de poner de manifiesto opera una especie de «debilitación» o «evanescencia» de las fronteras estatales, esto es, ha ido royendo sutil pero implacablemente la soberanía del Estado, de otra también propicia la «mundialización» de los particularismos, y el triunfo de un *unilateralismo* feroz que arrinconó el modelo de solución multilateralista de las grandes crisis internacionales han ido

² BEDIAOUI, Mohammed, «L'Humanité en quête de paix et de développement (II), Cours Général de Droit International Public», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye/ Collected Courses...*, tomo 325 (2006), Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2008, pp. 9-542 (p. 474).

dejando, en su aplicación práctica, a buena parte de estos Principios básicos, «constitucionales», de nuestra Declaración aturdidos y maltrechos:

¿Qué quedó de la prohibición general del uso o amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales salvo en genuina y estricta legítima defensa en un mundo en el que el Estado hegemón responde a la barbarie terrorista con la doctrina de la «guerra preventiva», que le faculta, con base en su juicio unilateral y en el desempeño de su objetivo prioritario de Guerra Global contra el Terror, atacar, ocupar y remover el régimen político de Estados que apoyan o colaboran, según el Estado hegemón decide, con el terrorismo internacional?³

¿Se ha progresado significativamente en un principio de arreglo pacífico de controversias que sigue en el fondo anclado en la naturaleza voluntaria de la jurisdicción internacional? Concepción, ésta, que no cede ni un milímetro, como la propia Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha visto obligada a reconocer, en el *asunto de Timor Oriental* y en el relativo a las *actividades armadas en territorio del Congo (nueva demanda: 2002) (RDC c. Rwanda) (competencia y admisibilidad)*⁴, ni siquiera ante la violación de obligaciones *erga omnes* o de normas imperativas del Derecho Internacional general.

El principio que prohíbe la intervención en los asuntos internos de los Estados es no diré ya que como los «sepulcros blanqueados» de la parábola evangélica pero sí como un muro al que le han salido no pocas ni poco importantes grietas. Su lucha abierta con conceptos como los del *derecho/deber de injerencia humanitaria* o, en su formulación más moderna y a la vez más completa, de la *obligación internacional de proteger*⁵ se halla sin duda en pleno apogeo.

¿Y qué decir del principio de libre determinación de los pueblos, cuya aplicación a todos los pueblos no está clara (como las divergencias sobre la

³ *The National Security Strategy of the United States of America. September 2002*, The White House, Washington (se publicó una traducción extraoficial al español por el Servicio Noticioso del Gobierno, que pudo consultarse en <http://usinfo.state.gov/espanol/terror/02093001.htm>). Se revisó, una vez el Presidente Bush obtuvo su segundo mandato, sin cambios en cuanto a la mencionada doctrina de la «guerra preventiva»: *The National Security Strategy of the United States of America. March 2006*, The White House, Washington.

⁴ Respectivamente, sentencia de 30 de junio de 1995, *CIJ Recueil 1995*, p. 105 (párrafo 32) y sentencia de 3 de febrero de 2006, párrafos 64-77.

⁵ Sobre el primero, BETTATI, Mario, *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*, Odile Jacob, París, 1996; y en relación con la denominada obligación internacional de proteger: *La responsabilidad de proteger. Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. Diciembre 2001* (<http://www.iciss.ca/pdf/Spanish-report.pdf>); *Un mundo más seguro. La responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio (A/59/565)*, de 2 de diciembre de 2004; *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos. Informe del Secretario General (A/59/2005)*, de 21 de marzo de 2005.

legalidad de la declaración unilateral de independencia de Kosovo demuestran) y que, desde luego, sigue dejando en la penumbra ese derecho de la población de todo Estado a contar de verdad con un Gobierno libre, democrático, que garantice el Estado de Derecho y asegure el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales?⁶

4. Sí, malos han sido los tiempos para el núcleo duro del orden público internacional. Pero debemos tener fe. En su Curso General de la Haya impartido en el año 2006, el que fuera Presidente de la CIJ, el internacionalista y profesor argelino Mohammed Bedjaoui, creyó posible detectar ya indicios reveladores de que el unilateralismo no era intangible ni eterno y cabía confiar en un retorno al multilateralismo. Parece que esto es lo que el Presidente Obama, cabeza de la nueva Administración que en el 2008 ganó las elecciones presidenciales en los Estados Unidos, anuncia y así se manifiesta en su esperada y nueva Estrategia de Seguridad Nacional publicada en marzo de 2010. Pero dos adelantos en mi opinión muy reveladores, y los dos interrelacionados, se han dado ya en esta dirección por quienes dirigirán las riendas del Estado hegemón al menos los cuatro años venideros:

Uno, el vicepresidente de los Estados Unidos, Joseph Biden, ha hecho pública hace bien poco tiempo, en una Conferencia sobre Seguridad celebrada en Munich (Alemania) con Estados amigos y aliados, la renuncia de la nueva Administración a la doctrina de la «guerra preventiva» también como conocida como «doctrina Bush».

Y dos, el Secretario de Estado para la Defensa de la Administración Obama, Robert Michel Gates, también ha declarado, y por escrito, que ésta ya no tiene como uno de los objetivos en su Guerra Global contra el Terror, que se mantiene, sí, como una de las prioridades de la nueva Administración, el derrocamiento de Gobiernos, tal cual se hizo con los de Afganistán en el 2001 y, dos años después, con el de Irak⁷.

¿No son éstas acaso señales claras de que ha llegado el momento de esforzarse, de que todos nos esforcemos, por empezar a andar el camino de retorno a una mayor y mejor observancia de los Siete Principios cardinales del

⁶ BERMEJO GARCIA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación*, Documento de Trabajo 7/2008, 14 de febrero de 2008; GUTIÉRREZ ESPADA y BERMEJO GARCÍA, *Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones*, Documento de Trabajo 41/2008, 24 de septiembre de 2008 (www.realinstitutoelcano.org).

⁷ «Remarks by Vice-President J. Biden at 5 45 Munich Security Conference in the Security Policy», Office of the Vice-President, The White House, 7/02/2009; Robert GATES, «A balanced strategy. Reprogramming the Pentagon for a New Age», Foreign Affairs, enero-febrero 2009 (<http://www.foreignaffairs.com/articles/63717/robert-m-gates/a-balanced-strategy>).

Derecho Internacional? Debemos en particular los internacionalistas esforzarnos al máximo por restaurar la fe en el corazón del orden público internacional y porque este concepto recupere el latido de autoridad con el que nació y cuyo vigor se fue debilitando con los años.

Más aún, tal vez sea ya hora de releer el texto adoptado hace 39 años para considerar la posibilidad de su mejora y perfeccionamiento:

a) No podrá negarse hoy que la salvaguardia de los derechos y libertades fundamentales del ser humano forman parte del orden público internacional contemporáneo.

b) Hace ya cuatro años, quien les habla consideró urdiéndose ya en el telar del tiempo la trama de nuevos Principios y hacía en este sentido referencia al esquema sugerido por Ragazzi de utilizar la enumeración de las obligaciones *erga omnes* que el Tribunal Internacional de Justicia hizo en el *asunto de la Barcelona Traction*⁸ para identificar respecto de cualquier norma o principio candidato su naturaleza de esencial para la comunidad internacional en su conjunto. Si nos fijamos en los cuatro ejemplos que la CIJ daba en su sentencia de 1970, todos describen obligaciones instrumentales para conseguir objetivos políticos esenciales del tiempo presente (la preservación de la paz,

⁸ RAGAZZI, M., «International obligations erga omnes: Their moral foundation and criteria of identification in light of two Japanese contributions», *The reality of International Law. Essays in honour of Ian Brownlie*, edit. por G. S. GOODWIN-GILLAND y S. TALMEN, Clarendon Press, Oxford, 1999, pp. 455-477 (pp. 474-475); del mismo autor, *The concept of international obligations erga omnes*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 132-135). En su sentencia de 5 de febrero de 1970, el Tribunal estableció «una distinción esencial [...] entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen frente a otro Estado en el marco de la protección diplomática», citando como ejemplos de las primeras: «la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y de genocidio pero también de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, incluso la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial» (*CIJ Recueil 1970*, p. 32, párrafos 33-34). Analizando comparativamente los cuatro ejemplos que de obligaciones *erga omnes* dio la Corte en el citado asunto puede observarse: que los cuatro se refieren a obligaciones estrictamente definidas. Prohibición de la agresión en vez de la formulación más general del uso ilegal de la fuerza, o del genocidio y no de crímenes contra la humanidad; los cuatro ejemplos, pese a que dos se articulan como «prohibiciones» y los otros en términos de «protección», son esencialmente obligaciones negativas en vez de obligaciones positivas; los cuatro ejemplos son de «obligaciones» o «deberes» en sentido estricto (esto es, de hacer o no hacer), con exclusión de otras concepciones jurídicas fundamentales; los cuatro ejemplos son de obligaciones codificadas por tratados internacionales (universales o regionales) generalmente aceptados y que probablemente son concreciones de normas imperativas en el sentido del art. 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969; y, en fin, los cuatro ejemplos son de obligaciones instrumentales para conseguir objetivos políticos esenciales del tiempo presente: Preservación de la paz y promoción de los derechos humanos (individuales o colectivos) fundamentales, que a su vez reflejan valores básicos o valores morales esenciales.

la promoción de los derechos humanos, y aún los de ciertos pueblos) que a su vez reflejan valores básicos o valores morales esenciales. Me preguntaba yo en el año 2005⁹ si la *protección del medio ambiente* no era ya un objetivo político que la comunidad internacional debía conseguir «a como dé lugar», recordando cómo en 1976 la CDI incluía entre los que llamó *crímenes internacionales* «la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares», por considerarla una violación grave de una norma de importancia fundamental para la comunidad internacional en su conjunto, como la que consagra la salvaguardia del medio ambiente humano¹⁰; es verdad que este concreto ejemplo del crimen fue de los menos creídos y más criticados, pero mucho ha llovido desde 1976 en este campo, incluido el chaparrón de la Cumbre de Río (1992) y el proceso normativo (*hard* y *soft*) que generó; asimismo recordaba que, en el *asunto Gabčíkovo-Nagymaros*, el TIJ apunta en varios pasajes de su sentencia la naturaleza *erga omnes* y aun fundamental de ciertos aspectos de la protección del medio ambiente, siendo todavía más rotundo al respecto el juez Weeramantry en su Opinión individual¹¹.

De un modo más concreto, más ajustado también probablemente a la formulación que utiliza la Declaración de Principios de 1970, el profesor BEDJAOUI se preguntaba en el Curso que impartió en La Haya (2006) y se ha publicado recientemente (2008) en dos espléndidos volúmenes si el *principio de precaución* no debía ejercer un papel nada despreciable en la refundación de los Principios básicos del Derecho Internacional¹². Advierte desde luego que el principio de precaución debe utilizarse con precaución pues llevado al extremo del riesgo cero podría conducirse al inmovilismo y señala que debemos alcanzar todavía una definición rigurosa, consensuada y operativa del mismo, pero deja clara su opinión, reconfortante con su autoridad para la mía que no la tiene, de que la salvaguardia del medio ambiente humano, al menos en algunas de sus manifestaciones, pronto se hará un hueco en el corazón mismo del orden público internacional.

Acaso pueda contribuir a ello el que la nueva Administración en el poder en los Estados Unidos de América parece haber asumido la amenaza que a su propia seguridad nacional representa el cambio climático. El Informe publicado por el Centro de Análisis Naval de los Estados Unidos en el año 2008 dejó muy claramente sentadas tres conclusiones: el cambio climático es una

⁹ «Sobre las normas imperativas del Derecho Internacional», *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Universidad Autónoma-Eurolex, Madrid, 2005, tomo I (*Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario y de la Unión Europea*), pp. 273-290 (párrafo 16, pp. 289-290).

¹⁰ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, Segunda Parte, p. 94.

¹¹ *CIJ Recueil 1997*, p. 41, párr. 53; y, por lo que al juez Weeramantry se refiere, p. 117.

¹² «L'Humanité...» cit., pp. 484-488.

grave amenaza para la seguridad nacional del país, actúa como multiplicador de amenazas para la inestabilidad de muchas regiones en el mundo que ya se encuentran con graves problemas, y puede incluso añadir tensiones a regiones que son hoy estables¹³. El cambio climático, en efecto, provocará en el horizonte del 2030 migraciones de personas desde zonas con carestía de recursos, inestabilidad interna en ciertos Estados o la necesidad de abrir nuevas vías marítimas para acceder a recursos minerales y energéticos (dado el aumento de las tormentas en el Golfo Pérsico o en zonas clave para el comercio por mar como el estrecho de Malaca o cerca de los polos). En suma, este país se verá obligado a flexibilizar su actitud ante esta cuestión, como hizo el mismo Presidente Bush en su segundo mandato: Estados Unidos se unió a la Conferencia de Bali sobre el Clima, organizada por las Naciones Unidas y aprobó el Plan de Acción de Bali (diciembre 2007) que pretende la reducción entre un 22 por 100 y un 40 por 100 de las emisiones de dióxido de carbono a la atmósfera para el año 2020. El Presidente Obama calificó, ya desde su misma campaña electoral, el cambio climático como uno de los riesgos fundamentales para la seguridad nacional de los Estados Unidos y se comprometió, el 20 de enero de 2009, en su discurso de toma de posesión a «trabajar incansablemente con viejos amigos y antiguos enemigos para... hacer retroceder el espectro del calentamiento del planeta»¹⁴. El tiempo nos dirá, y a no tardar, si, como en la Guerra contra el Terror y respecto de la proliferación de las armas de destrucción masiva, la nueva Administración da también en esta cuestión los primeros pasos para el cambio.

5. La necesidad de una vuelta a los Principios, al núcleo irreductible del orden público, también vendría de la mano de otro hecho preocupante en las relaciones internacionales y que se recuerda en el tema de este mismo simposio, la posible fragmentación del Derecho Internacional. Porque si es verdad que algunos de los factores que a ella contribuyeron han desaparecido ya, como el llamado Derecho Internacional Socialista, otros parecen dispuestos a ocupar un puesto parecido.

Fernando MARINO se ha referido hace unos minutos a la existencia de varias civilizaciones (o culturas como él prefiere llamarlas); la islámica sube [...]. Es probable que sea difícil sostener la existencia de un Orden regional islámico a modo de Derecho Internacional particular, pues el *fiqh*, el Derecho islámico clásico se ha demostrado «fecundo en derecho privado pero estéril

¹³ GARCÍA CANTALAPIEDRA, D., «EEUU y las prioridades de política exterior de la Administración Obama», *Documento de Trabajo n.º 16/2009*, 26 de marzo de 2009, pp. 1-18, p. 15 (www.realinstitutoelcano.org).

¹⁴ Texto íntegro disponible en <http://www.america.gov/st/usg-spanish/2009/January/20090121073521liameruoy0.5717432.html>

en derecho internacional público»¹⁵, pero en todo caso la existencia de regímenes jurídicos particulares no podrían romper el orden público internacional, que prevalecería sobre ellos en la hipótesis de un enfrentamiento (*ad intra*) entre sus normas (regionales) y las del Derecho Internacional general. Así, por ejemplo, si la proyectada (y no nacida aún por falta de suficientes ratificaciones de su Estatuto) Corte Islámica Internacional de Justicia, una de las instituciones de la Organización de la Conferencia Islámica, que considera «la *Shari'ah* Islámica [como] ley fundamental de la Corte» que, además (y repárese en la flexibilidad o «blandura» de los términos), «puede inspirarse en el Derecho Internacional» (art. 27 del Estatuto), decidiera por hipótesis en uno de sus fallos que para resolver una controversia entre dos Estados no hay otra solución que el *yihad* («Guerra Santa»), dicha decisión no podría imponerse sobre la norma imperativa de Derecho internacional general que prohíbe la agresión¹⁶.

¹⁵ Mohammed BEDJAOUI, «L'Humanité...», *cit.*, pp. 434-441 (la cita textual utilizada figura en la p. 436)

¹⁶ Cesare P. R. ROMANO, en su *Project of International Courts and Tribunals* (Center of International Cooperations, New York University), en el que distingue en relación con órganos internacionales de este tipo las categorías de «existentes», «extintos», «abortados», «inactivos», «nacientes» y «propuestos», ubica la Corte Islámica Internacional de Justicia entre los «propuestos» («estos son órganos cuya creación ha sido considerada en el pasado por académicos y legisladores, pero que todavía no se han convertido en realidad») (www.pict-pecti.org).

Sobre la Organización de la Conferencia Islámica en su versión más moderna (su texto constitutivo fue revisado por la XI Sesión de la Conferencia en el 2008 y puede consultarse en <http://www.oic-oci.org/is11/french/charter-fr.pdf>), de la que la Corte Islámica Internacional de Justicia sigue figurando como uno de sus órganos (art. 5 de su Carta) vid. Ben ACHOUR, «La nouvelle Charte de l'Organisation de la Conférence Islamique [OCI]», *Révue Générale de Droit International Public*, 112 [2008], n.º 4, pp. 833-848).

El Estatuto de la Corte mencionada fue finalmente adoptado por V Conferencia Islámica de Kuwait (26-29 de enero de 1987): vid. su RES.13/5-P (IS) así como el párrafo 41 del Communiqué Final de la Cinquième Conférence Islamique au Sommet, Koweit 26-29 janvier 1987 ([http://www.oic-oci.org/french/conf/is/5/54th-is-sum\(political\).htm](http://www.oic-oci.org/french/conf/is/5/54th-is-sum(political).htm)) y, respectivamente, <http://www.oic-oci.org/french/conf/is/5/5th-is-sum.htm>). Sobre el contenido del Estatuto vid. *ad ex.*: Mohammed Amin AL-MIDANI, «La Cour Islamique Internationale de Justice: un organe judiciaire musulman», *Révue des Sciences Juridiques* [Université d'Annana, Argelia], n.º 8, juin 1996, pp. 61 ss.; ID., «Presentation of the Islamic International Court of Justice: A Muslim Judiciary Court» (http://www.acihl.org/articles.htm&article_id=8); LOMBARDINI, Michele, «La Corte islámica Internacional de Justicia: ¿hacia un Sistema Legal Islámico Internacional?» (<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista/16/actualidad/corteislamica.htm>).

III. ¿NO DEBERÍA ENTENDERSE QUE EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESTÁ INTEGRADO, ADEMÁS DE POR EL DERECHO INTERNACIONAL IMPERATIVO POR OTRAS NORMAS DE APLICACIÓN NECESARIA? DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y DE LA FIGURA DEL «OBJETOR PERSISTENTE»

6. Si comenzaba mi intervención haciendo alusión a la que durante mucho tiempo fue, en la disciplina bifronte que fuimos, nuestra otra cara, el Derecho Internacional Privado, quisiera terminarla refiriéndome a ella por segunda vez, pues no en vano la estudié con pasión en los primeros años de mi carrera universitaria y leí con no poco goce intelectual los escritos en materia tal de un joven internacionalista llamado Oriol CASANOVAS.

Dejó escrito hace ya años un profesor sevillano del que los más jóvenes de nosotros aprendieron mucho (reparen en no me incluyo, entre los más jóvenes digo), Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, que el orden público no era sino una de las manifestaciones de una categoría más amplia, la de las «normas de aplicación necesaria»¹⁷. ¿Existen en Derecho Internacional, además de las imperativas o de *ius cogens*, incluyendo en ellas como hemos visto el núcleo duro, primario y fundamentalísimo de los Principios, otras normas de aplicación necesaria?

Diría que sí sin mayor preocupación, mas con la cautela de advertir que no buscaba adentrarme en una costa tan anfractuosa y quebrada que reclama con urgencia el trazado de líneas de base rectas, de no ser porque me atormenta el escrúpulo del *objedor persistente*.

7. ¿Son las normas consuetudinarias de carácter general reglas de aplicación necesaria y por tanto predicables en su observancia respecto del conjunto de los miembros del grupo social? Porque si aceptamos que tales normas solo serían de aplicación necesaria para quienes las aceptan, ¿dónde quedaría la esencia vital, el alma de su concepto mismo? ¿Podemos aceptar objetores persistentes de cara al cumplimiento de las normas consuetudinarias de carácter general del tipo por ejemplo (para se me entienda hasta donde quiero ir) de la que consagra el principio de la libre navegación por alta mar o, para acercarnos más a la modernidad, el principio de la libertad de explotación y/o de utilización del espacio ultraterrestre?

¹⁷ «En Derecho español —escribía en la 2.ª edición de su Curso de Derecho Internacional Privado el profesor Carrillo—, el cauce mediante el que estas normas de Derecho interno de aplicación necesaria aparecen utilizadas en la jurisprudencia y en la ley es doble: de una lado, aquélla recurre al empleo de la noción de *leyes de orden público*; de otro el artículo 8 del Código Civil utiliza la expresión *leyes de policía y seguridad pública*» (*Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 97).

Me cuesta conceder, de un lado, que todas las normas consuetudinarias de carácter general se hallen bañadas, por esa exclusiva razón y necesariamente, por la luz del *ius cogens* y, de otro, me cuesta mucho aceptar que (aun de no ser así) se tolerara a un objetor persistente, en el caso al menos de algunas de estas normas, encontrar en su terca oposición a una costumbre en formación argumento liberador bastante para considerar que las mismas no le son oponibles. ¿Qué nos dice el Derecho Internacional más contemporáneo de esta figura?

Tradicionalmente, se ha venido sosteniendo que una costumbre no era oponible al Estado que insistente e inequívocamente se hubiera opuesto a la misma durante su período de formación (*objedor persistente*). En el asunto de las pesquerías, el TIJ, respecto de la pretensión del Reino Unido de que la regla en virtud de la cual la línea de cierre para considerar como bahía las aguas encerradas de una escotadura no podía exceder de 10 millas, concluyó que aun de considerarse probada la existencia de una norma consuetudinaria en este sentido, ésta no sería oponible a Noruega, dada su sistemática negativa a aplicarla en sus propias costas¹⁸.

El «alma» de la regla del objetor persistente fue invocada en el pasado por la URSS, para quien las costumbres eran una especie de tratados implícitos («doctrina del pacto tácito») por lo que, como éstos, sólo serían obligatorios para los Estados que no se hubieran opuesto a ellas durante su fase de formación; la posición soviética fue considerada doctrinalmente, con razón, como una manifestación más de la manipulación política del Derecho (internacional) por los Estados, pues en el fondo pretendía ser una defensa ante la posición minoritaria de la URSS en la sociedad internacional de la época y la probabilidad consiguiente de que la mayoría del grupo social pudiera «colarle» normas jurídicas de naturaleza consuetudinaria¹⁹. En la actualidad, son los Estados Unidos de América, que se encuentran en minoría (como le ocurriera a la Unión Soviética) en el seno del grupo social, los que defienden con calor la imposibilidad de que una costumbre por muy general que sea pueda serle oponible si ellos la han rechazado clara e inequívocamente durante su formación²⁰.

¹⁸ Sentencia de 18 de diciembre de 1951 (*CIJ Recueil 1951*, 131).

¹⁹ TOMUSCHAT, Ch., «International Law: ensuring the survival of Mankind on the eve of a new century. General Course on Public International Law, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 291 (1999), pp. 9-438 (pp. 327-328).

²⁰ «En principio un Estado que manifiesta su objeción a una práctica mientras el Derecho está aún en proceso de desarrollo no está obligado por esa regla después si ésta madura [...]. Debe demostrarse que el Estado que se pretende está obligado por ella ha aceptado o consentido en la costumbre convencido de su obligatoriedad jurídica» (*Restatement of the Law. The Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul (Minnesota), I, 1987, 26 (párrafo 102.2) (la traducción es nuestra).

Sí se detecta, empero, con claridad una tendencia doctrinal muy crítica con la figura, a la que se acusa de ser un obstáculo para alcanzar un objetivo necesario para la sociedad internacional moderna: un cuerpo normativo universal, obligatorio para todos al menos en ciertos ámbitos materiales de la máxima importancia (si ponemos como ejemplo, en estos días de amenazas internacionales del medio ambiente se nos entenderá). Dicho sector proclama que ni la práctica ni la jurisprudencia han apoyado con rigor la regla del objeto persistente, siendo dos los únicos casos en los que esta figura ha surgido y habiéndose resuelto en la ya lejana década de los cincuenta: los *asuntos sobre el derecho de asilo y el de las pesquerías* anglo-noruegas²¹, rematando su faena con la apostilla de que en al menos otro caso más cercano a nuestros días la CIJ misma tomó su decisión «pasando» a través de la figura como si de un holograma se tratara, vamos sin tenerla en cuenta: en el *asunto sobre las pesquerías*, esta vez enfrentando a Islandia contra el Reino Unido y la República Federal Alemana, la Corte afirmó la existencia de una norma consuetudinaria de carácter general que consagraba *derechos exclusivos* de pesca para el Estado ribereño sobre su mar territorial y su zona contigua (entonces de 12 millas) y *preferenciales* más allá... ignorando las objeciones que tanto Gran Bretaña como Alemania habían venido realizando de dicha pretensión²². Personalmente creo, en efecto, que existen normas internacionales (no necesariamente imperativas) que resultan tan necesarias para la comunidad internacional, tanto y para toda ella, que aceptar a su respecto el juego de la objeción persistente las vaciaría de toda su esencia. Sí, yo también creo, como el profesor Oriol CASANOVAS escribiera en 1998 en el Curso que sirve de lema a este Coloquio y cuya separata por él dedicada guardo con especial cuidado y particular afecto en mi biblioteca, que:

La doctrina — del objeto persistente — no puede aplicarse [...] sobre materias de interés general como, por ejemplo, las normas relativas a la protección del medio ambiente²³.

Algo así probablemente entiende también Robert KOLB cuando, en un intento de reconstrucción del concepto de *ius cogens*²⁴, defiende que este no debe confinarse a las normas que protegen intereses fundamentales de la co-

²¹ *CIJ Recueil 1950*, 277-278; *CIJ Recueil 1951*, 131.

²² *CIJ Recueil 1974*, 175, 193 ss.

²³ «Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, volumen II (1998), pp. 35-267 (p. 76).

²⁴ *Théorie du ius cogens. Essai de relecture du concept*, Presses Universitaires de France, París, 2001.

munidad internacional en su conjunto (las normas imperativas en sentido propio o estricto) sino considerarse que también agrupa aquellas normas que son de utilidad pública (*utilitas publica*) por atender intereses generales de la sociedad internacional.

8. En todo caso, sí hay un supuesto en el que, sin resquicio alguno a la duda, debe negarse la vigencia de la regla del objetor persistente: las normas de *ius cogens* (forzosamente universales) son oponibles a todos los Estados, incluidos en su caso los que se opusieron de manera manifiesta durante su formación; el que la República de Sudáfrica fuese un inequívoco objetor persistente de la prohibición del *apartheid*, no la liberó de la obligatoriedad jurídica de su cumplimiento²⁵.

9. La gran cuestión en todo caso, con la que deseo terminar mi intervención, es ésta: ¿tenemos tan claro que estas normas materiales supremas deben acompañarse de las pertinentes normas secundarias a las que acudir cuando aquellas no se cumplan?

No estoy seguro, habida cuenta de cómo han sido recibidos los arts. 40, 41 y 48 del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en agosto de 2001 y endosados por la Asamblea General de Naciones Unidas²⁶.

²⁵ TOMUSCHAT, Christian, «Obligations arising for Status without or against their will», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 241 (1993-IV), pp. 195-374 (p. 289).

²⁶ Véanse sus resoluciones 56/83, de 12 de diciembre de 2001, 59/35 de 2 de diciembre de 2004 y 62/61 de 6 de diciembre de 2007.

CAPÍTULO XX

«NUEVA CORRIENTE» Y DERECHOS HUMANOS: ENTRE LA APOLOGÍA DE SU RECONOCIMIENTO Y LA UTOPIA DE SU PROTECCIÓN UNIVERSAL*

ANTONIO F. FERNÁNDEZ TOMÁS**

Si se pudiera afirmar que en el Derecho internacional general existen normas universales sobre protección de los derechos humanos que configuran un sistema objetivo de obligaciones absolutas, dichas normas lejos de suponer una amenaza a la unidad del sistema serían, paradójicamente, un elemento conformador de dicha unidad» (CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», *CEBDI*, vol. II, 1998, p. 183).

I. PLANTEAMIENTO

Participar en una colección de escritos dedicada al profesor Oriol Casanovas es un honor que permite a quien lo hace repensar su obra. Articulados estos escritos en torno a su Curso General sobre *Unidad y pluralismo en Derecho internacional público*, la cuestión inicialmente planteada es si la protección internacional de los derechos humanos constituye un factor de unidad material del ordenamiento, pese a la existencia de una pluralidad de regímenes de protección, elemento de aparente fragmentación. Sintetizando la construcción del profesor Casanovas en su curso, podría afirmarse que el reconocimiento de los derechos de la persona humana es un factor de unidad. Si bien las normas internacionales sobre derechos humanos serían un tipo de norma diferente de las mayoritarias, en tanto en cuanto «tienen un carácter objetivo, *erga omnes* e inderogable. En tanto que derivadas de principios ge-

* Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación PCI 08-0060 financiado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y en el del proyecto SEJ2006-03867, MCI/FEDER.

** Universidad de Castilla-La Mancha.

nerales, en el sentido del art. 38 del Estatuto de la CIJ, fortalecen la unidad del sistema»¹.

Coincido con Oriol Casanovas en su apreciación de la materia como un factor de unidad del ordenamiento. Ahora bien, mientras el reconocimiento de los derechos humanos se traduzca —en los regímenes protectores de vocación universal— en obligaciones no exigibles ante un mecanismo de control judicial frente a quien las vulnera, el mero reconocimiento declarativo no basta para asegurar una protección universal de los derechos reconocidos, que seguiría siendo una utopía, un ideal.

Me ha llamado la atención, sin embargo, la ausencia de referencia expresa en las páginas correspondientes de su curso (pp. 177-191) a los autores agrupados en torno a una visión crítica del Derecho internacional que suelen ser designados como *Critical Legal Studies* (CLS), *New Stream* o Nueva Corriente². Y esa ausencia³ ha provocado mi curiosidad, dada la influencia que de ellos puede apreciarse en otros lugares del mencionado curso. ¿Cuál es el planteamiento de la Nueva Corriente en torno a los derechos humanos? ¿Constituyen un factor de unidad o de fragmentación del DI, o bien hay que analizar la cuestión desde otro punto de vista? Me ha parecido adecuado contribuir a este libro examinando esa cuestión. Por razones de espacio me voy a referir exclusivamente a la obra del profesor Martti Koskenniemi⁴. Ello ex-

¹ CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», *CEBDI*, Vol. II, 1998, p. 190.

² Una glosa del origen de este sector doctrinal y la aportación de sus más significativos representantes en FORCADA BARONA, I., «El concepto del Derecho internacional público en el umbral del siglo XXI: la nueva corriente», *9 Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1999, pp. 181 ss.

³ Con excepción —no en las páginas relativas a la protección de la persona humana sino en páginas próximas, relativas a un tipo especial de derecho humano (libre determinación), configurado como un derecho de los pueblos, no de las personas— de un trabajo relativo a los problemas de teoría jurídica que plantea la práctica actual en torno a la libre determinación (KOSKENNIEMI, M., «National Self-Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice», *ICLQ*, vol 43, 1994, pp. 266 ss.).

⁴ La obra de KOSKENNIEMI es muy amplia. Limitándome a sus libros, por orden cronológico, es la siguiente: 1) *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Lakimiesliiton Kustanus, Helsinki, 1989. *Reissue with a New Epilogue*, Cambridge University Press, 2006. Hay recensión a esta nueva edición por DE LA RASILLA DEL MORAL, I., en *12 REEI*, 2006, anunciando una traducción al castellano que, en junio de 2009, todavía no había salido al mercado. Existe una versión resumida del libro [muy útil para un primer contacto con las teorías del autor], titulada «The Politics of International Law», *EJIL*, 1990, vol. I, pp. 1-32, cuya traducción francesa se titula «Entre Utopie et Apologie: la politique du droit International», en *La politique du Droit international*, vid. 4) *infra*; 2) *International Law*, (ed. por M. Koskenniemi), Aldershot, Dartmouth, 1992, que lejos de ser un manual al uso, como podría sugerir el título, es una miscelánea con trabajos propios y ajenos; 3) *The Gentle Civiliser of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press,

plica la referencia en el título de este trabajo a la más divulgada de sus obras.

Partamos de un dato chocante: la protección de los derechos humanos no es una materia abordada de un modo abundante por este autor⁵. De hecho, cuesta encontrar referencias a la misma en la obra del profesor finlandés. Y cuando se hallan, sorprenden por su llamativa y provocadora originalidad (por ejemplo, calificar de tan *peligrosa* como *perversa* a la pobre Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶), pero no dejan entrever la posición de la materia dentro del ordenamiento.

Ello puede ser consecuencia de su coherencia con una metodología crítica centrada en de-construir y en su paralela dificultad para construir un contenido de la disciplina. En la doble medida en que, por un lado, al configurar el Derecho internacional como *lo que el internacionalista hace [con el Derecho internacional] y lo que piensa acerca de lo que hace con él*⁷, cada internacio-

2001. Hay trad. castellana, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del Derecho Internacional 1870-1960*, Ciudad Argentina y Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Buenos Aires-Madrid, 2005. Hay recensión de DE LA RASILLA, I., en 16 *REEI*, 2008; 4) *La politique du Droit international*, préface B. STERN, présentation critique, E. JOUANNET, Pedone, Paris, 2007. Es una acertada recopilación de trabajos dispersos del autor, publicados con anterioridad en inglés, ahora vertidos al francés.

⁵ Por el contrario, la bibliografía del prof. David KENNEDY sobre el derecho humanitario internacional es más amplia, incluyendo las siguientes publicaciones: «The International Human Rights Movement: Part of the Problem?», 14 *Harvard Human Rights Journal*, 2001 [reproducido en *European Human Rights Law Review*, vol. 3, 2001]; *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004, (*El Lado Oscuro de la Virtud: Reevaluando el Humanitarismo Internacional*, trad. de Contreras, F. y De la Rasilla, I., ed. Almuzara, 2007); «International Humanitarianism: The Dark Sides», 6 *The International Journal of Not-for-Profit Law*, 2004, [reproducido en *Human Rights and Development: Law, Policy and Governance*, C. Raj Kumar and DK Srivastava, eds., Lexis Nexis, Hong Kong, 2006]; «Reassessing International Humanitarianism: The Dark Sides», en *International Law and its Others*, A. Orford, Ed., Cambridge University Press, 2006, pp. 131-155; «War and International Law: Distinguishing the Military and Humanitarian Professions», *International Law Studies*, vol. 82, 2007, pp. 3-33; *The Rights of Spring: A Memoir of Innocents Abroad*, Princeton University Press, 2009.

⁶ El profesor finlandés parte de una reflexión crítica formulada por Hersch LAUTERPACHT [*International Law and Human Rights*, Praeger, New York, 1950], según el cual la Declaración Universal podría haber generado un *efecto perverso*, y podría ser incluso *peligrosa*, para el objetivo proclamado de la protección universal. vid. KOSKENNIEMI, M., «Les droits de l'homme, la politique et l'amour», en (mismo autor), *La politique du Droit international*, *op. cit.*, pp. 203 ss., en concreto, pp. 205-206. La versión original en lengua inglesa se titula «Human Rights, Politics and Love», *Nordic Journal of Human Rights*, 2001, vol. 19, pp. 33-45.

⁷ Coherentemente con la definición de DI formulada por KOSKENNIEMI, según la cual, «[International Law] is what international lawyers do and how they think about what they are doing», probablemente lo afirma así por primera vez en «International Law in a Post-Realist Era», *Australian Yearbook of International Law*, 1995, p. 17. Reitera su afirmación en otros

nalista podría conceder un papel más o menos relevante a la materia en cuestión en su construcción subjetiva. Por otro lado, es posible que la falta de relevancia aparente de esta materia se deba a una especie de impregnación transversal de las demás, ligada a la ética del internacionalista, intuitiva y basada en la propia experiencia⁸. Al parecer éste es un planteamiento que puede observarse en la obra de KOSKENNIEMI⁹, pero no en la de otros representantes de la corriente crítica¹⁰. En cualquier caso, la cuestión merece un comentario

pasajes de su obra, por ejemplo, «*Le droit international est ce que les internationalistes en font et la façon dont ils le pensent*», en «Entre engagement et cynisme: aperçu d'une théorie du droit International en tant que pratique», *La politique du droit International*, *op. cit.*, p. 389 [«Between Commitment and Cynicism: Outline for a Theory of International Law as Practice», en *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organisations and Practitioners in the Field of International Law*, United Nations, NY, 1999, pp. 495-523. Reitera lo dicho, simplificando los términos, «*International law is what international lawyers make of it*», en la conclusión al epílogo añadido en la 2.^a ed. de *From Apology to Utopia*, *op. cit.*, p. 615.

⁸ En esa línea, véase el epígrafe 3 *infra*, comentando su trabajo «Entre compromiso y cinismo».

⁹ Uno de los lugares de la obra de KOSKENNIEMI donde queda más patente esta cuestión es su ensayo «La foi, l'identité et la destruction d'innocents: les internationalistes et les armes nucléaires», en *La politique du Droit International*, *op. cit.*, pp. 263-290 («Faith, Identity and the Killing of the Innocent, International Lawyers and Nuclear Weapons», *Leiden Journal of International Law*, 1997, vol. 17, pp. 137-162. Especialmente en p. 290, cuando afirma: «L'identité n'est pas quelque chose de définitivement ancrée; elle est aussi, et simultanément, un projet [cit. a HABERMAS, J., *Autonomy and Solidarity: interviews with Jürgen Habermas*, Londres, New York, 1992, p. 243]. Il en va de même pour l'identité du juriste. Qu'est-ce qui est préférable comme attitude (sachant qu'il n'existe pas d'autres conventions linguistiques plus fondamentales que l'outil normatif pour traiter cette question) pour répondre à l'appel de ne pas tuer d'innocents: faut-il s'identifier à notre capacité à utiliser et à maîtriser la technique juridique, à notre loyauté inconditionnelle en une autorité formelle ou à notre seule sensibilité? Rechercher des règles, des techniques ou une autorité équivaut à se percevoir comme Abraham, triste et dangereux. En tant que juristas, nous devons être capables de dire que la destruction d'innocents est mal, non parce que nous pouvons élaborer un raisonnement pour soutenir cette affirmation, ou parce que c'est ce que nous a dit, mais du simple fait de ce que nous sommes. Sans nous définir ainsi, comment pourrions-nous nous faire confiance pour faire ce qui est juste dans des situations exceptionnelles et précaires où n'est en jeu que la passion?».

¹⁰ FORCADA BARONA, I., *op. cit.*, pp. 213-214, «Aquí se sitúa precisamente el punto débil de la Nueva Corriente: si sus autores dan una visión constructiva de la vida social internacional y no meramente crítica del Derecho internacional, deben ser capaces de dar, al mismo tiempo, el criterio que explique por qué precisamente la suya es preferible a cualquier otra. Ahora bien, en cuanto lo hacen caen irremediabilmente en el objetivismo, o utopismo, que su modernidad les lleva a rechazar. Algún autor de esta corriente, Kennedy en particular, consciente de esta trágica disyuntiva ha preferido aparentemente mantenerse más fiel al espíritu y método crítico y alejarse de cualquier tentación utópica. En consecuencia, sus análisis huyen de la construcción de cualquier teoría sustantiva que pueda aplicarse al orden internacional. Otros autores (KOSKENNIEMI, SATHIRATHAI), por el contrario, no han podido evitar las referencias a una ética radical que, por atractivas e interesantes que parezcan, traicionan los postulados básicos de su

que contribuya a decorar el plato de resistencia formado por otras contribuciones más sólidas que la mía a esta obra colectiva en honor de un profesor que, si se hizo notar entre nosotros por su delicado cultivo de la práctica¹¹, ha preconizado en sus últimos escritos la conveniencia de una vuelta a la teoría¹².

II. DE LA APOLOGÍA A LA UTOPIA (EN UN USO ORDINARIO DEL LENGUAJE)

Si me parecía llamativa la ausencia de un tratamiento más amplio de los derechos humanos en la obra de KOSKENNIEMI era porque —a primera vista— esta materia se prestaba a un enfoque que pusiera de relieve la falacia inherente a la política exterior de los Estados en la materia, proclamando con gran énfasis normas de reconocimiento y protección que después obstaculizan a la hora de su aplicación. Esto es, en un sistema político liberal, cuyo postulado básico es la soberanía estatal, en el que el DIP debe servir para regular las relaciones entre Estados soberanos e independientes y en el que, a partir de un momento histórico dado, el modelo de Estado debe ajustarse a los parámetros propios de un Estado de Derecho en el que rija la democracia y en el que se respeten los derechos fundamentales, puede observarse un uso hipócrita de aquellos postulados, en la medida en que se reconocen y proclaman unos derechos, pero luego el propio sistema —con excepción de los regímenes particulares existentes en ciertos contextos regionales— no pone los medios nece-

discurso invalidándolo en cierta manera». La bibliografía del prof. David KENNEDY sobre el derecho humanitario internacional incluye las siguientes publicaciones: «The International Human Rights Movement: Part of the Problem?», *14 Harvard Human Rights Journal*, 2001 [reproducido en *European Human Rights Law Review*, vol. 3, 2001]; *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, 2004, (*El Lado Oscuro de la Virtud: Reevaluando el Humanitarismo Internacional*, trad. de Contreras, F. y De la Rasilla, I., ed. Almuzara, 2007); «International Humanitarianism: The Dark Sides», *6 The International Journal of Not-for-Profit Law*, 2004, [reproducido en *Human Rights and Development: Law, Policy and Governance*, C. Raj Kumar and DK Srivastava, eds., Lexis Nexis, Hong Kong, 2006]; «Reassessing International Humanitarianism: The Dark Sides», en *International Law and its Others*, A. Orford, Ed., Cambridge University Press, 2006, pp. 131-155; «War and International Law: Distinguishing the Military and Humanitarian Professions», *International Law Studies*, vol. 82, 2007, pp. 3-33; *The Rights of Spring: A Memoir of Innocents Abroad*, Princeton University Press, 2009.

¹¹ En las cinco ediciones de CASANOVAS, O., *Casos y textos de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos (1972, 1978, 1981, 1984 [revisada y reimpresa en 1986, 1987, 1988 y 1990]; la quinta edición (2005) en coautoría con RODRIGO HERNÁNDEZ, A.

¹² CASANOVAS, O., «La vuelta a la teoría», en *Hacia un Nuevo Orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, Tecnos, pp. 179-197.

sarios para que dichos derechos puedan ejercerse. ¿Son entonces los derechos humanos auténticos derechos subjetivos del individuo o meras declaraciones programáticas?

En un uso ordinario del lenguaje, podríamos decir que —tanto en el ámbito interno como en el externo— en el sistema político liberal y en el ordenamiento jurídico que sirve para defenderlo, se hace una constante apología —esto es, una defensa, una alabanza, un enaltecimiento, una loa, incluso una aclamación, exaltación o proclamación¹³, de la necesidad de proteger, respetar y defender los derechos humanos como valor supremo, capaz de hacer encajar —aunque sea solo por un instante, el del *amour*¹⁴— la justicia y el derecho. Y los poderes políticos del sistema insisten reiteradamente en esa apología, aunque los hechos no concuerden luego con las proclamas.

A su vez, no pueden dejar de percibirse las dificultades que conlleva la consecución —y en ese sentido, lo *utópico* que resulta— de una protección universal de los derechos humanos, como objetivo viable a plazo determinado —el fijado en los Decenios para el Desarrollo de la ONU, por ejemplo— teniendo en cuenta los obstáculos a los cuales se enfrenta ese objetivo ideal, desde la guerra a la explotación económica del Tercer Mundo. La protección universal de los derechos humanos —una utopía— sería, en ese uso ordinario del lenguaje, un plan o proyecto «optimista que aparece como irrealizable en el momento de su formulación»¹⁵, o una idea «muy halagüeña o muy buena, pero irrealizable»¹⁶, en la sociedad internacional actual.

Dicho de otro modo, la apología del reconocimiento de los derechos humanos resulta tan contradictoria con la utopía de su protección universal, que no en vano para internacionalistas como CHAUMONT¹⁷, o CARRILLO SALCEDO¹⁸ —salvando sus diferencias— la tensión o contradicción básica del ordenamiento internacional contemporáneo es la existente entre la soberanía del Estado y los derechos humanos. Así pues, cabía pensar que en un libro escrito por un internacionalista crítico, titulado *From Apology to Utopia*, la contradicción entre la constante loa y proclamación de los derechos humanos por

¹³ Defensa y alabanza aparecen como significados de apología, tanto en el *Diccionario de la Lengua Española* de la RAE, como en el *Diccionario de uso del español*, de María MOLINER. El resto de los términos empleados en el párrafo aparecen como sinónimos o términos análogos en el *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*, de Julio CASARES.

¹⁴ KOSKENNIEMI, M., «Les droits de l'homme, la politique et l'amour», *op. cit.*, p. 204.

¹⁵ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*.

¹⁶ MOLINER, M., *Diccionario de uso del español*.

¹⁷ CHAUMONT, Ch., «Cours général de Droit International public», *RCADI*, t. 129, 1970-I, pp. 339 ss.

¹⁸ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995.

los Estados y la utopía irrealizable de su protección universal resultara objeto de un tratamiento sistemático.

Y sin embargo, no es así. No hay ningún epígrafe en el índice de esa obra relativo a la protección de los derechos humanos, si bien en quince páginas diferentes de su contenido figura indexada la materia derechos humanos. Lo curioso es que diez de esas quince se encuentran en el amplio *Epilogue*, adicionado en la segunda edición de la obra, fechada en 2006, lo cual sugeriría una reconsideración del tema, coetánea con la labor de Martti KOSKENNIEMI como Relator Especial de la CDI sobre la unidad y fragmentación del Derecho internacional. El texto editado en 1989 contenía sólo cinco menciones del término *human rights*, y solamente en la última de ellas¹⁹ se le dedicaba un párrafo entero, glosando la evolución del pensamiento académico internacional (recuérdese la importancia que tiene para el autor lo que «piensen y hagan» los internacionalistas) que, entre los años cincuenta y sesenta había separado el estudio de los derechos humanos de otras materias conexas (protección diplomática, responsabilidad internacional) haciendo posible centrar la atención en conductas hasta entonces excluidas del discurso [académico] por tratarse de asuntos comprendidos en la jurisdicción interna de los Estados. Pero tampoco en el *Epilogo* aparece más que alguna mención a la materia, amén de las remisiones a otros trabajos del autor que glosaré en los siguientes epígrafes. Las referidas menciones sitúan la materia en los sucesivos contextos del empleo del Derecho internacional como instrumento de justificación [de una elección o política], de la fragmentación del Derecho internacional y los supuestos regímenes autosuficientes y, finalmente, de la tesis de la indeterminación [del contenido del Derecho internacional].

Hay que partir, en primer lugar, de la distinción entre *descubrimiento* y *justificación*. Esto es, «legal arguments do not produce substantive outcomes but seek to justify them»²⁰. Como lenguaje de justificación, el Derecho internacional es un medio para articular preferencias particulares o posiciones de una manera formal, accesible al análisis profesional. Así, el movimiento de personal armado a través de una frontera se convierte en «agresión» o en «legítima defensa», un acto oficial puede ser un asunto de «soberanía» (o de «inmunidad»), o bien una violación de derechos humanos. El derecho construye su propio campo de aplicación y circula a través de un lenguaje normativo que subraya algunos aspectos del mundo mientras deja en la oscuridad otros aspectos²¹.

En segundo lugar, la [supuesta] fragmentación del DI y los [no menos supuestos] regímenes autosuficientes (*self-contained*) de protección de los

¹⁹ Actualmente, pp. 526-527 de la segunda ed. (2006).

²⁰ KOSKENNIEMI, M., *From Apology to Utopia*, op. cit., 2.ª ed., p. 570.

²¹ *Ibidem*.