

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

  
tecnos



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)<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> 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»<sup>2</sup>, 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

<sup>2</sup> 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 aturridos 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?<sup>3</sup>

¿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)*<sup>4</sup>, 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*<sup>5</sup> 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

<sup>3</sup> *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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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?<sup>6</sup>

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 Irak<sup>7</sup>.

¿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

<sup>6</sup> 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](http://www.realinstitutoelcano.org)).

<sup>7</sup> «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*<sup>8</sup> 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,

<sup>8</sup> 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 2005<sup>9</sup> 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 humano<sup>10</sup>; 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 individual<sup>11</sup>.

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 Internacional<sup>12</sup>. 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

<sup>9</sup> «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).

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

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

<sup>12</sup> «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 estables<sup>13</sup>. 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»<sup>14</sup>. 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

<sup>13</sup> 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](http://www.realinstitutoelcano.org)).

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



en derecho internacional público»<sup>15</sup>, 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 agresión<sup>16</sup>.

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

<sup>16</sup> 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](http://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](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»<sup>17</sup>. ¿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?

<sup>17</sup> «En Derecho español —escribía en la 2.<sup>a</sup> 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 costas<sup>18</sup>.

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 consuetudinaria<sup>19</sup>. 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 formación<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Sentencia de 18 de diciembre de 1951 (*CIJ Recueil 1951*, 131).

<sup>19</sup> 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).

<sup>20</sup> «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-noruegas<sup>21</sup>, 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 pretensión<sup>22</sup>. 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 ambiente<sup>23</sup>.

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

<sup>21</sup> *CIJ Recueil 1950*, 277-278; *CIJ Recueil 1951*, 131.

<sup>22</sup> *CIJ Recueil 1974*, 175, 193 ss.

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

<sup>24</sup> *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 cumplimiento<sup>25</sup>.

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 Unidas<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> 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).

<sup>26</sup> 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»<sup>1</sup>.

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 Corriente<sup>2</sup>. Y esa ausencia<sup>3</sup> 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 Koskenniemi<sup>4</sup>. Ello ex-

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

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.).

<sup>4</sup> 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 autor<sup>5</sup>. 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 Humanos<sup>6</sup>), 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*<sup>7</sup>, 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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 experiencia<sup>8</sup>. Al parecer éste es un planteamiento que puede observarse en la obra de KOSKENNIEMI<sup>9</sup>, pero no en la de otros representantes de la corriente crítica<sup>10</sup>. 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.<sup>a</sup> ed. de *From Apology to Utopia*, *op. cit.*, p. 615.

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

<sup>9</sup> 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?».

<sup>10</sup> 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 práctica<sup>11</sup>, ha preconizado en sus últimos escritos la conveniencia de una vuelta a la teoría<sup>12</sup>.

## 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.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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 proclamación<sup>13</sup>, 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*<sup>14</sup>— 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»<sup>15</sup>, o una idea «muy halagüeña o muy buena, pero irrealizable»<sup>16</sup>, 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 CHAUMONT<sup>17</sup>, o CARRILLO SALCEDO<sup>18</sup> —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

<sup>13</sup> 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.

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

<sup>15</sup> RAE, *Diccionario de la Lengua Española*.

<sup>16</sup> MOLINER, M., *Diccionario de uso del español*.

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

<sup>18</sup> 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 ellas<sup>19</sup> 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»<sup>20</sup>. 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 aspectos<sup>21</sup>.

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

<sup>19</sup> Actualmente, pp. 526-527 de la segunda ed. (2006).

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

<sup>21</sup> *Ibidem*.



derechos humanos desarrollados en Europa, sirven a nuestro autor para enlazar con otro de sus temas favoritos, a saber, la propensión, inclinación o tendencia inherente o propia del sistema a favorecer determinadas políticas o prioridades de modo natural, como deriva lógica de las estructuras existentes y del propio lenguaje jurídico. Por ejemplo, si el TEDH no hubiese «pensado» en los derechos humanos en términos «constitucionales» no hubiera generado una determinada doctrina en materia de interpretación de las reservas [a los tratados sobre derechos humanos] y sobre la propia competencia de los órganos de control en esos supuestos<sup>22</sup>.

Y, en tercer lugar, relacionándolo con la tesis de la indeterminación [del contenido de las normas internacionales], sostiene KOSKENNIEMI que la tendencia (el sesgo) del sistema, emerge y opera en diversos lugares del DI (uso de la fuerza, derecho del mar, derechos humanos) y a través de la «fragmentación»<sup>23</sup>, para favorecer —dentro de las opciones [interpretativas] posibles— aquellas más conservadoras del *status quo*, que son *metodológicamente privilegiadas*<sup>24</sup> en las instituciones relevantes.

Valgan estas referencias para integrar la materia que nos ocupa dentro del mundo jurídico del autor. Entre las dos ediciones de su obra más divulgada, hay, afortunadamente, otros trabajos que pueden iluminar con mayor intensidad su concepción acerca del lugar de los derechos humanos en la estructura del DI. Veámoslos.

<sup>22</sup> *From Apology to Utopia*, *op. cit.*, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 608-609. Las cuestiones relativas a los regímenes europeos de protección son desarrolladas más ampliamente en el epígrafe 4 *infra*.

<sup>23</sup> El mismo año en el que se reedita *From Apology to Utopia*, la CDI hace público su informe sobre la unidad y fragmentación del DI, «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, NU A/CN.4/L.682, de 13 de abril de 2006, en cuyo párrafo 492 puede leerse lo siguiente: «Aun cuando la diversificación del derecho internacional puede amenazar a su coherencia, lo hace aumentando su sensibilidad al contexto regulador. La fragmentación impulsa el derecho internacional en sentido del pluralismo jurídico pero lo hace, como el presente informe ha tratado de subrayar, utilizando constantemente las fuentes del derecho internacional general, especialmente las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el derecho consuetudinario y los «principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas». *Una conclusión principal de este informe ha sido que la aparición de regímenes especiales establecidos por tratados (que no deberían denominarse «autónomos» «self-contained») no ha socavado seriamente la seguridad jurídica, la previsibilidad del derecho y la igualdad de los sujetos jurídicos. Las técnicas de la lex specialis, la lex posterior y los acuerdos inter se y la posición superior conferida a las normas imperativas y a la noción (hasta ahora no suficientemente elaborada) de «obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto» ofrecen un repertorio técnico básico que permite responder de manera flexible a los problemas más sustantivos de la fragmentación. Pueden utilizarse para dar expresión a preocupaciones (por ejemplo, el desarrollo económico, los derechos humanos, la protección del medio ambiente, la seguridad) que son legítimas y se consideran muy importantes».*

<sup>24</sup> En cursiva en el original. *From Apology to Utopia*, *op. cit.*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 610.



### III. LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE EL COMPROMISO Y EL CINISMO

En 1999, quien fuera asesor jurídico del gobierno finlandés publica, en una colección de ensayos elaborados por asesores jurídicos y prácticos en DI, un trabajo titulado «Entre compromiso y cinismo»<sup>25</sup>, en el que aporta unas primeras reflexiones sobre la materia, como reacción a la vacía retórica onusiana, en unos momentos en los que caduca el último de los cuatro decenios desarrollistas.

Concluye nuestro autor su trabajo afirmando que «la dialéctica entre compromiso y cinismo forma parte de la realidad psicológica de todos los internacionalistas»<sup>26</sup> y —teniendo en cuenta que el DI es lo que los juristas internacionalistas hacen y lo que piensan acerca de lo que hacen— no es extraño que se halle profundamente incorporada al contenido del DI. El internacionalista —en una actitud siempre ambivalente o dual— oscila entre un compromiso (más o menos «sentimental») con la *retórica* doctrinal, cuando actúa en los foros internacionales o en la Academia y una actitud cínica cuando actúa como consejero jurídico al servicio de su gobierno, interiorizando «el temor de que la disciplina no sea, después de todo, más que política»<sup>27</sup>, duda existencial que desemboca en el cinismo de quien la soporta.

El compromiso es un posicionamiento idealista que, sin embargo, choca —por ejemplo— con los fracasos de los diversos ciclos de reforma propuestos por la ONU y hace que «se pierda toda esperanza relativa a la gestión eficaz de los asuntos mundiales gracias a la organización»; esperanza que se pierde también observando la falta de resultados del Tribunal Penal Internacional para Ruanda<sup>28</sup>, o las limitaciones de nacimiento de la CPI, derivadas del compromiso de no actuar contra los intereses de las Grandes Potencias. Ahora bien, pese a todo lo anterior ¿qué quedaría del compromiso de los in-

<sup>25</sup> KOSKENNIEMI, M. «Between Commitment and Cynism: 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. Cito por la trad. francesa «Entre engagement et cynisme: aperçu d'une théorie du droit International en tant que pratique», *La politique du droit International*, *op. cit.*, pp. 359-391.

<sup>26</sup> «Entre engagement...», *cit.*, p. 389. Dentro de ese *todos*, incluye básicamente los arquetipos del juez, del consejero jurídico gubernamental, del activista de una ONG y del académico, que puede permitirse el lujo de ser el más cínico de todos, pues es el que menor grado de compromiso derivado de su oficio asume.

<sup>27</sup> «Entre engagement...», *cit.*, pp. 360-361.

<sup>28</sup> Véase asimismo, KOSKENNIEMI, M., «Between Impunity and Show Trials», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2002, vol. 6, pp. 1-35, o su traducción francesa, «Entre impunité et procès spectacle», en *La politique du Droit International*, *op. cit.*, pp. 227-263.



ternacionalistas si excluyésemos a las Naciones Unidas?<sup>29</sup>, o bien, si la desilusión es tal que la única solución parece el abandono ¿qué resta del compromiso del internacionalista?

Esta ambivalencia, de los internacionalistas y del DI («mi intención es solamente describir el papel de la ambivalencia en la *retórica* de la práctica jurídica que permite simultáneamente justificar y [su contrario] criticar resultados políticos particulares»<sup>30</sup>) puede observarse asimismo en torno a la tensión entre soberanía y derechos humanos. Pues «la condición estatal parece constituir a la vez un peligro cierto para los derechos humanos y un instrumento indispensable para preservarlos»<sup>31</sup>, pero no evita el dilema, ya que, por ejemplo, «si sobreviene una guerra civil, el derecho le dice al jurista: existen dos reglas [contradictorias], “la autodeterminación” y el “*uti possidetis*”. Ahora, tu eliges». Luego, en el fondo, la aplicación de una regla [u otra contraria] a un supuesto de hecho, depende de una decisión política.

La *retórica* ambivalente es particularmente visible en torno a los derechos humanos. Por ejemplo, ha habido una amplia aceptación gubernamental de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero ¿tendrá ello algún efecto real sobre la vida de los niños?<sup>32</sup> La distorsión entre forma y fondo —en un segundo ejemplo— es patente si observamos la mucha *retórica*, pero la escasa financiación, ligada a las diversas convenciones de las Naciones Unidas sobre derechos humanos. Y la jurisprudencia de la CIJ proporciona un tercer ejemplo en el debatido asunto de *Timor Oriental*<sup>33</sup>. El planteamiento de la Corte

<sup>29</sup> «Entre engagement...», *cit.*, pp. 367-371. Ese constante juego entre argumentos «ascendentes» y «descendentes» es una característica de su obra. [Como el resto del DI], la Carta de la ONU es expresión de «proyectos políticos entrecruzados». Así, es a la vez «pacifista y beligerante, protege a la vez la soberanía y los derechos humanos», en KOSKENNIEMI, M., «Perceptions de la justice: des murs et des ponts entre l'Europe et les États Unis», *La politique du droit International, op. cit.*, p. 414. («Perceptions of Justice: Walls and Bridges Between Europe and the United States», *ZaöRV*, vol. 64, 2004, pp. 305-314).

<sup>30</sup> «Entre engagement...», *cit.*, p. 377.

<sup>31</sup> «Entre engagement...», *cit.*, p. 373.

<sup>32</sup> «Entre engagement...», *cit.*, p. 375.

<sup>33</sup> Portugal demandó a Australia ante la CIJ (por la vía del art. 36.2 ECIJ), impugnando la validez de un acuerdo entre Australia e Indonesia (que no había formulado declaración de aceptación ex 36.2 ECIJ) relativo a la explotación de recursos minerales en la plataforma continental correspondiente a la Falla de Timor. El demandante argumentó la violación de las obligaciones *erga omnes* derivadas para todos los Estados (incluida Australia) del principio de libre determinación y sus corolarios. Mas la Corte, sin negar la legitimación activa de Portugal, estimó que admitir la pretensión portuguesa hubiera supuesto aceptar su competencia sobre un asunto sin el consentimiento de uno de los Estados implicados (Indonesia), la legalidad de cuya conducta constituía, en realidad, el objeto de la diferencia. La falta de pronunciamiento judicial al respecto dejó sin disipar —entre otras cosas— la duda sobre el carácter del principio de soberanía permanente de los pueblos sobre sus riquezas y recursos naturales.



ha sido enfocar el asunto como un conflicto de soberanías, una de las cuales estaba ausente (Indonesia). Ese planteamiento ha eclipsado las repercusiones que podrían haberse derivado otro enfoque basado en la libre determinación del pueblo de Timor<sup>34</sup> en contraste con las soberanías opresoras (Australia en Indonesia), en una suerte de «imperialismo procedimental»<sup>35</sup>.

#### IV. EL EFECTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CULTURA POLÍTICA

Meses después, KOSKENNIEMI publica otro trabajo —merecedor de una amplia glosa— en el que reflexiona más extensamente acerca de los derechos humanos, insertando el análisis de la materia en una de sus preocupaciones favoritas: las interacciones entre el derecho y la política [en caso de que sean cosas distintas]. En su origen, la preocupación por los derechos humanos aparece en el derecho occidental en el momento en que la crítica del formalismo jurídico ha logrado provocar una transformación. En lugar de simplemente «aplicar las reglas», los juristas buscan obtener en su aplicación «resultados razonables», o bien «un equilibrio de intereses». Sin embargo, esta transformación puede ser vista por el poder como un cambio peligroso, pues transfiere —siquiera parcialmente— la potestad del legislador al aplicador del derecho y [al propio tiempo] origina la necesidad de que exista algo —los derechos [subjetivos, individuales, humanos]— capaz de limitar el poder discrecional del Estado<sup>36</sup>.

La *retórica* de los derechos ha ejercido un efecto positivo en la historia. Paradójicamente, a partir del momento en que los derechos son institucionalizados, pierden su virtud transformadora y se petrifican, marginando los valores que ocasionaron, tiempo atrás, su proclamación. Sin embargo, la *retórica* de los derechos no es tan poderosa como podría parecer. Puede reducirse sistemáticamente a argumentos contradictorios entre sí, y es constantemente contrastada con la noción del bien<sup>37</sup> político. Así, el reconocimiento de los

<sup>34</sup> Obsérvese que la CIJ acepta en este caso planteamientos que desestimó en el asunto del Sáhara Occidental.

<sup>35</sup> Así lo califica Ch. CHINKIN «Increasing the Use and Appeal of the Court», en PECK, C. y LEE, R. S. (ed), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice, Colloquium to celebrate the 50 Anniversary of the Court*, Kluwer, La Haya, 1997, p. 49.

<sup>36</sup> *Présentation*, a «L'effet des droits sur la culture politique», en *La politique du Droit International, op. cit.*, p. 175, traducción libre. El original inglés se titula «The Effect of Rights on Political Culture», en ALSTON, Ph. (dir.) *The European Union and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 99-116.

<sup>37</sup> En la página 175 de ese trabajo («L'effet des droits sur la culture politique», *op. cit.*), su autor hace una referencia al concepto del Bien en la *Theory of Justice*, de John RAWLS, Clarendon Press, Oxford, 1971, p. 31.



derechos es tributario de evaluaciones llevadas a cabo según el criterio de la «proporcionalidad» o del «reequilibrio» administrativo, que sirven para fijar prioridades entre dos concepciones contrapuestas del bien político<sup>38</sup>. Si es la concepción del poder la que prevalece, el discurso de los derechos [en vez de servir para poner freno al] sirve para legitimar el *statu quo*, pues se acaba cediendo el paso a la prioridad política. Y así, «una cultura política que subraya oficialmente que los derechos son fundamentales (“inalienables”), pero que, en la práctica se topa con la realidad de que no son nada, llega a ser una cultura de la mala fe».<sup>39</sup>

Los derechos fundamentales se incorporan a las constituciones y es allí donde reside la fuente de su extraordinaria potencia *retórica*. Ya que, por una parte, son «exteriores» a la colectividad política, en el sentido de que el legislador [ordinario] tiene por misión simplemente constatar su existencia en derecho positivo y no crearlos. Por otra parte, sin embargo, se hallan igualmente «en el interior» de la colectividad [política], en la medida en que están fijados en constituciones y en diversos actos de derecho positivo y, por ello, [su existencia] puede ser confirmada objetivamente<sup>40</sup>.

Sin embargo, la moralidad social no puede traducirse exhaustivamente en términos de derechos. Entre la posibilidad de invocar en justicia un derecho subjetivo y la posibilidad de adherirse a un valor [políticamente correcto] pero no traducido en términos de derecho subjetivo existen esos objetivos económicos, sociales o culturales y ciertos bienes colectivos (el derecho a la paz o al medio ambiente) que son programáticos<sup>41</sup>, pues fijan únicamente directrices para el poder político. «En la medida en que estos derechos puedan ser concebidos como intereses susceptibles de ser invocados en justicia, traducen en sí mismos los conflictos sociales bajo la forma de cuestiones ligadas a los derechos de los individuos. En tales casos, los bienes sociales considerados dignos de protección quedan limitados a los intereses privados; yo tengo un derecho en la medida en que otro tiene la obligación de no atentar a mi interés (jurídicamente protegido). Desde Marx, tal tesis ha sido criticada en la medida en que constituye un instrumento formalista de «alienación» que permite perpetuarse a la sociedad liberal-capitalista»<sup>42</sup>.

Los derechos [fundamentales] no son primordiales, sino tributarios de bienes colectivos evaluados independientemente de los [concretos] derechos en el marco de los cuales los percibimos. Evocando a RAZ, para nuestro autor,

<sup>38</sup> «L'effet des droits sur la culture politique», *op. cit.*, p. 176.

<sup>39</sup> «L'effet des droits sur la culture politique», *op. cit.*, p. 177.

<sup>40</sup> «L'effet des droits sur la culture politique», *op. cit.*, p. 180.

<sup>41</sup> Como los principios rectores de la política social y económica insertos en el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución.

<sup>42</sup> «L'effet des droits sur la culture politique», *op. cit.*, p. 183.



los derechos protegen la autonomía personal, pero «la autonomía no es posible más que si diversos bienes colectivos son accesibles» [al individuo]<sup>43</sup>. En una sociedad en la que no fuera posible elegir, la autonomía no tendría sentido. Pero en una sociedad en la que es posible formular una elección, ésta nos reenvía a una cuestión de bien político, «de lucha y compromiso entre tesis diferentes sobre la definición de «buena sociedad»<sup>44</sup>. Esto se aprecia cotidianamente en las decisiones [judiciales] en torno a las cuales se desarrolla el debate. Un ejemplo patente lo proporciona la célebre sentencia *Handyside*<sup>45</sup> del TEDH, al examinar el margen de apreciación de que disponen las autoridades nacionales en materia de libertad de expresión, dado que no existe «una concepción europea uniforme de la moral». Para el profesor de la Universidad de Helsinki, más que la tensión entre libertad de expresión y respeto a la vida privada (dos derechos protegidos en el CEDH) lo importante de esta jurisprudencia es que «el TEDH ha declarado expresamente que la libertad de expresión es una cuestión de apreciación moral, independiente de los derechos en conflicto (libertad de expresión y respeto de la vida privada) a los cuales ha fijado un límite determinado»<sup>46</sup>. Todo ello pone de relieve la insuficiencia de la *retórica* de estos derechos cuando intentamos justificarlos o [o bien] limitarlos. «En efecto, los derechos son constantemente examinados, limitados y criticados desde la perspectiva de concepciones alternativas del bien político»<sup>47</sup>.

Conviene ahora examinar la cuestión desde la triple perspectiva de la constitución del campo de relación entre los derechos y las excepciones a esos derechos, los conflictos entre derechos y el carácter indeterminado de los mismos.

Observemos desde la primera perspectiva la jurisprudencia del TJCE en torno a los derechos fundamentales. Como es sabido, tras ciertas vacilaciones iniciales, el Tribunal de Luxemburgo cambió de actitud tras la «rebelión» de los tribunales constitucionales alemán e italiano<sup>48</sup> y se declaró competente, en primer lugar para determinar la compatibilidad de los instrumentos comunitarios con los derechos fundamentales tal y como se desprenden de las constituciones de los Estados Miembros (*Stauder, Nold, Hauer*) y, en segundo

<sup>43</sup> RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1988, pp. 212-213, cit. por KOSKENNIEMI, en «L'effet des droits sur la culture politique», *op. cit.*, p. 184.

<sup>44</sup> L'effet des droits sur la culture politique», *op. cit.*, p. 184.

<sup>45</sup> TEDH, *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, serie A, n.º 24.

<sup>46</sup> L'effet des droits sur la culture politique», *op. cit.*, p. 185.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> La bibliografía sobre este tema es muy amplia. Vid., por todos, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y VALLE GALVEZ, A., «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *RDCE*, n.º 2, 1997, pp. 329 ss.



lugar, para controlar la legislación de los Estados miembros en el ámbito del derecho comunitario (*Rutili, Wachauf, Grogan*). Como consecuencia de ello, «el Tribunal ha reformulado igualmente el campo de la actividad económica [libre circulación de mercancías, servicios y capitales, libre competencia] en términos propios de derechos humanos»<sup>49</sup>. Pero, «mientras el Tribunal redefinía de esta manera el derecho a la propiedad y a la tierra [alusión al asunto *Hauer*], así como el secreto de los negocios en términos de derechos fundamentales [alusión al asunto *Hoechst*]<sup>50</sup>, ninguna terminología de este tipo ha servido para describir los problemas relativos a la inmigración o al asilo, a la discriminación racial, a las minorías o a la protección del medio ambiente. [Por tanto] Tal selectividad no está dictada por el carácter “esencial” de estos problemas, ni por una razón objetivamente fundada. Es una cuestión de preferencia (política)»<sup>51</sup>.

Desde una segunda perspectiva, cabe observar que los derechos están [entre ellos] en constante conflicto. Quizá el más típico sea el conflicto entre libertad y seguridad. Este conflicto tiene su reflejo en variada jurisprudencia europea. Por ejemplo, en el asunto *Grogan*<sup>52</sup>, sobre la compatibilidad con el derecho comunitario de la difusión de informaciones relativas al aborto en

<sup>49</sup> L'effet des droits sur la culture politique», *op. cit.*, p. 187.

<sup>50</sup> Posiblemente por error, nuestro autor no cita esta jurisprudencia, sino el asunto *Konstantinidis*, de 30 de marzo de 1993.

<sup>51</sup> L'effet des droits sur la culture politique», *op. cit.*, p. 187. Puede observarse que los sistemas constitucionales y comunitario de protección de los derechos humanos discriminan matizadamente entre nacionales y extranjeros, e incluso entre extranjeros de diversas categorías (los privilegiados nacionales de otro Estado miembro de la Unión Europea, los nacionales de un Estado con el que la Unión tiene en vigor un convenio de asociación o cooperación y el resto de los extranjeros), así como que las leyes de extranjería discriminan entre los extranjeros, privando a los que se hallan en situación irregular de determinados derechos humanos, como los de reunión, asociación, sindicación y huelga. Las técnicas empleadas son diversas, entre otras, aplicar la distinción entre la titularidad de un derecho y el ejercicio del mismo, como una manera de establecer límites al goce de determinados derechos humanos por los extranjeros dentro de un sistema nacional integrado en el comunitario. La construcción comunitaria europea está basada en una discriminación por razón de nacionalidad, hecha la cual, se proclama con toda tranquilidad el principio de no discriminación por otras razones. «Así, lamentablemente para quien no sea nacional de un Estado miembro, las normas comunitarias proclaman básicamente la no discriminación por razón de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 13 TCE), pero siempre que el transexual, la gitana, el testigo de Jehová, el minusválido o la lesbiana sean nacionales de un Estado miembro» (FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 36). Coincido con el *Global Professor of Law* de la Universidad de Nueva York, en que todo ello traduce, indudablemente, una opción o preferencia política determinada.

<sup>52</sup> TJCE. Sentencia de 4 de octubre de 1991, *Society for Protection of the Unborn Children v. Grogan*, asunto 159/90, Rec. 1991, I, p. 4685. Conclusiones del Abogado General, & 34.



Irlanda, el Tribunal de Luxemburgo ha constatado la existencia de un conflicto que obligaba a «poner en la balanza dos derechos fundamentales, de una parte el derecho a la vida tal como es definido por el Estado miembro que lo declara aplicable a la vida intrauterina y, de otra parte, la libertad de expresión». Y en un segundo ejemplo, en el asunto *Wachauf*<sup>53</sup>, el Tribunal de Luxemburgo afirma que los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas. Por tanto, cabe imponer restricciones a su ejercicio relacionadas con su función social, siempre que tales restricciones respondan a objetivos de interés general y no constituyan una intervención desmesurada e intolerable que atente a la esencia misma del derecho. Glosando esta jurisprudencia, nuestro autor señala que la utilización de términos tales como «funciones», «objetivos» e «interés general es inevitable, en la medida en que «un derecho es frecuentemente una política y debe ser considerado como tal por oposición a otras políticas». El TJCE no hace otra cosa que solucionar un conflicto de intereses. «Que estos intereses sean formulados en términos de derechos no cambia el modelo, aunque oscurece, de hecho, la naturaleza política de su tarea»<sup>54</sup>.

Por otra parte, los derechos siempre tienen excepciones y la cuestión de si acudimos al derecho o a la excepción, es también una cuestión política. KOSKENNIEMI pone como ejemplo de este dilema la conocida cláusula «sociedad democrática» inserta en el CEDH. Lógicamente, este concepto depende estrechamente de la imagen política que tuvieran de sí mismas las sociedades europeas de la postguerra mundial. Ahora bien, este «sistema combinado derecho/derogación [...] está constantemente bamboleado por la ausencia de reglas o criterios políticos que permitan saber cuándo hay que respetar el derecho y cuándo hay que derogarlo»<sup>55</sup>. La [antigua] Comisión y el Tribunal de Estrasburgo han intentado un equilibrio de intereses que utiliza nociones abstractas, tales como «razonable», «proporcionada» y «orden público» para justificar, tanto la referencia al derecho, como a la excepción. «De este modo, la extensión de los derechos está subordinada a una elección política que no parece justificable más que por referencia a concepciones subsidiarias de la “buena sociedad”»<sup>56</sup>.

Finalmente, los derechos son formulados muchas veces con un lenguaje impreciso o indeterminado. Lo cual quiere decir que es preciso interpretarlos<sup>57</sup>. Con lo cual, el margen de apreciación del que disponga el intérprete es

<sup>53</sup> TJCE. Sentencia de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, asunto 5/88, Rec. 1989, p. 2609.

<sup>54</sup> «L'effet des droits sur la culture politique», *op. cit.*, p. 191-192.

<sup>55</sup> «L'effet des droits sur la culture politique», *op. cit.*, p. 193.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Si bien las reglas de interpretación de los tratados de protección de los derechos humanos no son las generales. Evocando lo previsto en el Convenio de Viena de 1969, se ha recordado que, «El valor asignado en ese proceso de interpretación de los tratados de derechos humanos al obje-



crucial<sup>58</sup>. De ahí la necesidad de una elección política que aporte un sentido, una aplicabilidad y unos límites a los derechos<sup>59</sup>.

En hipótesis, podríamos distinguir entre derechos [sin más, por ejemplo, propiedad privada] y derechos fundamentales [los que constituyen la expresión de recuerdos de dolor e injusticia evocados por Klaus Günther<sup>60</sup>, por ejemplo, derecho a no ser torturado]. Pero para defender esta distinción tendríamos que acudir a una concepción iusnaturalista y afirmar que los más fundamentales de entre los derechos serían «intrínsecos» [al sistema]. Los otros, no<sup>61</sup>. Empero, esta hipótesis no resulta convincente al profesor finlandés, el cual acaba concluyendo que «de hecho, unos y otros son indisociables de la política»<sup>62</sup>.

---

to y fin del tratado o a su efecto útil es mayor que en el resto de tratados donde la estricta y formal interpretación gramatical prima sobre cualquier otra consideración. El hecho de que un órgano de tutela de los derechos humanos entienda sus poderes de modo amplio, incluyendo la facultad peculiar de interpretar autorizadamente la legalidad de las reservas a su tratado constitutivo o el desarrollo de una jurisprudencia particular en defensa de los derechos fundamentales ante un Estado miembro por parte un tribunal, como el de Luxemburgo, inicialmente no diseñado para ello, supone no tanto un alejamiento o quiebra del Derecho internacional general sino la tutela de unos intereses especiales por parte de esos órganos», AZNAR GÓMEZ, M., «En torno a la unidad sistémica del Derecho internacional», *REDI*, vol. LIX (2007), 2, p. 574.

<sup>58</sup> En su posterior actividad como Relator de la CDI respecto a la unidad y fragmentación del Derecho internacional, Koskenniemi ha señalado que, «si el razonamiento jurídico se entiende como una actividad intencional, debe ser visto no solamente como una aplicación mecánica de normas, decisiones o pautas de comportamiento aparentemente aleatorias sino como la operación de un sistema orientado hacia algún objetivo humano. También aquí los juristas pueden disentir sobre cuál es el objeto de una regla o de un comportamiento. Pero de ello no se sigue que ese objetivo sea totalmente imprevisible. *La interpretación jurídica consiste en muchas ocasiones en vincular una norma poco clara con una finalidad y, de esta manera, al mostrar su posición dentro de algún sistema, en justificar su aplicación de una forma y no de otra*». «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, NU A/CN.4/L.682, de 13 de abril de 2006, párr. 34.

<sup>59</sup> «L'effet des droits sur la culture politique», *op. cit.*, p. 195.

<sup>60</sup> No se cita ninguna obra de GÜNTHER en la p. 196, pero sí en nota 2, p. 176, de «L'effet ...», a saber, «The Legacies of Justice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effect on Political Culture», en ALSTON, Ph. (dir.), *The European Union and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 117-144. GÜNTHER «sostiene que los derechos tienen un alcance real en la medida en que abren la cultura política a las experiencias de la injusticia y del temor y constituyen un medio de expresar y de conocer el sufrimiento debido a la tortura, por ejemplo, y hacer condenar la práctica social de la tortura y quizá incluso erradicarla», «L'effet ...», *op. cit.*, p. 176.

<sup>61</sup> El discurso argumental resulta muy similar al empleado cuando —en Derecho internacional general— se trata de justificar la existencia de normas de *ius cogens* que, a diferencia de las restantes del sistema, no tienen su fundamento en el consentimiento de los Estados, sino que estarían más allá del mismo, al menos según la tesis iusnaturalista.

<sup>62</sup> «L'effet ...», *op. cit.*, p. 197.



Finalmente, una de las consecuencias de la proliferación de la *retórica* de los derechos es la instauración de una *cultura política de la mala fe*<sup>63</sup>. Para un agnóstico liberal, una concepción de los derechos naturales colocados en el exterior de la sociedad política es una hipótesis injustificable. «Los derechos subjetivos han nacido de nuestra pérdida de fe en un derecho objetivo preexistente a nuestra libertad y a nuestra capacidad de escoger nuestra manera de vivir [...]. Sólo desarrollando una fe sin grietas podemos oponer los derechos a las ideas políticas [...]. Pero este tipo de fe incuestionable es contraria a nuestra modernidad»<sup>64</sup>. ¿Qué hacer ante la pérdida de la fe? Hay dos opciones posibles. Una, renunciar a los derechos. Sin embargo, si lo hiciéramos, no habría otro *lenguaje* mediante el cual resolver el conflicto político. Otra opción consiste en «continuar discutiendo acerca de los derechos [aun] sin creer efectivamente en su carácter apolítico o creador»<sup>65</sup>. Sin embargo, «para que una estrategia de esta naturaleza triunfe, hay que evitar sostener al mismo tiempo que los derechos humanos son fundamentales y [que son] universalmente aplicables, lo cual constituye “una ficción a la cual Europa, al menos, se esfuerza en adherirse”»<sup>66</sup>.

## V. LOS DERECHOS HUMANOS, ENTRE LA POLÍTICA Y EL AMOR

Dos años más tarde, nuestro autor publica un nuevo ensayo en el que revisa sus reflexiones anteriores pues «el tono esencialmente crítico o negativo del art. precedente me ha lanzado a explorar el aspecto positivo, constructivo, de los derechos humanos en las sociedades modernas [...]. Me parece que este mensaje es cada vez más importante: los derechos humanos son a la vez algo imposible y sin embargo necesario. La tarea, difícil pero fascinante, del jurista, consiste en generar tensión en el interior del discurso de los derechos humanos»<sup>67</sup>. No podemos vivir sin ellos, pero nunca podremos llegar a po-

<sup>63</sup> En cursivas en el original. «L'effet...», *op. cit.*, p. 199.

<sup>64</sup> «L'effet...», *op. cit.*, p. 200.

<sup>65</sup> «L'effet...», *op. cit.*, p. 201.

<sup>66</sup> «L'effet...», *op. cit.*, p. 201. La frase entre las comillas intercaladas corresponde a STEYGER, E., *Europe and its Members. A Constitutional Approach*, Brookfield, Dartmouth, 1995, p. 49.

<sup>67</sup> «Les droits de l'homme, la politique et l'amour», en *La politique du droit international*, *op. cit.*, p. 203. El texto sigue, «lo mismo que el discurso del amor debe constantemente vigilar la autonomía de los amantes para asegurar su unión». No me resisto a expresar mis dudas, tanto acerca de que el amor sea el término de comparación más apropiado con los derechos humanos y la política, como acerca de que la autonomía de los amantes sea lo mejor para asegurar su unión. Analizando al analista, ¿no estaremos ante lo que Sigmund Freud llamaba una «sublimación»?



seerlos del todo. La paradoja consiste aquí en que «traducen el deseo de crear una normativa más allá de lo político, una normativa que sería oponible a los políticos, sobre todo a los políticos de los Estados»<sup>68</sup>. Hay que considerar estos derechos desde una perspectiva histórica, pues poseen un *pedigree* muy anterior a la Carta de la ONU, procedente del Siglo de las Luces y del humanismo religioso del siglo XVI.

LAUTERPACHT critica en 1950 la Declaración Universal, adoptada por la Asamblea General en diciembre de 1948, por no tener un carácter obligatorio y por carecer de un mecanismo de control. Por ambas razones, «su adopción ha generado un efecto perverso [...] pues permite a los Estados declarar [...] que no son jurídicamente responsables por la violación de derechos individuales no recogidos en obligaciones internacionales [...]. Es peligrosa, en la medida en que la proclamación reemplaza a la acción y ofrece justificaciones jurídicas válidas para no hacer nada»<sup>69</sup>.

Pero lo importante —en la relectura de Lauterpacht por Koskenniemi— es dejar sentado que la Declaración Universal no puede otorgar o negar los derechos humanos sobre los que versa, puesto que éstos son preexistentes a aquella. El peligro reside precisamente en hacer pensar que es la Declaración quien los crea. Nada de eso. Debemos tomar muy en serio la tradición occidental en el seno de la cual nacen los derechos humanos. De lo contrario, corremos el riesgo de apropiarnos de alguno de sus aspectos dejando a un lado otros, cruciales para dar al conjunto toda su coherencia. Los derechos humanos son como una vieja fe o un amor perdido. Pero la política moderna los ha convertido en un instrumento de hegemonía y en una fachada equívoca, detrás de la cual se disimula el cinismo político<sup>70</sup>. Dicho de otro modo, «la fuerza especial de los derechos reside en el hecho de que son mas que simples privilegios concedidos por la ley. Por sí mismos, pretenden ser un límite a lo que puede ser legalmente regulado. En este sentido, pretenden existir por encima del sistema político [...]; son como hechos puros, objetivos, verdaderos, autosuficientes»<sup>71</sup>. Pero, ¿qué hay por encima del sistema político sino el orden moral, que debería determinar hasta donde puede llegar la política? Desde semejante óptica, los derechos [fundamentales] constituirían un límite a la política.

Sin embargo, desde otro punto de vista —he ahí la paradoja— los derechos son una consecuencia de la política. Cuando, por ejemplo, el TJCE —en *Wachauf*— alude a la función social de los derechos fundamentales o a la no-

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> «Les droits de l'homme, la politique et l'amour», *op. cit.*, pp. 205-206.

<sup>70</sup> «Les droits de l'homme, la politique et l'amour», *op. cit.*, p. 206.

<sup>71</sup> «Les droits de l'homme, la politique et l'amour», *op. cit.*, p. 208.



ción de interés general en relación con sus límites, nos damos cuenta de que los derechos no existen en cuanto tales en el exterior de las estructuras políticas. No son un límite, sino más bien un efecto, una consecuencia de la política<sup>72</sup>. Esto equivale a decir que la fuerza de esos derechos depende de la existencia de instituciones, de la historia y la cultura, de la manera en que se perciben los problemas políticos y sociales. Por tanto, ningún derecho es «inherente», cualquier derecho es el resultado de una decisión política en el seno de una sociedad dada. Ahora bien eso es precisamente lo que se quería evitar al proclamar los derechos [fundamentales] para proteger a los más débiles. Luego si se acepta que los derechos no pueden separarse de su contexto y por tanto de ciertos compromisos sociales y políticos, resulta que los derechos son la expresión de una política<sup>73</sup>.

Por otra parte, el hecho de que seamos capaces de interpretar los derechos de una manera homogénea se explica por nuestra historia común. Nuestros derechos son eurocéntricos. Desde ese punto de vista, promover la universalidad de los derechos humanos significa en realidad persuadir a los demás a que acepten nuestras preferencias. Los derechos humanos, en el contexto europeo, nacen de un modo paralelo a la construcción del Estado-nación. Pero con la expansión de las políticas imperialistas y colonizadoras, pasan a desempeñar la tarea de construir Oriente a imagen de Occidente. En eso consiste la misión sagrada de civilización<sup>74</sup>. Tras la Primera Guerra Mundial hay sin embargo un cambio de perspectiva en pro del individualismo universalista (SCELLE, KELSEN, LAUTERPACHT). Desde diversas perspectivas, estos autores han coincidido en que el individuo es la unidad fundamental de la sociedad internacional. Fracasaron en su intento de introducir tal perspectiva en las instituciones de la época. Pero eso no quiere decir que los derechos humanos nazcan en 1948 con la Declaración Universal. Sostener tal idea es no comprender el anclaje de los derechos humanos en el seno de la historia del reformismo liberal, buscando un equilibrio entre soberanía y humanidad. Y sin embargo, los derechos favorecen inevitablemente a ciertos grupos [sociales] en detrimento de otros. «Desde este punto de vista, la universalidad de los derechos no es más que pura hegemonía»<sup>75</sup>. Lo contrario de lo universal es lo particular. No obstante, aquí lo que se pretende universal no es más que una forma determinada de lo particular, que se intenta hacer prevalecer.

Hay diversas estrategias jurídicas utilizadas para generar tensión entre derechos humanos y soberanía. Tanto el formalismo y el fundamentalismo,

<sup>72</sup> «Les droits de l'homme, la politique et l'amour», *op. cit.*, p. 213.

<sup>73</sup> «Les droits de l'homme, la politique et l'amour», *op. cit.*, pp. 213-214.

<sup>74</sup> «Les droits de l'homme, la politique et l'amour», *op. cit.*, pp. 216-217.

<sup>75</sup> «Les droits de l'homme, la politique et l'amour», *op. cit.*, p. 219.



como el escepticismo creen que la tarea del Derecho es determinar, por medio de los derechos, en qué consiste la esfera adecuada de la autonomía individual frente a las demandas de la comunidad. La estrategia formalista tiene por objeto «estudiar los derechos humanos tal como son enunciados en los instrumentos adoptados en el seno de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales desde 1948. El contexto histórico y la legitimidad moral de los derechos son dejadas a un lado. La observación de su validez formal es suficiente, completada por comentarios acerca de su aplicación. Esto no significa que el formalismo de los derechos humanos esté desprovisto de compromiso político. Este compromiso existe e intenta demostrar que los derechos humanos no forman parte únicamente de una suerte de moral utópica, sino que también pueden ser tratados desde un punto de vista técnico, como cualquier otro sector del derecho»<sup>76</sup>.

#### VI. ENTRE UTOPIA Y APOLOGÍA (EN UN USO CRÍTICO DEL LENGUAJE): LA POLÍTICA DEL DERECHO

Una de las características de la Nueva Corriente es un uso *crítico* del lenguaje. Así, los términos *Apology* y *Utopia*, no significan para ellos lo que significarían en un uso ordinario del lenguaje. Si dijéramos que la protección internacional de los derechos humanos oscila entre la apología y la utopía no estaríamos queriendo significar que describe un vaivén entre la loa de su reconocimiento y la formulación de «un proyecto optimista que aparece como irrealizable» como sería el de su protección universal [epígrafe 2 *supra*], sino haciendo referencia a otros extremos. «El discurso internacionalista corresponde a una estructura argumentativa a la cual no podemos escapar [...]. Este discurso oscila en efecto interminable y necesariamente entre estos dos polos de argumentación que son la *utopía* abstracta de los idealistas y la *apología* del poder de los realistas»<sup>77</sup>.

En perspectiva histórica y desde finales del XVIII, «el liberalismo ha ido oscilando entre iusnaturalismo y voluntarismo, entre objetivismo y subjetivismo, pues se basa en los dos tipos de argumentación. Los liberales han querido construir en primer lugar un principio objetivo, más allá de los valores subjetivos —es decir, de la voluntad—, intentando fundar la autoridad del derecho a partir de las teorías del derecho natural. Pero el hecho de invocar principios

<sup>76</sup> «Les droits de l'homme, la politique et l'amour», *op. cit.*, p. 220 y KOSKENNIEMI, M., «The Pull of the Mainstream: Review Article on Theodor Meron, Human Rights and Customary International Law», *Michigan Law Review*, 1990, vol 88, pp. 1946-1962.

<sup>77</sup> JOUANNET, E., «Présentation critique», en *La politique du Droit international*, *op. cit.*, p. 16. Las cursivas son mías.



naturales anteriores al género humano y que, por tanto, no podrían ser descubiertos más que a través de la fe o por la vía de la *recta ratio* —haciendo referencia a máximas abstractas e inverificables—, ha sido rápidamente percibido como una ilusión que no servía más que para disimular las preferencias subjetivas de cada uno (subjetividad de los valores). El recurso sedicente objetivo al derecho natural disimulaba entonces ideales subjetivos [pretendidamente] utópicos que eran inevitablemente manipulados para servir de apología a la tiranía»<sup>78</sup>.

Desde una perspectiva *utópica* [objetivista] los derechos humanos pueden ser caracterizados como «hechos puros, objetivos, verdaderos, autosuficientes», «situados por encima —más allá— del sistema político». La necesidad de la existencia de normas protectoras de los derechos humanos sería una verdad objetiva que no podríamos impugnar por la vía del razonamiento jurídico, pues se encuentra situada más allá del mismo. Sería algo capaz de limitar el poder discrecional [subjetivo] del Estado. Ahora bien, el problema es que ese postulado *objetivista/utópico* es iusnaturalista y «para un agnóstico liberal, una concepción de los derechos naturales colocados en el exterior de la sociedad política es una hipótesis injustificable». Podría matizarse la tesis anterior afirmando que sólo los más fundamentales de entre los derechos humanos serían «inherentes» al sistema [como las normas de *ius cogens* en la construcción de algún Curso General impartido en la Academia de La Haya]<sup>79</sup>, mientras que los restantes derivarían de la propia dinámica social, pero ello no alteraría el problema en lo esencial. Ningún derecho es «inherente» al sistema, cualquier derecho es el resultado de una decisión política en el seno de una sociedad dada. ¿Qué hacer entonces?

Mejor seguir empleando los derechos humanos como instrumento conceptual, pues de lo contrario, «no habría otro *lenguaje* mediante el cual resolver un conflicto político» Ahora bien, habría que usarlos «sin creer efectivamente en su carácter apolítico». Podríamos explicar la necesidad de los derechos fundamentales de la persona como producto histórico de las concepciones filosóficas predominantes en el Estado liberal [y en la burguesía como clase dominante en el mismo, aunque Koskenniemi no la mencione]. Esa sociedad burguesa posee una imagen del bien colectivo que emana de la propia sociedad. Y de esa imagen social autocomplaciente [la «sociedad democrática» vista por sí misma] son tributarios los derechos fundamentales que la adornan. Ahora bien, en el seno de esa sociedad existen conflictos de intere-

<sup>78</sup> «Entre utopie et apologie: la politique du droit international», en *La politique du Droit international*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>79</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., «Droit International et souveraineté des États. Cours générale de droit International public», *RCADI*, 1996, t. 257.



ses y la mayor o menor extensión de los derechos fundamentales está subordinada a una elección política que no es justificable más que por referencia a determinadas concepciones de la «buena sociedad». Y esa sería de nuevo una concepción objetiva o utópica de los derechos humanos, con lo cual el desarrollo argumental al respecto no tiene cierre, vuelve a comenzar, «porque no existe cierre necesario, intrínseco de este discurso, sino que por el contrario, los argumentos pueden ser desarrollados sin fin, por eso el cierre debe provenir del exterior a las estructuras del derecho y puede así ser calificado de política del Derecho internacional»<sup>80</sup>.

La existencia del Estado soberano constituye al mismo tiempo un peligro cierto para los derechos humanos y un instrumento indispensable para preservarlos. Lamentablemente, la política exterior ha convertido a los derechos humanos en un instrumento de hegemonía [por ejemplo, la «misión sagrada de civilización»] y en «una fachada equívoca, detrás de la cual se disimula el cinismo político» de quien los proclama. Si es la concepción del poder [por ejemplo, la «sociedad democrática»] la que prevalece en su aplicación, el discurso de los derechos, en vez de servir para poner freno al poder, sirve para legitimar el *statu quo* —tanto en el ámbito interno como en el externo— pues se acaba cediendo el paso a la prioridad política. Luego, la aplicación de una regla o de la contraria a un supuesto de hecho depende de una decisión política y en esto consiste la política del derecho, en escoger la regla aplicable de entre las posibles [¿libre determinación o *uti possidetis* en la Antigua Yugoslavia, entre 1991 y 1995?]. Por eso el contenido de las reglas internacionales es impreciso o indeterminado y su aplicación a un caso concreto depende de una opción política [a favor del *uti possidetis* y por tanto respetando las fronteras de las antiguas repúblicas integradas en la federación, o bien, a favor de la libre determinación y por tanto admitiendo cambios en las fronteras territoriales en función de la etnia, cultura o «nacionalidad» de la población].

## VI. REFLEXIONES FINALES

Si algunos académicos habían señalado la importancia de la contradicción entre derechos humanos y soberanía del Estado dentro del sistema internacional, la gran innovación de los *críticos* consiste en «generar tensión en el interior del discurso de los derechos humanos». Esto es, las normas en materia de derechos humanos —como las restantes del sistema— son susceptibles de ser manejadas en pro de una u otra opción política, puesto que su contenido es lo suficientemente indeterminado como para poder construir con él argu-

<sup>80</sup> «Entre utopie et apologie: la politique du droit international», *op. cit.*, p. 51.



mentos reversibles. El Derecho internacional sirve así como instrumento de justificación de una determinada decisión política que poco tiene que ver con la aplicación abstracta del derecho como expresión de la justicia. Cuando el TJCE construye la doctrina de los principios generales del derecho comunitario/derechos fundamentales comunitarios y la aplica dentro del ámbito del derecho comunitario, ennoblece —elevándolas a la categoría de los derechos humanos— reglas que protegen los derechos subjetivos de los mercaderes (libre competencia, propiedad privada, libertad de establecimiento o libre circulación de capitales), no de los trabajadores migrantes. La aplicación de las reglas muestra así una tendencia a favorecer a los destinatarios naturales del régimen comunitario. Por tanto, la propia estructura del razonamiento jurídico internacional no es neutral, sino que manifiesta una tendencia a favorecer determinadas opciones sociales, económicas y políticas, las opciones del poder.

Pero ¿era necesario un razonamiento tan complejo para llegar a una conclusión tan sencilla como que en nuestra calidad de juristas debemos ser capaces de decir que la muerte masiva de inocentes está mal, no porque ésta sea la conclusión de un razonamiento elaborado, sino porque nos lo exige nuestra identidad de juristas, nuestra concepción íntima de la justicia o nuestro personal sentido de la Ética<sup>81</sup>? El planteamiento del autor recuerda, en su humildad intelectual, al del gran filósofo griego que acabó concluyendo «sólo sé que no sé nada». Porque ni la perspectiva crítica, ni ninguna otra probablemente, son capaces de zanjar el debate en su integridad, debido a la construcción no siempre coherente del ordenamiento internacional. Para el Relator especial de la CDI sobre la unidad y la fragmentación del DI, «[E]l sistema jurídico internacional nunca ha gozado del grado de coherencia que puede haber caracterizado los ordenamientos jurídicos de los Estados [...]. El derecho internacional tendrá que operar en un ámbito en que las exigencias de coherencia y de pluralismo razonable apuntarán en direcciones diferentes. Para que pueda hacerlo con éxito, habrá que prestar cada vez más atención a la colisión de normas y regímenes y a las reglas, métodos y técnicas para tratar esas colisiones»<sup>82</sup>. Sin duda, la técnica será bienvenida entre los profesionales, pero la conclusión a la que [afortunadamente] puede llegarse tras la lectura de los textos de Martti Koskeniemi es que por buena que sea la técnica, no basta. En materia de derechos humanos, el compromiso del internacionalista [y del humanista en general] es indispensable.

<sup>81</sup> Aludo al texto reproducido en la nota número 8 *supra*.

<sup>82</sup> Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, NU A/CN.4/L.682, de 13 de abril de 2006, pár . 493.



CAPÍTULO XXI  
LA «CONSTITUCIONALIZACIÓN»  
DEL DERECHO INTERNACIONAL

MARIANO J. AZNAR GÓMEZ\*

INTRODUCCIÓN

Una de las constantes recientes en la obra del Profesor Casanovas es la del análisis de los diversos fenómenos jurídicos que se producen en la escena internacional en relación con la unidad o fragmentación del Derecho internacional actual. Buena muestra de ello es su Curso de problemas fundamentales de 1998 en los Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional titulado «Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público»<sup>1</sup> y los seminarios que sobre el tema se están desarrollando en la UPF desde hace ya algunos años<sup>2</sup>, advirtiendo y centrándose así en una cuestión que la Asamblea General de las Naciones Unidas entendió debía analizar la propia Comisión de Derecho internacional (CDI). Esta última, en su sesión de 2002, decidió incluir el tema «Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional» en su programa de trabajo, estableció un Grupo de Estudio y posteriormente decidió cambiar el título del tema por el de «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional»<sup>3</sup>.

\* Catedrático de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universitat Jaume I de Castellón. Salvo unas pocas notas al pie, aportando un primer entramado doctrinal de referencia, se ha conservado en las líneas que siguen la estructura esencialmente oral de la comunicación que presenté el 22 de mayo de 2009 en el Coloquio en Homenaje al Profesor Casanovas y La Rosa que tuvo lugar en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

<sup>1</sup> CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público», *CEBDI*, vol. II, 1998, pp. 35 ss.

<sup>2</sup> Información relativa a los mismos puede verse en <http://www.upf.edu/orbis/es/activitats/seminaris.html>.

<sup>3</sup> *Documentos oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 10 (A/57/10)*, párrafos 492-494. Las conclusiones finales del Grupo de Estudio se recogen en Informe «Fragmentación del derecho internacional:



En general, la mayor parte de los análisis —sobre todo recientes— alrededor de los riesgos de fragmentación del Derecho internacional se han centrado en los problemas planteados alrededor de las normas secundarias<sup>4</sup>. La cuestión de los *self-contained regimes*, la multiplicación de instancias judiciales y la posible contradicción entre sus decisiones, o la diversidad y especialidad de los mecanismos de exigencia de la responsabilidad han sido estudiados como peculiaridades y diferencias relativas, esencialmente, a las normas secundarias<sup>5</sup>. Con ello se cuestionaba —utilizando la terminología usada por Pierre-Marie Dupuy— el *sistema* internacional acosando su «unidad formal»<sup>6</sup>.

La *constitucionalización* del Derecho internacional se refiere, sin embargo y en general, a las normas primarias del Derecho internacional y, entre ellas, a las consideradas como normas esenciales o básicas del ordenamiento jurídico internacional. Aparece como remedio para «reparar» la fragmentación del *orden* jurídico internacional fortaleciendo su «unidad material» o «sustancial», por utilizar de nuevo la terminología de Pierre-Marie Dupuy.

Dicho esto, no se me escapa que determinadas normas secundarias —el derecho de tratados o el de la responsabilidad internacional, por ejemplo— adquieren igualmente una relevancia tal en el *sistema* que sin ellas el ordenamiento jurídico internacional carecería de operatividad, carecería de eficacia. Orden y sistema, ineluctablemente, se vinculan y la atención sobre uno no significa olvidar el otro.

dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», elaborado por Martti Koskenniemi [«Informe de Koskenniemi (2006)» de ahora en adelante] (doc. NU A/CN.4/L.682, de 13 de abril de 2006), reproducido en *Documentos oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 10 (A/61/10)*, párrafos 241-251.

<sup>4</sup> Entre otros muchos puede verse nuestro estudio AZNAR GÓMEZ, M. J., «En torno a la unidad sistémica del Derecho internacional», 59 *REDI* (2007), pp. 563 ss.

<sup>5</sup> Por citar sólo a la doctrina española, pueden verse entre otros REMIRO BROTONS, A., «Desvertebración del Derecho internacional en la sociedad globalizada», 5 *CEBDI* (2001), pp. 45 ss.; RIQUELME CORTADO, R., *Derecho internacional: entre un orden global y fragmentado* (Madrid, 2005); FERNÁNDEZ LIESA, C.R.: «Sobre la unidad del Derecho internacional», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa* (Madrid, 2002), pp. 265 ss.; y ZAPATERO MIGUEL, P., «Sistemas jurídicos especiales», 57 *REDI* (2005), pp. 187 ss.; HUESA VINAIXA, R. y WELLEN, K., *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Bruselas, 2006); o MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «Sistema, fragmentación y contencioso internacional», 60 *REDI* (2008), pp. 457 ss.

<sup>6</sup> DUPUY, P.-M., «Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international», en *Harmonie et contradictions en droit international*, Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis (París, 1996), p. 19. Vid. asimismo su Curso general en la Academia de La Haya bajo el título «L'Unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public», 297 *RdC* (2002), especialmente su p. 203.



Teniendo en cuenta esta aproximación general, las líneas que siguen no son sino una reflexión asimismo general sobre lo que se plantea alrededor de la denominada *constitucionalización* del Derecho internacional. Debe advertirse, antes de nada, que si bien encontramos —con esta denominación u otras— análisis fecundos sobre este proceso de constitucionalización en diversas latitudes y diferentes aproximaciones doctrinales, ha sido sobre todo la doctrina alemana la que ha reverdecido el análisis multidisciplinar de este proceso. Si sus raíces podemos trazarlas hasta SHÜCKING, VERDROSS, HALLSTEIN o MOSLER, en la actualidad profesores como TOMUSCHAT, SIMMA, FROWEIN, WALTER, PETERSMAN, VON BOGDANDY, PETERS o FASSBENDER han vuelto sobre el tema una y otra vez proponiendo nuevos análisis<sup>7</sup>.

Ello me lleva a una primera reflexión, que planteo como pregunta y que retomaré luego en las conclusiones. ¿Todos estos juristas se han planteado la constitucionalización de la Comunidad internacional como un mero ejercicio teórico? ¿Es un mero producto del *wishful thinking* o, más bien, puede inducirse de la práctica de los diversos actores de la escena internacional? ¿La noción, en definitiva, de *Comunidad internacional*, es una noción ideal —como la deducían Suárez, Wolff o Kant— o puede anclarse en la práctica de los Estados<sup>8</sup>?

Para desarrollar en cierto modo estos argumentos, ordenaré mi discurso alrededor de tres grandes ideas: la de la constitucionalización como *reacción*,

<sup>7</sup> Vid. entre otros muchos ZIMMERMAN, A. y HOFMANN, R. (eds.), *Unity and Diversity in International Law* (Berlín, 2006); SIMMA, B., «Fragmentation in a Positive Light», 25 *Michigan JIL* (2004), pp. 845 ss.; OETER, S., «The International Legal Order and its Judicial Function: Is there an International Community — despite the Fragmentation of Judicial Dispute Settlement?», en *Völkerrecht als Wertordnung/Common Values in International Law. Festschrift für/ Essays in Honour of Christian Tomuschat* (Kehl, 2006), pp. 583 ss.; FISCHER-LESCANO, G. y TEUBNER, A., «Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law», 25 *Mich JIL* (2004), pp. 999 ss.; SIMMA, B. y PULKOWSKI, D., «Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law», 17 *EJIL* (2006), pp. 483 ss.; TOMUSCHAT, CH.: «Obligations Arising for States Without or Against Their Will», 241 *RdC* (1993), pp. 197 ss.; SIMMA, B., «From Bilateralism to Community Interest in International Law», 250 *RdC* (1994), pp. 217 ss.; SIMMA, B. y PAULUS, A. L., «The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization», 9 *EJIL* (1998), pp. 266 ss.; COTTIER, TH. y HERTIG, M., «The Prospects of 21st Century Constitutionalism», 7 *Max Planck UNYB* (2003), pp. 261 ss.; WALTER, CH., «Constitutionalizing (inter)national Governance—Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law», 44 *GYBIL* (2001), pp. 170 ss.; o PETERS, A., «Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures», 19 *LJIL* (2006), pp. 576 ss.

Para una recopilación de algunos de sus trabajos traducidos al español, puede verse entre otros PETERS, A., AZNAR, M. J. y GUTIÉRREZ, I. (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional* (Valencia, 2009).

<sup>8</sup> Vid. TOMUSCHAT, CH., «Die internationale Gemeinschaft», *Archiv des Völkerrechts* (1995), pp. 1 ss.



la de la constitucionalización como *proceso* y la de la constitucionalización como *lenguaje*.

## I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO REACCIÓN

El proceso de constitucionalización cabe entenderlo, en gran medida, como una *reacción* a determinadas tendencias que no son genuinamente actuales pero que sí vuelven a ponerse ahora de relieve. Entre esas tendencias me gustaría referirme fundamentalmente a tres: el *relativismo* jurídico, determinados procesos de *desregulación* y la *especialización* de nuestro ordenamiento. Las tres tendencias inciden, además y claramente, en la dialéctica de unidad y fragmentación del Derecho internacional actual.

En relación con el relativismo jurídico, cabría llamar la atención sobre dos aspectos del mismo: uno material y otro epistemológico. El primero supone la puesta en crisis de la universalidad de determinadas normas primarias, relativas por ejemplo a la prohibición del uso de la fuerza, la universalidad de los derechos humanos o a la protección del medio ambiente. El segundo supone un relativismo doctrinal en el que el Derecho internacional, con brillantes construcciones teóricas —o, mejor, «de-construcciones» teóricas— se presenta como un mero instrumento político, como un subsistema de la teoría de las relaciones internacionales o como un simple «discurso» dúctil en función de los intereses en presencia. De ser una referencia normativa, el Derecho internacional se convierte así en una simple sugerencia, más o menos oportuna.

Ligado a lo anterior, la segunda tendencia —la desregulación— culmina jurídicamente el deseo del actuar *ad hoc*, esto es, sintiéndose desvinculado no sólo de la norma existente sino también del propio precedente, evitando así la posible cristalización de una nueva regla consuetudinaria<sup>9</sup>. Demasiadas veces emboscada en los pliegues de la globalización dominante, la desregulación implica la paulatina desaparición de la *rule of law* y su sustitución por la *rule of power* que permite, en cada momento, y en ausencia (cierta o no) de referente normativo alguno, crear un escenario de libertad de acción sin referentes normativos primarios. La excepción, en muchos casos, va erosionando al principio hasta que acaba difuminándolo. El principio de la prohibición del recurso a la fuerza armada es buena muestra de ello si tenemos en cuenta las recientes discusiones sobre la «legítima defen-

<sup>9</sup> Algunas reflexiones al respecto las llevé a cabo hace tiempo en AZNAR GÓMEZ, M. J., «A Decade of Human Rights Protection by the UN Security Council: A Sketch of Deregulation?», 13 *EJIL* (2002), pp. 221 ss.



sa preventiva» y el papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas al respecto<sup>10</sup>.

Por su parte, la *especialización* en nuestra disciplina en múltiples sectores —derechos humanos, derecho del comercio internacional, derecho del medio ambiente, derecho del mar— presenta al Derecho internacional como algo subsidiario, como un conjunto de viejas reglas de las que se ocupan viejos juristas que no responden a la realidad, frente a los nuevos «especialistas» que afirman la existencia y se mueven en los estrictos confines de su especialidad. Como advierte Martti Koskenniemi, ello lleva a cada grupo a tener su lenguaje preferido, sus carreras profesionales y, por supuesto, sus propias estructuras mentales<sup>11</sup>.

La promiscuidad entre los diversos sectores deriva, además, en una especie de genética propia, de la cual el propio Mendel se sorprendería. Como sigue advirtiendo Koskenniemi, «[t]opics such as “trade and environment”, “security and human rights”, “development and investment” give name to some such conflicts, while notions such as “sustainable development”, “responsibility to protect”, or “human security”, among a host of others, single out fragile compromises in areas where the struggle between opposing groups of experts and their preferences has not (yet) been taken to the end»<sup>12</sup>. Pero el problema no es sólo ese. El problema —del que acaban ocupándose aquellos viejos juristas clásicos— es el de tratar de situar en el marco sabio y general del Derecho internacional toda esa nueva generación de conceptos indeterminados respecto de los cuales sus creadores tan especializados no se ponen de acuerdo pues carecen, en algunos casos, de la visión de conjunto.

## II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO PROCESO

Frente a estas tendencias, la constitucionalización —decía— aparece como reacción. Pero una reacción no instantánea sino como un proceso. Como ha señalado Anne Peters, como un «continuing process of the emergence, creation, and identification of constitution-like elements in the international legal order»<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Vid. en general CARDONA LLORENS, J., «Le maintien de la paix et le recours à la force: entre l'autorisation des opérations du maintien de la paix et l'externalisation», en *Le Droit international à la croisée des chemins: Force du droit et droit de la force*, Coloquio de abril de 2004, Rencontres internationales de la Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis (París, 2004), pp. 77 ss.

<sup>11</sup> KOSKENNIEMI, M., «The Politics of International Law — 20 Years Later», 20 *EJIL* (2009), p. 10.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> PETERS, A., «Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures», *LJIL*, vol 19, 2006, p. 582.



Tomando como punto de partida la diferenciación que Tönnies llevó a cabo entre *sociedad* internacional y *Comunidad* internacional, ya sabemos que ambas realidades no deben verse nunca como realidades diacrónicas, sino más bien como realidades sincrónicas. La idea de Comunidad internacional aflora progresiva aunque selectivamente en el inmenso laboratorio sociológico que representa la sociedad internacional actual. Dependiendo de los intereses en presencia en cada lugar y momento dados, el proceso de «comunitarización» de la sociedad internacional se verificará con mayor o menor intensidad, como mejor o peor éxito. Dependiendo de los valores compartidos y la intensidad de la comunión, ese afloramiento de la Comunidad internacional adquirirá unos perfiles u otros.

Ahora bien, como recientemente nos han recordado Simma y Pulkowski, «[b]esides global values, international law continues to build upon the sovereignty of states as a major constitutional principle [...] And at the heart of this sovereignty-based International order, even today, a multiplicity of values and political convictions compete for universal recognition»<sup>14</sup>.

En efecto, la soberanía sigue siendo —más aún: acaso debería seguir siendo— una «ficción legal constituyente»<sup>15</sup> de la Comunidad internacional. Lejos ya de entender al Estado como el *deus et machina* de todo el sistema, en el proceso de constitucionalización de la Comunidad internacional y del Derecho internacional que la regula, el Estado asume un nuevo papel como *agente* de la Comunidad internacional. Esta última trasciende el mero sumatorio de sus componentes estatales para elevar al ser humano al centro del sistema. El Estado deviene así *intermediario* necesario entre la Comunidad internacional y el individuo. Traduce y aplica *in foro domestico* el Derecho internacional sabiendo, además, que aquella Comunidad limita su antes libérrima soberanía a través de normas que no admiten acuerdo en contrario.

En efecto, las normas de *ius cogens* tutelan determinados intereses esenciales de la Comunidad internacional en su conjunto<sup>16</sup>. Es aquí donde la afirmación del concepto de *ius cogens* tiene su clave: son fruto de un proceso. Es un concepto que necesita para su afirmación (teórica) de la previa afirmación de la existencia (también teórica) de una Comunidad internacional, respecto de la que puede afirmarse la existencia de unos *intereses esenciales* dignos de una tutela específica. Determinar tales intereses y embarcarlos en normas que van a aplicarse objetivamente a todos los Estados por igual, más allá de la vo-

<sup>14</sup> SIMMA, B. y PULKOWSKI, D., «Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law», 17 *EJIL* (2006), p. 498.

<sup>15</sup> DUPUY, P.-M., «L'Unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public», 297 *RdC* (2002), p. 261.

<sup>16</sup> Art. 53 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969.



luntad individualmente considerada de cada Estado, constituye pues el principal problema y la mayor incertidumbre.

Como ha dicho Georges Abi-Saab, conceptos como las normas de *jus cogens* o el *crimen internacional* «bear witness to the emergence of a backbone for the international legal system, which marks a higher stage of evolution (from the invertebrate to the vertebrate). That this column is still rather soft or in the process of taking shape and hardening, that it is still somewhat difficult to discern its components and distinguish them from the other cells that surrounds them, does not mean that it is not there or that it is not forming and starting to take shape before our very eyes»<sup>17</sup>. En todo caso, como señala Robert Kolb, no debe equipararse sin más «orden público» y derecho imperativo: «L'ordre public n'est pas égal au *jus cogens*. L'une et l'autre notion sont sur des plans juridiques nettement distincts: L'ordre public est une notion de droit matériel, le *jus cogens* une technique juridique. L'ordre public est une notion imprégnée de causes spécifiques et de finalités sociales; le *jus cogens* ne produit qu'un effet juridique technique et c'est à lui que se limite sa définition [...]»<sup>18</sup>.

El proceso de *constitucionalización* de la Comunidad internacional aparece, pues, como un proceso de afirmación política, económica y jurídica de un marco de convivencia universal, cooperativo y normativo. Marco que, en lo que atañe al Derecho internacional actual, pretende imponer un mínimo de jerarquía, estabilidad y previsibilidad. En definitiva, un *orden público internacional* anclado en un Derecho internacional «público».

Jerarquía por cuanto la afirmación de la existencia de normas imperativas marcan cualitativamente el decurso de la Comunidad internacional. Jerarquía que, además, supone estabilidad. Estabilidad que lleva finalmente a la seguridad jurídica, al valor del precedente y a su contraste con la norma aceptada como tal. Estabilidad que ofrece asimismo *unidad del orden jurídico internacional* en tanto en cuanto ofrece un conjunto estable de normas primarias que se acompañan de un sistema de aplicación con carácter igualmente permanente, no obstante las particularidades impuestas por la especialización el Derecho internacional actual.

Es cierto que podemos encontrar una posible impugnación del concepto de Comunidad, que derivaría del hecho de la distinta apreciación que los diversos grupos regionales/culturales de Estados hacen de los valores cuya universalidad se predica y que pretenden traducirse en intereses colectivos. Diversos órdenes pueden pretender la vigencia de su escala de valores (o, al menos, su escala interpretativa de tales valores) incluso por encima de los

<sup>17</sup> ABI-SAAB, G., «The Uses of Article 19», 10 *EJIL* (1999), p. 351.

<sup>18</sup> KOLB, R., *Théorie du jus cogens International*, París, 2001, p. 172.



demás. Como tuvo ocasión de señalar hace tiempo el juez Shahabuddeen, «[a] universal system would result from the global projection of one of these regional system. Which system prevailed would depend not on the intrinsic merit of the system but on the power of the particular region by which it was projected [...] The existence of a universal system has thus to be divorced from the particular method by which it came about»<sup>19</sup>.

Al analizar las diversas construcciones de un orden internacional, debe tenerse en cuenta que nuestro orden se ha basado en una serie de componentes esencialmente eurocéntricos, o mejor, occidentales<sup>20</sup>, liberal-capitalistas<sup>21</sup>, judeo-cristianos<sup>22</sup> e, incluso, masculinos<sup>23</sup>. De estos postulados adquirió su —mejor o peor— coherencia actual. Como ha señalado Mohammed Bedjaoui, «[b]efore the First World War there was an “exclusive club” of States which created what has been called a “European international law” or a “European public law”, which broadly speaking, governed relations not only among members of the “club” but also between them and the rest of the world. If the scope of this law, which was geographically specific, had a universal character, it had nevertheless been conceived simply for the use and benefit of its founders, the states that were called “civilized”»<sup>24</sup>. Hoy, cierta aunque relativamente, el mantenimiento a ultranza de la preeminencia de

<sup>19</sup> SHAHABUDEEN, M., «The Evolution of the Global Legal Framework», en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber* (Bruselas, 1998), pp. 704-705.

<sup>20</sup> Vid. en general, sobre la impugnación del Derecho internacional occidental/clásico la obra de Antonio CASSESE, *International Law in a Divided World* (Oxford, 1986), o la obra editada por Frederick E. SNYDER y Surakiart SATHIRATHAI, *Third world attitudes toward international law: an introduction* (Dordrecht, 1987). Vid. en español las reflexiones de Mohammed BEDJAOUI, «La visión de las culturas no occidentales sobre la legitimidad del derecho internacional contemporáneo», *ADI* (1995) pp. 23 ss.

<sup>21</sup> Como contestación desde el mundo marxista, cabría citar aquí como obra general de referencia el libro de Grigory I. TUNKIN, *A Theory of International Law* (Moscú, 1974). Para la evolución de su pensamiento, vid. TUNKIN, G., «Politics, law and force in the interstate system», 219 *RdC* (1989), pp. 227 ss.

<sup>22</sup> Vid. los distintos aportes doctrinales y jurídicos que desde otras religiones también se han planteado para el Derecho internacional: en particular, en el caso del Islam puede verse, entre otros, las contribuciones al IV Colloque franco-pakistaní titulado *L'islam dans les relations internationales* (París, 1986); y en el caso del budismo puede verse el curso de JAYATILLEKE, K. N., «The Principles of International Law in Buddhist Doctrine», 83 *RdC* (1967-I), pp. 445 ss.; o WEERAMANTRY, C. G., «Some Buddhist Perspectives on International Law», en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber* (Bruselas, 1998), pp. 775 ss.

<sup>23</sup> Vid. las diferentes aportaciones a esta corriente en la obra colectiva editada por Danielle G. DALLMEYER, *Reconceiving Reality: Women and International Law* (Washington, 1993). Vid. asimismo el famoso artículo de CHARLESWORTH, H., CHINKIN, Ch. & WRIGHT, Sh., «Feminist Approaches to International Law», 85 *AJIL* (1991), pp. 613 ss.

<sup>24</sup> BEDJAOUI, M., «General Introduction», en M. BEDJAOUI, *International Law: Achievements and Prospects* (París, 1991), p. 5.



aquellos paradigmas occidentales se ven puestos en duda, entre otros fenómenos, por la multiculturalidad que fuerza a apreciar otras variables en la interpretación de la universalidad de ciertos componentes esenciales del orden jurídico internacional (incluida la posible impugnación de la universalidad del catálogo básico de derechos fundamentales o de la democracia occidental como sistema político más adecuado). Ante esta tesitura, y evitando enfrentamientos e imposiciones, entiendo no obstante que tales impugnaciones —sobre todo la relativa a los derechos fundamentales— no pueden ser aceptadas. El aroma a «neoimperialismo cultural» que ello trae consigo parece hoy inevitable, por mucho que nos esforcemos en apreciar las diferencias e incorporarlas, como no podía ser de otro modo en un sistema jurídico internacional y, *per definitionem*, intercultural. Sin embargo, no entendería —por ejemplo— la abdicación en la defensa sin paliativos del catálogo de derechos recogidos, básicamente, en la Declaración Universal de 1948.

### III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO LENGUAJE

Como puede apreciarse de todo lo visto hasta ahora, la constitucionalización del Derecho internacional aparece también como un *lenguaje*.

En esencia, el modelo de constitución occidental supone el control del poder público, la sumisión al estado de derecho y el respeto de los derechos fundamentales. La aproximación constitucionalista del Derecho internacional supone en términos generales «a concern for collective goals and a belief in community rather than State-oriented values transcending the aggregate interests of the subjects of international law (*i.e.* principally the States)», asumiendo que «substantive, universal, community values exist, implementation of which must be guaranteed by international mechanisms»<sup>25</sup>.

En razón del no formalismo propio del Derecho internacional, que trasciende incluso a sus instrumentos normativos, no cabe esperar —más aún: no debemos esperar— un instrumento jurídico único, preciso y escrito al que llamar *Constitución de la Comunidad internacional*. Ningún instrumento jurídico, por mucho que se quiera, cumple en modo alguno las funciones de Constitución de la Comunidad internacional contemporánea.

Como ha señalado Cástor DÍAZ BARRADO, «[e]s verdad que no se puede hablar, con rigor, de la existencia de una *Constitución formal* en el ordenamiento jurídico internacional y que ningún instrumento jurídico, por mucho que se quiera, cumple en modo alguno las funciones de Constitución de la

<sup>25</sup> PETERS, A., «There is Nothing More Practical than a Good Theory; An Overview of Contemporary Approaches to International Law», 44 *GYBIL* (2001), pp. 35 y 36.



Comunidad internacional contemporánea»<sup>26</sup>. Lo cual no obsta, continúa el profesor DÍAZ BARRADO, para que «sí se pueda apreciar, en el seno del Derecho internacional contemporáneo, el continuo proceso de elaboración de un “esquema normativo” en el que se produce la consagración de *ciertos principios* en el orden internacional y su consideración como *principios básicos o fundamentales* del mismo, lo que coadyuva sobremanera a definir esa eventual “Comunidad jurídica internacional”, ya que dichos principios se concebirían como elementos imprescindibles de un “orden jurídico constitucional” internacional»<sup>27</sup>.

Debe advertirse así, y en primer lugar, que el término *constitución* se utiliza en un sentido peculiar, no trasladando automática y análogamente el concepto doméstico de constitución estatal<sup>28</sup>. Hace ya tiempo que empezó a predicarse de la propia *Carta de las Naciones Unidas* su naturaleza de constitución de la Comunidad internacional de entonces (y desde ese momento en adelante)<sup>29</sup>. Ese

<sup>26</sup> DÍAZ BARRADO, C. M., *El Derecho internacional del tiempo presente* (Madrid, 2004), p. 156.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 156-157.

<sup>28</sup> Ello, de nuevo, nos situaría ante el paradigma del derecho interno frente al que el Derecho internacional no debe actuar miméticamente. La sociedad internacional es completamente distinta a la sociedad doméstica; sus instrumentos e instituciones jurídicas también. No es peor, ni menos desarrollada, ni más imperfecta. Es, simplemente, distinta.

Es paradigmático a estos efectos que un primer atisbo constitucionalista en la esfera internacional se diera precisamente en el proceso de integración más palmario: el europeo y alrededor de la actual Unión Europea cuando pretendía dotarse de una «Constitución». Previamente a esta truncada asunción política, es destacable la transformación pretoriana de los tratados comunitarios en «constitución», iniciada en la consagración de los principios de primacía y efecto directo, pero también en la defensa del sistema comunitario de control de competencias y el respeto de las garantías de ciudadano comunitario. Esto llevó al final a que el Tribunal de Luxemburgo entendiera que «la Comunidad Económica Europea es una Comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la *carta constitucional fundamental* que constituye el Tratado» [*Parti écologiste «Les Verts» c. Parlamento Europeo*, sentencia de 23 de abril de 1986 (294/83, Rec. 1986, p. 1339), párrafo 23, énfasis añadido]. Enseguida el Tribunal pudo recordar de nuevo que «el Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la *carta constitucional de una Comunidad de Derecho*» [Dictamen de 14 de diciembre de 1991, dictamen 1/91 sobre el *Espacio económico europeo*, *Repertorio 1991*, párrafo 21]. Vid. en general MANGAS MARTÍN, A., «Reflexiones en torno al «proceso de constitucionalización» de la integración europea», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa* (Madrid, 2002), pp. 23 ss.

<sup>29</sup> Vid. como obras seminales las de JENKS, W., «Some Constitutional Problems of International organization», 2 *BYBIL* (1945), pp. 11 ss., y luego en su obra *El Derecho común de la humanidad* (Madrid, 1968); ROSS, A., *Constitution of the United Nations: Analysis of Structure and Functions* (Copenhage, 1950); o, en el origen de la continua atención de la doctrina alemana a la cuestión, VERDROSS, A. & SIMMA, B., *Universelles Völkerrecht: Theorie und*



argumento, con el transcurso del tiempo, mantiene gran parte de su lógica y vigencia actuales<sup>30</sup>. Como entre nosotros ha subrayado el profesor Carrillo Salcedo, la Carta «desde luego es un tratado pero también una especie de constitución de la Comunidad internacional institucionalizada»<sup>31</sup>. Para el Grupo de Estudio de la CDI sobre la fragmentación del Derecho internacional «se reconoce que la propia Carta de las Naciones Unidas tiene un carácter especial a causa de la naturaleza fundamental de algunas de sus normas, en particular sus Propósitos y Principios y su aceptación universal»<sup>32</sup>. Sin embargo, la propia Carta —y la *Organización mundial* que crea— no han podido escapar a los sucesivos problemas y contradicciones presentes en cada momento dado. De hecho, las peculiares alergias de la sociedad internacional actual que he venido mencionando en estas páginas son parte de la causa de la reacción constitucionalista de esa misma sociedad, deseosa en muchos casos de devenir Comunidad. Mientras tanto, como ha sostenido Philip Allot, la sociedad internacional seguirá siendo una «constitution-free zone»<sup>33</sup>.

Tampoco encontraremos en la escena internacional una institucionalización general y predeterminada de las tres funciones sociales básicas. Lo supranacional, lo transnacional y lo estatal se entremezclan sin necesidad de afirmar un orden político centralizado. Al igual que en el sistema federal estadounidense el poder político se encuentra repartido en un *multilayered system of authority*, sin trasladar modelos domésticos, en la escena internacional no debemos caer en el fetichismo por lo institucional, sino aceptar la descentralización y transversalidad de centros de autoridad, geográfica y material. Hablaríamos así, como hace Christian Tomuschat en su Curso General de 1999, de un «sistema de gobernanza multi-nivel»<sup>34</sup>.

*Praxis* (3.ª ed., Beck, 1976). Vid. Asimismo SIMMA, B., «The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law», 6 *EJIL* (1995), p. 33 ss. Para el periodo anterior a la Carta, puede verse SCHELLE, G.: «Le droit constitutionnel international», en *Mélanges Raymond Carré de Malberg* (París, 1933), pp. 501 ss.

<sup>30</sup> Vid. entre otros DUPUY, P.-M., «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited», 1 *Max Planck UNYB* (1997), pp. 1 ss.; FASSBENDER, B., «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», 36 *Columbia Journal of Transnational Law* (1998), pp. 529 ss.; o MACDONALD, R., «The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective», 20 *The Australian Yearbook of International Law* (1999), pp. 205 ss. Una discusión reciente de la cuestión puede verse en CHEMAIN, R. & PELLET, A., *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale?* (París, 2006).

<sup>31</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., «Influencia de la noción de Comunidad internacional en la naturaleza del Derecho internacional público», en *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, p. 180.

<sup>32</sup> Doc. NU A/61/10, pp. 462-463.

<sup>33</sup> ALLOT, PH., «The Concept of International Law», 10 *EJIL* (1999), p. 35.

<sup>34</sup> TOMUSCHAT, CH., «International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law», 281 *RdC* (1999), pp. 9 ss.



Debe advertirse, por lo tanto, que el término *constitución* se utiliza en un sentido peculiar, no trasladando automática y análogamente el concepto doméstico de constitución estatal; e incluso, cabría añadir, tampoco trasladar ese término del proceso de «constitucionalización» de la Unión Europea, si bien es éste un modelo en ciertos aspectos.

A ello cabe añadir que el proceso de afirmación normativa de ciertos intereses esenciales de la Comunidad internacional en su conjunto, a través de las normas de *ius cogens*, permite identificar un núcleo duro de principios y reglas generales que informan todo el sistema. Entre ellos destaca con luz propia la protección de los derechos humanos. Los derechos humanos *hablan el lenguaje constitucionalista*. Ningún acontecimiento ha revolucionado de modo tan profundo el Derecho internacional como la afirmación de su respeto y su tutela internacional. Como señaló el Profesor Casanovas en su Curso de 1998, «[l]as normas internacionales relativas a los derechos fundamentales de la persona humana tienen como consecuencia un efecto muy superior al de un eventual reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo, junto a la tradicional subjetividad de los Estados»<sup>35</sup>.

En efecto, en gran medida los derechos humanos no solo tienen en valor de *legitimar* el sistema sino también la propiedad de limitar el poder antes omnímodo de los Estados. Aunque no debe equipararse con la legitimidad que el *pueblo* otorga a su Estado, el respeto de los derechos humanos como valor constituyente legitima la existencia de una Comunidad internacional.

#### A MODO DE CONCLUSIÓN

Ante el acoso que desde diversos frentes está sufriendo nuestro ordenamiento, ¿cabe seguir hablando de un derecho internacional *público* o, como mantenía Sir Henry Maine, el derecho internacional público es un «private law writ large»?<sup>36</sup>. ¿Podemos seguir especulando sobre un derecho internacional de una Comunidad internacional (*ius gentium*) o tan solo podemos afirmar la existencia de un derecho internacional de los diversos componentes de aquella Comunidad (*ius intergentes*) que, además, se pliega sin condiciones a los intereses en presencia de los Estados más fuertes y poderosos en cada momento dado?

Al plantearme la constitucionalización del Derecho internacional como un ejercicio teórico, me aparto voluntariamente del observatorio neutral des-

<sup>35</sup> CASANOVAS Y LA ROSA, *Unidad y pluralismo...*, op. cit. supra n. 1, p. 179.

<sup>36</sup> «[T]here are entire departments of international jurisprudence —mantenía Maine— which consist of the Roman Law of Property» [Sir Henry MAINE, *Ancient Law* (10.<sup>a</sup> ed., Pollock, 1930), p.119.



de el que muchos iusinternacionalistas —legítimamente— analizan nuestro ordenamiento jurídico. Como advierte Jean Salmon, «une difficulté propre au juriste international réside en ceci que [...] l'ordre qu'il décrit est par nature relatif, incohérent et contradictoire dans ses valeurs. Toute présentation de ce droit comme universel est donc une représentation, une construction influencée par des choix idéologiques conscients ou inconscients»<sup>37</sup>.

Creo que el Derecho internacional está hecho para algo; existe en orden al cumplimiento de una determinada finalidad. Como nos recordó Enrique Pecourt, el derecho en general —y el Derecho internacional en particular— realiza una forma de vida social; más concretamente, es una forma normativa de vida social<sup>38</sup>. El derecho, pues, no es un mero *divertimento*, no es un hecho inane del ser humano sino que éste, individual o colectivamente, embarca en normas una serie de intereses que considera dignos de tutela y promoción. Desde el momento que entiendo que el Derecho tiene (debe tener) una función social, creo igualmente que el Derecho internacional cumple además una labor de *gentle civilizer of Nations*<sup>39</sup>. Esto es: a mi modo de ver existe un «retorno ideológico» desde el derecho hacia el medio social que pretende regular.

En noviembre de 1944, sólo unos meses antes de la consagración de estas mismas palabras en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas y cuando Berlín todavía humeaba por los terribles bombardeos aéreos que los Aliados infligieron a la Alemania nazi al final de la Segunda Guerra Mundial, Wilhelm Grewe escribía para el prefacio a la primera edición inglesa de su *Epochen des Völkergeschichte* lo siguiente: «At a time when the traditional system of international law is shaken to its foundations, access to the remaining structural principles of the international order can only be provided on historical grounds»<sup>40</sup>.

La constitucionalización del Derecho internacional implica una opción axiológica, una asunción de valores traducidos jurídicamente en una serie de principios básicos afirmados normativamente. Principios que han sido defendidos por varias generaciones de juristas. Juristas entre los cuales se encuentra el Profesor Casanovas y La Rosa.

<sup>37</sup> SALMON, J., «Le droit international à l'épreuve au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle», 6 *CEBDI* (2002), p. 55.

<sup>38</sup> PECOURT GARCÍA, E., *Estudio sobre el concepto, el método y las fuentes del Derecho internacional público*, Memoria de Cátedra (inédita, Madrid, 1970), p. 2.

<sup>39</sup> Expreso en inglés el título de la famosa obra de Martti Koskenniemi para hacer míos dos significados posibles del término *gentle*: amable y discreto.

<sup>40</sup> GREWE, W. G., *The Epochs of International Law* (Berlín, 2000, Michael Byers, trad.), p. xii.