

CAPÍTULO I : EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

I. CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. INTRODUCCIÓN

Nada lo suficientemente conciso como para ser considerado una definición puede proporcionar una respuesta satisfactoria a los problemas principales que subyacen en la pregunta ¿qué es el Derecho Internacional Público (a partir de ahora, D.I.P. o, simplemente, D.I.)?; porque las cuestiones subyacentes son lo suficientemente distintas y fundamentales para no ser susceptibles de este tipo de solución. De ahí que nuestro propósito sea hacer un análisis modesto de la estructura distintiva del ordenamiento jurídico internacional frente a otros fenómenos sociales próximos, dejando de lado la afición romanista por las definiciones rigurosas, breves y taumatúrgicas, que suelen plantear más problemas de los que resuelven. Ello explica que la propuesta de definición quede para el final, y sea sobre todo consecuencia de la estructura que posea y de los fines o funciones que desempeñe el ordenamiento internacional en nuestros días.-

2. LA SOCIEDAD INTERNACIONAL Y EL DERECHO DE GENTES: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

A) ORIGEN HISTÓRICO Y PLURICULTURAL DEL D.I.

La perspectiva histórica, por breve que sea, resulta imprescindible al abordar el análisis del concepto de D.I., ya que esta disciplina se ocupa del estudio de un sistema normativo que tiene, como cualquier otro fenómeno social, un origen y evolución históricos, cuyo conocimiento nos permitirá comprender mejor su estado presente y su posible futuro.

Por vía de hecho, la formación a lo largo de la Historia de distintos grupos humanos políticamente organizados e independientes entre sí dio origen a algunos principios jurídicos reguladores de los contactos entre esos grupos, forjándose lentamente un núcleo normativo rudimentario cuya eficacia y amplitud fue muy diversa en razón del grado de desarrollo o evolución tanto de dichos grupos como de la cultura en la que se insertaban. Hoy es ya un lugar común que el D.I. no fue una creación europea, asociada al sistema moderno de Estados; más bien cabe afirmar que con ese sistema de Estados surgió una de las formas históricas del D.I., el llamado D.I. clásico, sin duda la más importante, pero sin dejar de ser por ello otra forma peculiar más en el proceso de desenvolvimiento histórico de este ordenamiento. En efecto, el D.I. surge desde que se establecen relaciones de cierta estabilidad y permanencia entre grupos humanos con poder de autodeterminación; reglas como las de la inviolabilidad de los embajadores o la del respeto de los tratados constituyen un patrimonio jurídico antiquísimo por muy precario y fragmentario que fuera, no atribuible al acervo de ninguna cultura en particular.

En este sentido, el D.I. se ha configurado históricamente de distinta manera en razón del contenido y grado de evolución particulares de cada cultura (sea la china, la hindú, la islámica o la occidental), significándose como un sistema propio de normas reguladoras de las relaciones entre los distintos grupos humanos organizados presentes en cada una de ellas, y llegado el caso de las relaciones de coexistencia entre distintas culturas.

De cualquier forma, el requisito material para la existencia de un orden jurídico internacional fue siempre, y continúa siendo, la coexistencia de entes políticos organizados sobre una base territorial, no subordinados a ninguna autoridad superior. En rigor, el desenvolvimiento histórico de un cierto orden internacional a partir del estado de anarquía o naturaleza original siempre se ha fundamentado en la coexistencia de entes políticos por necesidades diversas,

sobre todo de poder, cuyas relaciones han ido alcanzando paulatinamente una razonable estabilidad basada en el mutuo interés y en el principio consensuado de la reciprocidad de derechos y obligaciones, tal como ya se apreciaba en el conocido Tratado de Paz celebrado entre Egipto y el Imperio Hitita en el siglo XIII a. de C.

B) RASGOS PRINCIPALES DEL D.I. CLÁSICO

Si dejamos a un lado el origen primitivo y pluricultural del ordenamiento internacional, es cierto que la forma histórica más importante de dicho ordenamiento, vulgarmente denominada D.I. clásico tal y como ha perdurado al menos hasta 1945, es decir hasta hace medio siglo, tuvo sus raíces en la Europa Occidental del siglo XVI. De ese siglo arrancó también, no por casualidad, la reflexión doctrinal más significativa sobre la disciplina, en cuya fase constitutiva original, que culmina en 1625 con la obra del holandés Hugo Grocio, desempeñó un papel precursor fundamental la Escuela Española del Derecho de Gentes (STADMULLER: Cap. 17, sobre todo 146-147).

La transformación de la sociedad medieval en una pluralidad de Estados soberanos, que reclamaban omnipotencia en el interior de su territorio e independencia en sus relaciones exteriores frente a las autoridades religiosas (el Papado) o políticas (el Imperio) que habían pretendido regir la cristiandad, se generalizó en Europa desde el siglo XVI y cristalizó jurídicamente en la llamada Paz de Westfalia, ya en pleno siglo XVII (1647-1648). La Paz de Westfalia, es bien sabido, representó ante todo la definitiva desintegración de la República cristiana, el fin de la idea imperial de Carlos V pero al mismo tiempo consagró los principios de libertad religiosa y del equilibrio político en las relaciones internacionales, la utilización de uno de los mecanismos de mayor influencia en el desarrollo del D.I., el llamado tratado colectivo, y sobre todo consagró el nacimiento del sistema europeo de Estados basado en el Estado moderno, cuyo lento proceso de formación culmina en los siglos XV y XVI en los Reinos de Castilla, Aragón, Portugal, Francia e Inglaterra (DÍEZ DE VELASCO: 50):

«El Estado moderno supuso, de un lado, un proceso de concentración y secularización del poder y, de otro, la sustitución de la idea medieval de jerarquía entre los entes políticos —la conocida diarquía entre el Papado y el Imperio— por una pluralidad de Estados que no admitían, al menos en lo temporal, la existencia de un poder superior a ellos mismos.»

El Estado soberano se convirtió así en el centro de gravedad del orden internacional instaurado tras la Paz de Westfalia. El Derecho de esta sociedad de Estados europeos era un derecho descentralizado e inorgánico, es decir, desprovisto de base autoritaria y de instituciones estables; un derecho que encontraba su origen en la práctica estatal en tanto que expresión de la voluntad de los Estados, la cual, a partir de acuerdos y usos particulares, iba desarrollando lentamente normas de carácter general. Al menos uno de estos rasgos no ha desaparecido hoy día de la Sociedad Internacional (a partir de ahora, S.I.), y sigue acompañando en gran medida al propio D.I.; nos referimos, naturalmente, al protagonismo del Estado soberano en la vida de relación internacional (DÍEZ DE VELASCO: 52 in fine-Si).

Desde la Paz de Westfalia (ver para lo que sigue Truyol Serra, 1993: Caps. 1,2 y 3), verdadera partida de nacimiento del sistema europeo de Estados y por ende del Derecho de Gentes europeo, que fue sin duda la base del D.I. clásico y germen a su vez del D.I. de nuestros días, dicho sistema va a conocer una decisiva ampliación de su horizonte geográfico y humano con ocasión de la ocupación y europeización del continente americano. Este hecho originará con el tiempo, tras la emancipación de las posesiones inglesas y españolas de América a fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, la transformación de ese sistema europeo en otro sistema de Estados de civilización cristiana fundamentado en una común tradición cultural llevada al nuevo continente por las sucesivas oleadas de emigrantes y en la consecuente recepción de los principios fundamentales del Derecho de Gentes europeo por las nuevas repúblicas americanas (cfr. Ulloa: I, 35-38; podesta costa-ruda: 1,11). La gran

revolución industrial del siglo xix brindó los medios para acelerar la expansión de la cultura occidental por el resto del mundo, culminando el proceso de ampliación del sistema original en la llamada sociedad de Estados civilizados, determinada por una concepción euro céntrica de la Historia conforme a la cual la humanidad extra-europea gravitaba en torno a Europa, es decir en torno a los criterios y pautas de la civilización cristiana occidental ya secularizados en el transcurso del siglo xix. En particular, la aceptación de los principios del derecho occidental inspirados en ella constituyó la condición inexcusable para que cualquier poder extra-europeo pudiera incorporarse a la familia de las naciones civilizadas, es decir pudiera ser reconocido como sujeto del D.I., tal como ocurrió con Turquía, incorporada formalmente a tan exclusivo club desde el Tratado de París de 7 de marzo de 1856, y Japón, que lo fue más tarde, a fines ya de ese mismo siglo. Los Estados occidentales pusieron gustosamente a su servicio tales principios, imponiendo la colonización de continentes enteros (como África) por la vía del descubrimiento, de la ocupación y del sometimiento de las poblaciones autóctonas, en virtud de una pretendida insuficiencia del nivel de civilización de esos grupos humanos en relación con la cultura occidental.

Así pues, la consecuencia más importante de esas ampliaciones del sistema fue precisamente el establecimiento de relaciones de hegemonía y dependencia entre la cultura occidental y otras culturas, traducidas por ejemplo en los llamados tratados desiguales impuestos a China, Japón y otros países asiáticos y africanos, y sobre todo en la conquista colonial, de la que se levanta acta en la Conferencia de Berlín de 1884-1885, que sirvió de marco político y jurídico para la colonización de África (remiro Brotons: 33-34).

La S.I. se reducía, en realidad, a un club casi cerrado de Estados occidentales —la gran mayoría europeos—, del que era expresión genuina un D.I. liberal, radicalmente descentralizado y oligocrático (Pastor: 82-83). Liberal, porque sus normas atendían casi exclusivamente a la distribución de competencias entre los Estados y a la regulación de las relaciones entre ellos, siempre en el respeto casi absoluto de la soberanía nacional, lo que explica que no se prohibiera el recurso a la fuerza y a la guerra. Descentralizado, porque era palmaria la ausencia de instituciones u organismos que sirvieran como instancias de moderación del poder de los Estados. Y oligocrático, porque era un orden concebido esencialmente para satisfacer los intereses de un grupo reducido de Estados, al calor precisamente de su carácter liberal y descentralizado; ello ocurría sobre todo gracias a la relevancia inevitable que poseía la conducta o práctica de estos Estados (pocos y poderosos) para la creación de cualquier costumbre internacional o tratado, normas que se elaboraban en el seno de ese círculo reducido de Estados y mediante las que venían a ejercer una especie de gobierno sobre el conjunto de la S.I.

C) EL D.I. CONTEMPORÁNEO COMO NUEVO TIPO HISTÓRICO

El D.I. llamado clásico entró definitivamente en crisis tras la Segunda Guerra Mundial a causa de una serie de factores capaces de provocar por su propia naturaleza un cambio sistémico, a saber y por orden cronológico: la revolución soviética, la revolución colonial, y la revolución científica y técnica (Mesa: 1,10-20; TRUYOL Serra, 1993:84-85). Estos tres factores deben ser completados con un factor más (la degradación ecológica) y jerarquizados, porque no han desempeñado el mismo papel en el proceso de cambio.

Así, la revolución soviética de 1917 y la posterior aparición del Bloque Socialista formado sobre todo por Estados de la Europa del Este fue un fenómeno que cuestionó por un lado los principios políticos y económicos comunes en los que se fundaba el ordenamiento clásico, anclado en el cristianismo occidental y el liberalismo económico. Por otro lado, la Unión Soviética y el Bloque Socialista representaron un nuevo polo de poder en las relaciones internacionales y en su ordenamiento, es decir introdujeron una modificación importante en la organización política y jurídica del sistema internacional, escindido desde el fin de la

Segunda Guerra Mundial por la contradicción ideológica Este-Oeste y su corolario, la llamada guerra fría, materializada en una descarada confrontación de políticas de poder entre los dos bloques (el Occidental y el Socialista) cuya meta era la hegemonía de uno u otro en el sistema.

Todo ello restó, en conjunto, estabilidad y homogeneidad al D.I. clásico, y propició lógicamente el juego de los otros tres factores con vista al cambio sistémico. Pero por sí sola, esta modificación estructural no hubiera conducido más que a ligeros cambios compensatorios en ciertos sectores del sistema y del ordenamiento internacionales, sin modificar en ningún caso los caracteres sustanciales del D.I. clásico en cuanto ordenamiento genuinamente liberal, descentralizado y oligocrático. Se habrían diversificado algo, por ejemplo, las relaciones de supremacía y dependencia a causa de la constitución de un nuevo centro definido de poder, y se habría democratizado en algún grado el proceso de elaboración de las normas. Pero poco más (cfr. Merle: 93-95).

No obstante, con la ayuda del fenómeno político recién comentado (recordemos, por ejemplo, que el antiguo Bloque Socialista fue decidido partidario y patrocinador del gran proceso descolonizador dentro y fuera de la Organización de las Naciones Unidas —a partir de ahora, O.N.U.—), los otros tres factores sí que han producido un radical cambio sistémico en la S.I., y han generado un D.I. contemporáneo perfectamente diferenciado del D.I. clásico. A consecuencia de la gran revolución colonial posterior a la Segunda Guerra Mundial, la extraordinaria ampliación de la S.I. la ha convertido verdadera y radicalmente en una sociedad internacional universal o mundial. Baste decir que de los cerca de ciento noventa Estados que hoy forman la S.I., la mayoría de ellos son nuevos Estados porque han accedido a la independencia después de 1945. *Ratione personae*, el aumento considerable del número de sujetos estatales ha representado una importante ampliación del D.I. en el plano horizontal. Y ha conducido al sistema internacional, desde los años sesenta, a un estado de crisis casi permanente a consecuencia de la voluntad de cambio aportada por los Estados de reciente independencia, deseosos de mejorar la situación de grave subdesarrollo socio-económico en que se encuentra la gran mayoría de ellos y compartir el bienestar de los países ricos e industrializados.

En esa voluntad de cambio bebe el nuevo D.I. del desarrollo y uno de sus principios más relevantes, la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales, en torno al cual se ha desatado la gran batalla política y jurídica por la instauración de un Nuevo Orden Económico Internacional (N.O.E.I.) que logre un justo equilibrio entre los intereses y derechos económicos de los Estados (y sus particulares y empresas) detentadores de capital y tecnología (los Estados desarrollados), y los intereses y derechos de los Estados receptores de esas inversiones y tecnología (los Estados en desarrollo) consistentes en su legítima aspiración a controlar sus propias economías (cfr. Rosenberg: 332 y ss.). Si se quiere centrar el foco de atención en el terreno comercial y no sólo en el de la transferencia de capitales y tecnología, el nuevo D.I. del desarrollo pretende también una justa relación de intercambio basada en un trato preferencial no recíproco entre los Estados exportadores de manufacturas e importadores de materias primas (los desarrollados) y los importadores de manufacturas y exportadores de materias primas (los Estados en desarrollo), en beneficio naturalmente de estos últimos.

Ahora bien, esta aspiración se antoja cada vez más difícil en el seno de una economía de mercado globalizada o de ámbito mundial, organizada en torno a tres grandes centros de decisión (Estados Unidos, Japón y la Unión Europea), y auspiciada por la revolución tecnológica de la información que ha llevado el teléfono, el fax, la radio, la televisión y ahora Internet a cualquier rincón del planeta, pero sin que ello impida la extraordinaria concentración de la ciencia y la tecnología en unos cuantos Estados.

Por su parte, la revolución científica y técnica en la que seguimos inmersos ha influido decisivamente en el ordenamiento al ampliar su problemática, extendiendo *ratione materiae* sus dominios o ámbito de aplicación por ejemplo al aprovechamiento de los recursos, el espacio exterior, la transferencia de tecnología o las comunicaciones. Así como también ha influido, aquí en connivencia con la revolución colonial, en la modificación sustancial de amplios sectores normativos, caso del Derecho del Mar (que se estudiará en los Capítulos XIX a XXII). Por último, la explosión demográfica, el agotamiento de algunas fuentes de energía y la degradación del medio ambiente, situaciones propiciadas en buena medida por las circunstancias recién comentadas, han originado tensiones y riesgos nuevos y han forzado a una estrecha cooperación entre los Estados, en la que se inscribe por ejemplo el nuevo D.I. del medio ambiente, ya que la contaminación no respeta las fronteras y éstas tampoco permiten enfrentarse con éxito a ella. Pero el origen jurídico inmediato de esta nueva parcela del ordenamiento internacional es muy reciente, data de 1972, fecha de la Declaración sobre el Medio Humano aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el tema convocada ese año en Estocolmo; se trata, pues, de un ordenamiento *en ciernes*.

Esta ampliación paralela (*ratione personae et materiae*) del D.I. contemporáneo ha provocado la aparición en su seno de una nueva función, a saber, la promoción de los derechos humanos y del desarrollo socioeconómico sobre todo en los nuevos Estados.

3. ESTRUCTURA DEL SISTEMA INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Conocidas ya las causas esenciales del cambio sistémico que justifican la aparición de un nuevo tipo histórico de ordenamiento internacional (el llamado D.I. contemporáneo), se impone ahora analizar por separado y con el detenimiento que la ocasión merece tanto el grupo social internacional contemporáneo como el nuevo tipo de ordenamiento o lo que es lo mismo, conviene diferenciar el análisis de la dimensión sociohistórica o material del análisis de la dimensión formal o normativa del sistema internacional contemporáneo, con vistas a su posterior definición.

A fin de cuentas, el D.I. no ha hecho siempre sino ordenar o regular las relaciones del grupo social internacional en cada etapa histórica, de modo que su contenido normativo no puede entenderse al margen de los intereses y valores de dicho grupo en cada una de esas etapas. Por tanto, aunque el estudio de la dimensión o realidad material del sistema internacional es precisamente el objeto de otra disciplina científica, la ciencia de las Relaciones Internacionales, es imprescindible que presentemos un esbozo de las notas o caracteres principales de la realidad sociohistórica del sistema internacional contemporáneo, paralelamente a las notas o caracteres principales de su dimensión o realidad formal, con el fin de comprender mejor la respuesta normativa que hoy día reciben las demandas del grupo tal como está actualmente configurado, y conocer en particular los intereses que se protegen y los valores jurídicos que se pretenden realizar (cfr. GONZÁLEZ CAMPOS: 63).

Ahora bien, el D.I.P. y las Relaciones Internacionales son disciplinas científicas complementarias pero diferentes (Truyol Serra, 1981: 228-229). Reivindicar, por tanto, el estudio de la realidad sociohistórica del ordenamiento internacional, de sumo valor en nuestra opinión para explicar al menos el cambio normativo y sistémico en su seno, no debe hacernos olvidar que la disciplina del D.I.P., dada su naturaleza normativa, privilegia claramente el estudio de la realidad formal sobre el de la realidad material. En otros términos, el D.I.P. se ocupa ante todo de analizar estructuras normativas (en estos momentos son tres las estructuras presentes en el ordenamiento: la estructura relacional, la organizada o institucional, y la comunitaria), centrándose en las funciones que las mismas desempeñan (sobre todo la elaboración y aplicación por parte de los Estados de normas tendentes a preservar una coexistencia pacífica, promover la cooperación y proteger solidariamente

ciertos intereses colectivos fundamentales, respectivamente), cuyas interacciones dan lugar a un sistema jurídico común o universal junto a cierto número de subsistemas regionales y particulares. Se diseña así, en definitiva, un análisis estructural, funcional y sistémico de la realidad internacional contemporánea que puede prescindir hasta cierto punto de su dimensión material sobre todo en situaciones de «normalidad» jurídica, pero no así en situaciones de crisis y cambio, donde se hace imprescindible indagar igualmente en la realidad sociohistórica (cfr. Fisichella: 54-58).

Es sabido que la S.I. contemporánea se debate hoy en un estado de crisis permanente a causa sobre todo del factor de cambio que aportan los Estados en desarrollo y su voluntad de mejorar su situación socioeconómica en el sistema internacional. De ahí que esté plenamente justificado el análisis previo de la dimensión o realidad material de dicho sistema.

A) LA DIMENSIÓN MATERIAL DEL SISTEMA

A partir de su rasgo más representativo, que no es otro que su ámbito mundial o universal, que hoy resalta todavía más a causa de la globalización económica, hay que exponer los elementos estructurales que definen el nuevo sistema internacional comenzando por su dimensión material. La S.I. contemporánea es mundial, compleja, dinámica, heterogénea, fragmentada pero interdependiente, y registra una creciente humanización. Veámoslo.

a) Rasgos materiales principales

En efecto, la S.I. es compleja por la impresionante lista de problemas muy diversos pendientes de resolver en su seno, desde el imparable aumento de la población y la pobreza extrema de muchos países en desarrollo hasta el deterioro y la contaminación del medio ambiente. Es dinámica por la importancia e intensidad de los cambios que se producen a veces vertiginosamente en muy variados frentes. En el frente político, hoy es muy socorrida la cita de la rapidísima desintegración del antiguo Bloque Socialista, que ha corrido paralela a la desintegración de algunos Estados de la región, empezando por la propia Unión Soviética. La antigua U.R.S.S. entró en una grave crisis tras el fallido golpe de Estado del 19 de agosto de 1991 perpetrado por el viejo aparato comunista contra el presidente Gorbachov y la inmediata revolución de agosto, que, auspiciada por dicho fracaso, liquidó en apenas dos semanas el régimen comunista y la propia estructura estatal de la Unión Soviética, hoy descompuesta en doce repúblicas independientes después de que las repúblicas eslavas integrantes de la antigua Unión firmaran los Acuerdos de Minsk y ; Alma Ata en diciembre de 1991, que además de formalizar la desaparición de dicha Unión creaban la Comunidad de Estados Independientes (C.E.I.) y atribuían a la Federación Rusa el puesto permanente de la antigua Unión Soviética en el Consejo de Seguridad (a partir de ahora, C. de S.) de la O.N.U. Es heterogénea por la desmesurada desigualdad económica entre Estados desarrollados y en desarrollo, que divide de hecho a éstos en dos mundos bien diferentes (el Centro y la Periferia, o el Norte y el Sur, según se prefiera), y que parece el resultado remoto de la revolución industrial de Occidente favorecida por el proceso de acaparación y explotación colonial. La S.I. también es heterogénea por la evidente desigualdad del poder político entre las grandes potencias y el resto de Estados, que es en buena medida complemento y consecuencia de la escisión anterior, de la que viene a ser una especie de reducción o simplificación *rationepersonae* (todas las grandes potencias son Estados desarrollados).

El Mar Mediterráneo, por ejemplo, es una auténtica línea de fractura entre el Norte y el Sur tanto por los conflictos hoy abiertos en su área de influencia (Argelia, Chipre, Líbano, Palestina, Sahara Occidental y la antigua Yugoslavia) como por la escisión demográfica, económica y tecnológica que padecen sus cuencas meridional y septentrional, sin olvidar las diferencias políticas y culturales entre ellas (democracias pluralistas y cultura cristiana occidental en el Norte; regímenes dictatoriales y autocráticos y cultura musulmana en el Sur).

El mundo mediterráneo nos sirve, además, para tomar conciencia de la diversidad cultural de la S.I. de nuestros días, al calor quizás del incremento de las desigualdades económicas y políticas dentro del sistema. De esta grave fractura ha levantado por fin acta formal la reciente Declaración de Barcelona adoptada en la Conferencia Euromediterránea celebrada en noviembre de 1995, cuyo objetivo ha sido precisamente iniciar una vigorosa colaboración política y económica entre la Unión Europea y los doce países mediterráneos asociados a la Unión en este novedoso y esperanzador proceso.

La S.I. está poco integrada porque su grado de institucionalización sigue siendo relativo a pesar del extraordinario número de Organizaciones internacionales de ámbito universal y regional hoy existentes, que actúan como cauces e instancias de la cooperación entre los Estados en campos específicos, sobre todo en materia económica, social y técnica; pero predomina la fragmentación impuesta por las diferencias económicas, políticas y culturales entre los Estados. Y es también interdependiente porque los Estados nunca fueron siquiera relativamente autosuficientes; todos ellos se encuentran en situación de dependencia, incluso las grandes potencias (como lo prueba la dependencia de fuentes de energía de las grandes potencias occidentales o la dependencia alimenticia y tecnológica de la antigua Unión Soviética y de la actual Federación Rusa), lo que obliga a una lógica complementariedad que compense suficientemente la muy heterogénea distribución de fuentes de energía, recursos y población entre todos los Estados del sistema. En términos más concretos, que atienden sobre todo a las notas de heterogeneidad e integración (cfr. Carrillo SALCEDO, 1984: Caps. 2 y 3), la S.I. contemporánea es al mismo tiempo descentralizada, básicamente interestatal y sólo parcialmente organizada, caracterizada en orden de importancia por la escisión económica entre Centro y Periferia o Norte y Sur, y la escisión política entre las grandes potencias y el resto de Estados, a las que sumar las diferencias culturales que entrecruzan todo el sistema. En síntesis, la S.I. contemporánea se mueve hoy entre la globalización y la fragmentación, siendo el propio Estado soberano el epicentro de la tensión entre estas tendencias.

b) La desigualdad entre los Estados y sus repercusiones normativas

El dato de la gran desigualdad entre los Estados que evidencian las contradicciones recién citadas debe ser, por tanto, punto de partida de cualquier reflexión sobre la estructura tanto histórica como actual de la S.I. (Rodríguez Carrión: 57 y 63-72). Dicha desigualdad es aceptada a veces como una simple constatación empírica en la que es posible ver aspectos positivos, como ha expuesto desapasionadamente h. mosler (26 in fine-IT) en los términos siguientes:

«[...] una sociedad de Estados soberanos inmensamente diferentes en tamaño, riqueza y poder, debe pagar un precio por su continuidad permitiendo a sus socios principales una mayor influencia, bajo la forma de cierta hegemonía. Si el desarrollo histórico conduce a la coexistencia de varias grandes potencias en una posición de equilibrio, esto proporciona un medio para proteger la posición de los otros miembros. Viene a ser entonces el equivalente del Derecho constitucional interno que usa la separación de poderes y la distribución de competencias entre distintos órganos dentro del Estado como un modo de preservar la libertad de los ciudadanos.»

Desde un punto de vista jurídico, la hegemonía de las grandes potencias se percibe por ejemplo en el papel destacado que desempeñan en el proceso de creación y cambio de las normas sobre todo en dominios que interesan al conjunto de la S.I., como el Derecho del Espacio, y tanto en el plano consuetudinario como en el convencional.

En particular, la hegemonía en el plano normativo consuetudinario se traduce, por ejemplo, en la noción de Estados interesados; se entiende por tales los que tienen oportunidad de participar en el proceso de creación o cambio de una norma, contribuyendo con su conducta (precedentes) a la formación de una determinada práctica. Ello significa, por un lado, que la

situación geográfica, económica o tecnológica (por no citar más que estos factores) de cada Estado repercute inevitablemente en su posible participación en un proceso normativo determinado; y por otro lado, que la condición de una práctica suficientemente general, como uno de los aspectos necesarios del elemento material de la costumbre, se entiende referida sólo a los Estados interesados (SÓRENSEN: 40). Es obvio que en el Derecho del Mar, el protagonismo de la práctica corresponde a los Estados con litoral y dotados con poderosas flotas mercante y de guerra.

La hegemonía en el plano normativo convencional se aprecia, por ejemplo, en el fracaso de los antiguos Estados socialistas y de los Estados en desarrollo en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados al intentar introducir en el texto del art 52 del futuro Convenio de Viena de 23 de marzo de 1969 la prohibición y consiguiente nulidad de los tratados conseguidos por medio no sólo de la amenaza o uso de la fuerza, sino mediante cualquier otro medio de presión política, económica o militar. Ello representa el reconocimiento implícito de que dichas presiones pueden dar lugar a la formación de un consentimiento válido para un acuerdo entre Estados; de modo que la vía convencional tampoco escapa a la posible acción de ciertas voluntades atípicas, entendidas como las influencias decisivas que en el proceso de creación y cambio de una norma ejercen de modo espontáneo e informal las voluntades políticas particulares de ciertos Estados o grupos de Estados (las grandes potencias individualmente consideradas o en grupo) (BARILE: 49-50, 53-54, 68 y 91-92).

Aún se percibe mejor dicha hegemonía en el status privilegiado que las grandes potencias y hasta los países grandes poseen en muchas Organizaciones internacionales, tal como lo reflejan - en la Unión Europea- - el número de representantes en el Parlamento Europeo elegidos en cada Estado miembro, el voto ponderado de los Estados miembros cuando el Consejo adopta un acuerdo por mayoría cualificada y el número de nacionales de cada Estado que pueden ser miembros de la Comisión (arts. 190,205 y 213-214 del vigente Tratado de la Comunidad Europea), que otorgan un claro protagonismo a los países grandes (Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y España) frente a los pequeños (Holanda, Bélgica, Grecia, Portugal, Suecia, Austria, Dinamarca, Finlandia, Irlanda y Luxemburgo); o el paradigma del derecho de veto que el art. 27.3 de la Carta de la O.N.U. otorga a Estados Unidos, Francia, Reino Unido, República de China y Federación Rusa (los cinco miembros permanentes del C. de S.: ver art. 23.1 de la Carta) en el seno de dicho C. de S., que en la actualidad impide la adopción de una Resolución contra la que haya votado cualquiera de esos cinco miembros (bastid: 12 in fine-13).

B) LA DIMENSIÓN NORMATIVA DEL SISTEMA

Exponemos a continuación, en una perspectiva que es fiel reflejo de la dimensión material recién comentada, los caracteres o elementos de la dimensión formal del sistema internacional de nuestros días.

a) Rasgos formales principales

A pesar de la apreciable corrección que el fenómeno de la organización internacional ha introducido en el d.i. contemporáneo, los hechos demuestran que éste sigue siendo interestatal, sigue estando basado en el presupuesto de la soberanía y en la distribución individual del poder político. La doctrina más relevante coincide sustancialmente en este punto (reuter: 438-441 y ss.; friedmann: 91-100; dupuy: 46-49 y ss.; entre nosotros, González Campos: 71-72) e insiste con los matices lógicos en la pervivencia y predominio de la estructura relacional o de yuxtaposición frente a los avances de la estructura institucional o de organización, basada en la existencia de numerosas Organizaciones internacionales con la función de auspiciar la cooperación entre los Estados en las áreas más diversas. Es más, hoy

por hoy, la estructura relacional parece incluso irreductible, como lo demuestra el desenlace de la desintegración del Bloque Socialista y de tres de sus antiguos Estados miembros en diecinueve Estados nuevos.

Este punto de partida, y la memoria de lo dicho al tratar de los rasgos sociohistóricos del mundo contemporáneo, nos instalan de inmediato en la contradicción, escisión o tensión (según se prefiera denominarla) formal principal del ordenamiento jurídico internacional de nuestros días, que no es otra que la existente entre la soberanía o independencia de los Estados —por un lado— y la necesidad de la cooperación pacífica de todos ellos —por otro— (Chaumont: 348-349). Es una contradicción principal porque en ella se asumen formalmente los contenidos de todos los caracteres de la dimensión o realidad normativa del sistema y porque también tiene un papel decisivo en la determinación de la naturaleza y desarrollo del ordenamiento contemporáneo, que se sigue explicando en relación siempre con esta contradicción. Es una contradicción permanente porque refleja de forma continuada y fiel las realidades normativas del D.I. de nuestros días; piénsese, por ejemplo, en el actual reforzamiento del principio de soberanía frente al de la cooperación, institucionalizada o no, en las soluciones que se proponen para la explotación y conservación de los recursos vivos del alta mar adyacente a la zona económica exclusiva (según dicta el Acuerdo de 1995 sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, aún no en vigor), o para la explotación de los recursos minerales de la Zona de Fondos Marinos (según dicta el Acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, ya en vigor).

La soberanía del Estado como principio constitucional del D.I. trae consigo dos de los rasgos formales más característicos de este ordenamiento, su voluntarismo y relativismo, o lo que es lo mismo, la extraordinaria relevancia del consentimiento del Estado soberano tanto en la creación como en la aplicación de las normas internacionales. Así, por ejemplo, el T.I.J. viene interpretando de forma muy respetuosa con un voluntarismo desmesurado las declaraciones de aceptación de su jurisdicción obligatoria por parte de los Estados, restringiendo tanto la competencia del Tribunal que casi está convirtiendo en principio su propia incompetencia, como ha puesto de manifiesto la Sentencia de 4 de diciembre de 1998 en el Caso de la competencia en materia de pesquerías (España contra Canadá) (I.C.J., Rep. 1998: párs. 44-60, 66, 71 y 76).

El voluntarismo y el relativismo son consecuencia, entre otras cosas, de la distinción que existe en el D.I. entre la existencia de una norma consuetudinaria general y su oponibilidad, que no tiene por qué ser general en virtud de la llamada regla de la objeción persistente, que permite salvaguardar la posición del Estado que objeta una nueva norma internacional antes de que cristalice formalmente; y también es consecuencia de la posibilidad siempre abierta a los Estados de derogar las normas dispositivas generales, que son la gran mayoría de las normas internacionales, mediante acuerdos particulares. Si bien el Estado soberano vive ya inserto en un medio en trance de institucionalización gracias a la presencia de las Organizaciones internacionales, que imponen límites a la tendencia de los Estados soberanos a determinar unilateral y discrecionalmente tanto las normas que les vinculan como el alcance de sus obligaciones (Carrillo Salcedo, 1976: 107-113 y ss., 191-193 y ss.; Sur: 908 in fine-910), sobre todo en el seno del D.I. consuetudinario, tradicionalmente acusado de confuso por ello.

b) El fenómeno de la organización internacional

En primer lugar la influencia de las Organizaciones internacionales ha alcanzado gran relieve «en el esfuerzo de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional mediante la

adopción de convenios multilaterales de contenido normativo, esenciales para restar indeterminación, oscuridad e imprecisión a las normas jurídicas consuetudinarias y para hacer progresar el Derecho internacional» (CARRILLO Salcedo, 1991: 54 infine-55).

En segundo lugar, el fenómeno de la organización internacional ha dado origen a un nuevo procedimiento de elaboración de normas en el D.I. contemporáneo; hay Resoluciones de la Asamblea General (a partir de ahora, A.G.) de la O.N.U. que son en realidad actos jurídicos concertados de naturaleza no convencional, es decir, acuerdos entre los Estados miembros de esa Organización expresados en un acto jurídico distinto de un tratado o convenio, pero de indudable valor jurídico. Esta clase de Resoluciones está situada «a mitad de camino entre los dos procedimientos tradicionales de positivación del Derecho internacional: los tratados y la costumbre, esto es, los acuerdos entre Estados soberanos y la práctica generalmente aceptada como Derecho por los Estados» (Carrillo salcedo, 1991: 158-159). Ya que, como los primeros, vienen a expresar una voluntad común de los Estados, aunque sin culminar en una manifestación definitiva de su consentimiento en obligarse jurídicamente; y como la segunda, necesitan también de una práctica o aceptación general sin la que no producirían efectos jurídicos.

Es el caso, por ejemplo, de la trascendental Res. 2625 (XXV) de la A.G., de 24 de octubre de 1970, sobre los principios del D.I. referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de la O.N.U., negociada durante seis años en el seno de un órgano subsidiario de la A.G. (un Comité Especial) y que fue adoptada por la técnica o procedimiento del consenso, esto es sin someter el texto a votación y en virtud de la ausencia formal de objeciones por parte de los representantes de los Estados miembros (Suy, 1981:50; y 1987:1,523), y después ha sido generalmente seguida por la práctica de los Estados. Los principios recogidos en esa Resolución constituyen el marco normativo del D.I. contemporáneo y su principal señal de identidad, ya que por su propio contenido y por la práctica que los ha seguido ocupan una posición central en el ordenamiento y son expresión de su estructura general en la actual etapa de su evolución histórica (Tunkin: 94-96; Jiménez de Aréchaga: 40, 107 y ss.; Marino Menéndez: 65-67).

En tercer lugar y por último, el D.I. contemporáneo dispone ya, tanto en el plano universal como regional, de procedimientos centralizados de aplicación de las normas, cuyo establecimiento y funcionamiento se debe a la acción de las Organizaciones internacionales. Es cierto que el alcance de estos mecanismos es limitado si reparamos en el dato de que existen sólo si así lo ha previsto el tratado constitutivo de una Organización Internacional, pero han transformado sin duda los esquemas tradicionales sobre aplicación de las normas en el D.I., basados en la autotutela del Estado. Por ejemplo, la obligación de rendir cuentas por parte de los Estados miembros de una Organización Internacional sobre su conducta en un área tan sensible políticamente como los derechos humanos, y de ser censurados por dicha conducta sin que se vulnere por ello el principio de no injerencia en los asuntos internos, se ha ido consolidando en el D.I. contemporáneo al calor del desarrollo de la Organización Internacional, o lo que es lo mismo, de la estructura institucional (Carrillo Salcedo, 1991:163-166).

c) Las estructuras relacional, institucional y comunitaria

Si atendemos al grado de organización o institucionalización hoy contenido en el conjunto de las normas internacionales, observaremos la presencia y también la tensión entre las estructuras relacional e institucional ya citadas, que se explica precisamente a partir de la contradicción entre los principios de soberanía y de cooperación pacífica, recogidos en la Res. 2625 (XXV), que representan e ilustran cada una de esas estructuras. La estructura relacional u «horizontal» está formada por el núcleo histórico u originario de las relaciones interestatales y regula la mera coexistencia de estos poderes, mientras que la estructura

institucional o «vertical» está basada en la existencia de una pluralidad de Organizaciones internacionales creadas por los Estados y en las que ellos participan como miembros, que dan origen a normas de cooperación (Friedmann: 93-94). En la estructura relacional o descentralizada, son los Estados los únicos sujetos que intervienen en la creación y aplicación de las normas. Dentro de la estructura institucional u organizada, en cambio, surgen nuevos procedimientos de elaboración de las normas mediante actos adoptados por sus órganos (resoluciones, reglamentos, etc.). Ambas estructuras y sus respectivas funciones, la coexistencia y la cooperación entre los sujetos estatales, han sido reconocidas por la jurisprudencia internacional desde 1927 (Caso del Lotus, C.P.J.I., Serie A, n.º 10: p. 18. y Caso de la delimitación de la frontera marítima del Golfo de Maine, 1984: par. 111).

Pero habíamos avanzado en la introducción de este epígrafe que existía una tercera estructura en el D.I. contemporáneo, la estructura comunitaria, cuya función era la protección solidaria de ciertos intereses colectivos fundamentales, estructura a la que no hemos vuelto a hacer referencia. En efecto, si partimos de un criterio distintivo eminentemente material y de carácter determinante, como es el que atiende al interés protegido por las normas internacionales, observaremos enseguida al analizarlas que por razón de la clase o tipo de interés protegido existen reglas o normas que pretenden satisfacer ya el interés individual de los sujetos estatales y que son propias de la estructura relacional (como la mayoría de reglas que atribuyen o reconocen la competencia del Estado sobre el espacio y las personas), ya el interés común de un grupo de Estados y que son propias de la estructura institucional (como las reglas que se ocupan de la cooperación para el desarrollo tanto en el plano descentralizado como en el organizado, es decir, en el seno de las Organizaciones internacionales).

También hay reglas que protegen no ya intereses de los Estados individualmente considerados o en grupo, sino intereses colectivos esenciales de la Comunidad Internacional (C.I) en su conjunto, que pretenden la realización solidaria de un cierto orden público internacional basado en la adhesión a un mismo código de valores mínimos; estas reglas son características de una tercera estructura que podemos denominar comunitaria, en la inteligencia de que se trata de una estructura en proyecto o —si se quiere— en proceso de cristalización, ya que faltan actualmente en el sistema internacional lazos de solidaridad material suficientes para hablar de una C.I; la noción de C.I no pasa de ser hoy más que una noción estratégica o de combate y un imprescindible punto de referencia utópico (Dupuy: 223-227; Medina: 28-30; contra, merle: 477-478). En otros términos, la C.I es hoy mucho más una apuesta histórica que una certidumbre. Por tanto, nos referiremos a ella (a la C.I) sólo en este contexto y con la salvedad recién expuesta (Weill: 306-312). Pueden servirnos para ilustrar normativamente esa tercera estructura la regla que prohíbe la agresión, la regla que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial y la regla que prohíbe la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares. Como es sabido, el gran animador de la virtualidad de esta tercera estructura ha sido el profesor René-Jean Dupuy (188-189 y ss.).

La consolidación de esta tercera estructura no niega las otras dos estructuras (es decir, el D.I. relacional y el D.I. institucional), sino que se basa en ellas, siendo producto sobre todo de la influencia renovadora y de cambio ejercida por la estructura institucional, porque es cierto que la estructura comunitaria se aviene mal en general con la estructura relacional. En fin, las reglas propias de la estructura comunitaria ponen bien de manifiesto las profundas relaciones entre estructuras (cfr. gonzález Campos: 80-81), ya que esas reglas se han gestado paralelamente en los marcos relacional e institucional a través de la práctica estatal y de las Organizaciones internacionales, en particular de la O.N.U., para terminar constituyéndose en normas del nuevo D.I. comunitario, que pretende informar el ordenamiento internacional contemporáneo en su totalidad. Pero ¿cuál es el contenido aproximado de la tercera estructura, hoy todavía en esbozo? Podemos exponerlo siguiendo el argumento de los distintos intereses protegidos en el seno de cada estructura.

Por razón de la naturaleza normativa de las reglas que protegen y formalizan esas clases o tipos de interés, cabe distinguir entre normas de derecho dispositivo (*ius dispositivum*), con mucho las más numerosas, y normas de derecho perentorio o imperativo (*ius cogens*), muy escasas en número. Las reglas dispositivas se definen porque dos o más Estados pueden mediante acuerdo excluir su aplicación o modificar su contenido en sus relaciones mutuas; mientras que las reglas perentorias o imperativas no admiten la exclusión o la modificación de su contenido y declaran nulo cualquier acto contrario al mismo. Las primeras pretenden satisfacer los intereses individuales y comunes de los Estados, propios de las estructuras relacional e institucional. Las segundas, en cambio, pretenden dar respuesta a los intereses colectivos esenciales de todo el grupo social, que son propios de la nueva estructura comunitaria y que exigen reglas cualificadas por su grado de obligatoriedad, lo que conlleva la superior jerarquía de las mismas frente al resto de normas del ordenamiento (dupuy: 196-200 y 205-208). En su virtud, los arts. 53 y 64 del Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en el que España es parte (B.O.E. de 13 de junio de 1980), establecen la nulidad o terminación de los tratados contrarios a una norma de *ius cogens*, ofreciendo además el art. 53 una noción de norma imperativa:

«Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.»

Y el art. 64 del mismo Convenio dispone que:

«Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.»

Son escasos y polémicos los procedimientos hoy existentes tanto para identificar una norma imperativa como para determinar con precisión su contenido y establecer claramente sus consecuencias jurídicas. La Comisión de Derecho Internacional (a partir de ahora, C.D.I.), por ejemplo, parece entender que una norma imperativa debe ser subjetivamente aceptada y reconocida como tal no sólo por un grupo determinado (incluso mayoritario) de Estados, sino por «todos los componentes esenciales de la comunidad internacional» (Anuario CDI, 1976-11, 2.a parte: 118, par. 61). Pero ¿qué debemos entender por todos los componentes esenciales de la C.I. o quién debe decidir cuáles sean? Esta incógnita sigue hoy sin resolver. De cualquier forma, esta incertidumbre no permite en ningún caso conectar la idea del *ius cogens* con el Derecho Natural e interpretar que el derecho perentorio está dotado de un fundamento objetivo superior a la voluntad estatal, que no reposa en la voluntad de los Estados sino que prevalece incondicionalmente sobre ella. Tal afirmación no se desprende, desde luego, de la práctica internacional al respecto y significaría sustituir de modo arbitrario el voluntarismo necesario e inherente al actual orden internacional por un voluntarismo puramente doctrinario (cfr Weill: 261-279).

Por razón del mecanismo o modo de aplicación forzosa de los derechos establecidos en dichas reglas, observamos que la aplicación de los derechos otorgados por las reglas relacionales se realiza únicamente por el Estado directamente afectado (autotutela) frente al Estado autor del incumplimiento o violación de la regla; la aplicación de los derechos otorgados por las reglas institucionales se realiza, en cambio, en el seno de las Organizaciones internacionales (tutela organizada) mediante medidas adoptadas por sus órganos de acuerdo siempre con las competencias atribuidas por el tratado fundacional de cada Organización. Ambos mecanismos (autotutela y tutela organizada) constituyen las formas propias de aplicación forzosa de las normas dispositivas. Por último, los intereses colectivos esenciales que pretenden proteger las reglas imperativas se traducen en obligaciones de una

importancia particular, que conciernen a todos los Estados, es decir, son obligaciones que tienen los Estados frente a toda la C.I u obligaciones erga omnes, según el dictum del T.I.J. en su sentencia de 5 de febrero de 1970 en el Caso de la Barcelona Traction; lo que equivale a decir que las obligaciones que impone el ius cogens son obligaciones erga omnes. Ello entraña, en el caso de su incumplimiento, consecuencias jurídicas especiales, ya que todos los Estados, y no sólo el directamente afectado por la violación de la obligación, poseen la facultad de reclamar solidariamente su cumplimiento frente al Estado autor de la violación (tutela colectiva) (cfr. Weill: 282-291):

«[...] debe establecerse, en particular, una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto de otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones erga omnes» (C.i.j., Rec. 1970: párs. 33 —cita— y 34).

Sobre el papel y como buen ejemplo de las relaciones entre las tres estructuras, la aplicación de las reglas imperativas todavía puede llevarse a cabo hoy en el plano relacional mediante contramedidas unilaterales como las represalias económicas (tutela colectiva descentralizada), y en el plano institucional mediante sanciones (tutela colectiva organizada) si bien es más idónea esta última clase de tutela a causa de la naturaleza y fenomenología colectiva que poseen las reglas imperativas. Así pues, la tutela colectiva (ya en su vertiente descentralizada o, mejor aún, organizada) constituye la forma propia de aplicación forzosa de las normas imperativas. Con motivo de la crisis internacional surgida tras la ocupación y anexión de Kuwait por parte de Iraq en agosto de 1990, los Gobiernos de Estados Unidos y el Reino Unido entendieron que estaban legitimados para hacer respetar por su cuenta las sanciones económicas decididas por el C. de S. en su Res. 661 (1990) usando la fuerza mediante un bloqueo naval contra Iraq, a pesar de que dicha Resolución no lo establecía, limitándose a decretar un embargo económico. Pero el bloqueo no se empezó a aplicar en la práctica hasta que una nueva Res. del C. de S., la 665 (1990), también de agosto de 1990, lo legitimó implícitamente en el plano institucional al instar que:

«[se] utilicen las medidas proporcionadas a las circunstancias concretas que sean necesarias bajo la autoridad del Consejo de Seguridad para detener a todo el transporte marítimo que entre y salga a fin de inspeccionar y verificar sus cargamentos y destinos y asegurar la aplicación estricta de las disposiciones relativas al transporte marítimo establecidas en la resolución 661 (1990).»

Así sucedió desde la fecha de la Res. 665. Pero ante el rechazo iraquí a cumplir las otras Resoluciones del C. de S., en particular la Res. 660 (1990), que exigía su retirada inmediata e incondicional de Kuwait, y - por otra parte - la impaciencia norteamericana cuyo Gobierno no deseaba dilatar indefinidamente el conflicto, el C. de S. autorizó mediante la Res. 678 (1990), de 29 de noviembre, a los Estados miembros que cooperaron con el Gobierno de Kuwait «a usar todos los medios necesarios para hacer respetar y aplicar» dichas Resoluciones a partir del 15 de enero de 1991 si Irak persistía en su conducta, como en efecto así ocurrió. En ambas Resoluciones, por tanto, el C. de S. terminó autorizando y legitimando el recurso a contramedidas colectivas armadas frente a Irak (tutela colectiva descentralizada), ante la imposibilidad material de poner en marcha la aplicación institucionalizada de sanciones de carácter armado contra Irak en virtud del art 42 de la Carta de la O.N.U., a causa de la grave parálisis que la guerra fría había ocasionado hasta esas fechas al sistema de seguridad colectiva diseñado en el Capítulo VII de la Carta, cuyo funcionamiento se basa en el acuerdo unánime de los miembros permanentes del C. de S.

Aunque insistamos que la forma adecuada de aplicación forzosa de la norma imperativa que prohíbe la agresión debiera haber sido, también en este caso, su tutela colectiva institucionalizada instrumentada en el sistema de seguridad colectiva establecido en el conjunto del citado Capítulo VII de la Carta, no es sensato repugnar de las ventajas relativas que puede proporcionar el uso subsidiario de la tutela colectiva descentralizada siempre que esté autorizada por el C. de S., como una solución provisional intermedia a la espera bien de la deseable plena aplicación del Capítulo VII de la Carta de la O.N.U. o bien de su consiguiente reforma para adaptarlo a las nuevas circunstancias del fin de la guerra fría (cfr. Ferrer Lloret: 399-402).

Así lo evidencia crudamente la intervención armada de la O.T.A.N. contra Serbia durante la primavera de 1999, en grave violación de la Carta de la O.N.U. y de los principios constitucionales o estructurales del D.I. en vigor, que prohíben la amenaza o el uso de la fuerza y preservan la soberanía e integridad territorial del Estado. La Alianza Atlántica justificó políticamente su intervención alegando las violaciones graves y masivas de los derechos humanos de la población albanokosovar por el régimen nacionalista de Belgrado; esta intervención ha constituido una impugnación en toda regla de parte del contenido de dichos principios, llevada a cabo por un número relevante de Estados al menos en el ámbito regional europeo cuya voluntad expresada unilateralmente aboga por imponer, en situaciones de violaciones graves y masivas de los derechos humanos que sucedan en un vago espacio euroatlántico, el restablecimiento de los mismos por la fuerza si es preciso. Aunque la crisis se ha reconducido tras setenta y ocho días de bombardeos por la vía de la Res. 1244 del C. de S., que ha formalizado el triunfo de las tesis de la O.T.A.N. y la aceptación por el régimen de Belgrado de los objetivos políticos perseguidos por esa organización, debe alertarnos sobre los riesgos ciertos que corre la Carta de la O.N.U. y el sistema de seguridad colectiva de sus Capítulos VII y VIII, en particular la relación de cooperación del C. de S. con los acuerdos y organismos regionales con competencias en las mismas materias (cfr. Cardona Llorens: 287-289), si la Carta no se reforma a fondo para adaptarla a las nuevas realidades presentes tanto en el sistema internacional como en el subsistema europeo tras el fin de la guerra fría. El objetivo debe ser evitar con carácter general los rebrotes intervencionistas basados en la política de poder, y en particular las intervenciones a la carta en defensa de los derechos humanos.

d) D.I. general y D.I. particular

Para terminar este epígrafe, sólo nos queda analizar, por razón del alcance o ámbito de aplicación de las normas internacionales, la distinción entre normas universales o generales por un lado, y normas particulares por otro, o lo que es lo mismo, la relación y tensión entre un sistema jurídico común o general y cierto número de subsistemas particulares. Esta tensión entre universalismo y particularismo es especialmente ejemplar porque recorre todo el ordenamiento internacional, a saber, sus tres estructuras así como los principios de soberanía, cooperación y solidaridad que las ilustran. Es obvio que las normas imperativas son, por su propia naturaleza, normas universales al ser aceptadas y reconocidas por la C.I. de Estados en su conjunto. En cuanto a las normas dispositivas, se reparten entre el D.I. general y el D.I. particular. Pero analicemos con más detalle esta tensión entre universalismo y particularismo. Si se tiene en cuenta el carácter universal de la S.I. contemporánea, es lógico que exista un D.I. general aplicable a todos los Estados por haberse formado gracias al consenso o acuerdo general de éstos. Pero si se atiende también al carácter complejo, dinámico y heterogéneo de la S.I. contemporánea, que hace cada vez más difícil la adopción de reglas generales, no extraña comprobar tampoco la presencia al lado del D.I. común o general de un conjunto de normas de carácter particular; el particularismo opera también en la estructura institucional, respecto del Derecho elaborado por cada Organización según su ámbito de aplicación.

El particularismo se caracteriza sintéticamente por los siguientes rasgos: la restricción del ámbito de validez y número de sujetos entre los que son válidas las normas particulares; el uso del tratado como instrumento básico y primordial de creación y formación de normas particulares, aunque no sea su única fuente; y el objeto heterogéneo de las normas particulares, ya que son estas normas las que mejor reflejan la expansión y diversificación *ratione personae et materiae* del D.I.P. (rodríguez IGLESIAS: 146-148). Vistas estas notas, la novedad del tema no radica tanto en el hecho en sí como en la actual amplitud inusitada del movimiento particularista jamás alcanzada anteriormente, que ha originado una tensión radical respecto de la opción universalista.

La compatibilidad jurídica del fenómeno particularista con el D.I. general requiere esencialmente el reconocimiento de la primacía de las normas de *ius cogens* y de la Carta de la O.N.U., de acuerdo con lo dispuesto por su art. 103, que reza así:

«En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.»

Es indiferente al sistema la vía formal seguida en la constitución de esos subsistemas. Los problemas surgen sólo si algún subsistema pretende fragmentar o suplantar el D.I. general, tal y como en su concepción fundamental propugna el D.I. islámico, o en su día pretendió el D.I. socialista (BUTLER: 49; remiro Brotons: 72-74; SCHWEISFURTH: 943-945). Hecha esta salvedad, las relaciones entre normas generales y particulares se rigen por los criterios de prelación y derogación propios del D.I..

Hay que advertir que la tensión entre universalismo y particularismo favorece el carácter esencialmente polivalente del proceso normativo jurídico internacional. Destacar la polivalencia o interacción de los ámbitos espaciales de aplicación de las normas internacionales representa negar la oposición o antinomia irreductible entre universalismo y particularismo. Aunque existen núcleos irreductibles de localismo y universalismo en el D.I. (caso de cualquier costumbre internacional bilateral en el primer supuesto, o de los principios que rigen hoy las actividades del Estado en el espacio ultraterrestre en el segundo supuesto), lo cierto es que una norma particular puede llegar a ser universal, y viceversa. Piénsese en el proceso normativo seguido por la regla de las tres millas de extensión del mar territorial: empezó siendo una solución particular en el ámbito europeo, alcanzó luego cierta validez general, después volvió de nuevo a ser aplicada en un ámbito restringido, y ahora esté en trance de desaparecer frente a la nueva regla de las doce millas de mar territorial establecida en la Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar.

Por demás, la individualización normativa representada por el particularismo, que podemos ya definir como la protección Jurídica de los intereses de grupos de Estados que poseen unas condiciones tales que reclaman normas de aplicación privativa para ellos, suele derivar de factores de naturaleza material. Buenos ejemplos de grupos de Estados que fomenten el particularismo son el Grupo de los 77 o Grupo de los Estados en desarrollo, creado por setenta y siete Estados (hoy son ya más de ciento veinte) con ocasión del inicio en 1964 de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (U.N.C.T.A.D.) y luego consolidado en otros muchos foros; y el Grupo de los Estados sin litoral, creado en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

En el primer caso, el denominador común fue y es el subdesarrollo socioeconómico; en el segundo caso, una determinada situación geográfica como Estado enclavado o mediterráneo y sin acceso directo a la explotación de los recursos marinos. Pero en ambos casos y en última instancia, el hecho material que une a esos Estados en sus aspiraciones normativas particulares es una posición o situación económica desventajosa; para los Estados en desarrollo, los Estados sin litoral forman simplemente una división dentro del Grupo junto a otros Estados en situación muy desventajosa, como los pequeños Estados insulares en

desarrollo. Puede observarse el protagonismo de los factores económicos en estos brotes de particularismo, lo que es congruente con la dinámica que han introducido en el sistema internacional los Estados de reciente independencia. También en ambos casos, los intereses de esos grupos de Estados han obtenido cierta satisfacción; a través sobre todo de la instauración de un N.O.E.I. de la mano de las Resoluciones de la A.G. y de un conjunto de conferencias codificadoras internacionales en el primer caso, y del establecimiento de un régimen jurídico particular en la Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar en el segundo caso, que serán oportunamente objeto de estudio.

4. FUNCIONES DEL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

Es una experiencia jurídica primaria, tenida ya muy en cuenta en el epígrafe anterior, que la existencia de conflictos de intereses dentro del marco de cualquier grupo social es el punto de partida obligado de cualquier concepción del Derecho que regula las relaciones de dicho grupo, y por ende de las funciones que ese ordenamiento cumple. Frente a tales conflictos, traducibles idealmente en diferencias o controversias jurídicas, se impone una necesidad social igualmente primaria, la función de pacificación, de mantener o restablecer la seguridad; junto a otra función de satisfacción, en cierta medida secundaria respecto de la anterior, cuyo objetivo es la obtención de una solución aceptable arbitrada por alguna de las vías de composición de los conflictos existentes en el sistema (DÍEZ-PICAZO: 17-18 y ss.). La doctrina ha propuesto a este efecto diversas tipologías con el fin de adaptar la teoría general a la naturaleza del D.I.P., al tiempo que ha ordenado en un sistema coherente el conjunto de intereses en presencia en el seno del grupo social internacional. Creemos muy provechosa la que ha propuesto el profesor Carrillo Sal CEDO (1984: Cap. 6).

La evolución de la S.I. desde la segunda postguerra, con la emancipación del mundo colonial y su consiguiente proceso de universalización, paralelo a su vez al de la paulatina institucionalización del sistema gracias al desarrollo de las Organizaciones internacionales, determina la conveniencia de un nuevo enfoque de las funciones del D.I. en una S.I. heterogénea y poco integrada, pero también interdependiente y única. Tres van a ser las funciones que desempeñe el ordenamiento internacional en el mundo de hoy, distinguidas aquí sólo a fines expositivos ya que, en rigor, se encuentran en íntima relación al igual que ocurre con las estructuras formales respectivas que las sustentan y que hemos estudiado en el epígrafe anterior: una función de mantenimiento del modelo de relaciones original y específico del grupo social internacional, cuyo principal postulado jurídico es la preservación de la paz y seguridad internacional. Otra función de adaptación a las demandas que emanan del medio internacional capaz de alcanzar objetivos de interés común para dicho grupo social, cuyo principal postulado jurídico es la cooperación generalizada; y una tercera y última función de integración que potencie el consenso en torno a ciertos intereses colectivos esenciales del grupo social internacional, propios ya de una solidaridad orgánica más que mecánica, cuyo principal postulado jurídico es la creación y protección solidaria de cierto derecho imperativo.

En primer lugar, una S.I. predominantemente interestatal, descentralizada, paritaria y fragmentada, impone una estructura jurídico formal de carácter relacional, regida por los principios constitucionales de igualdad soberana y no intervención, incluidos en la Res. 2625 (XXV) de la A.G. La función social primordial de estos principios es pacificadora y legitimadora, porque pretenden en última instancia la aceptación y conservación de la estructura tradicional de la S.I., mediante normas de derecho dispositivo que reflejan comúnmente la presencia de meras relaciones bilaterales de coexistencia pacífica entre los Estados que vienen a coordinar sus intereses individuales; intereses que se protegen —

llegado el caso— por el Estado directamente afectado (autotutela) frente al autor o autores de la violación de la norma que los tutela.

En segundo lugar, una S.I. compleja y dinámica, universal y crecientemente interdependiente, pero heterogénea y fragmentada, reclama una estructura jurídico formal de carácter institucional, regida por el principio constitucional de cooperación pacífica, también incluido en la Res. 2625 (XXV) de la A.G. La función social primordial de este principio es renovadora o de cambio de la estructura relacional predominante en el ordenamiento internacional vigente y de los principios y normas que la consagran. Y se basa principalmente para su labor impugnadora en un conjunto de reglas programáticas no vinculantes de índole multilateral, que pretenden reflejar con la ayuda también de principios y normas obligatorias un interés estatal común cuyo objetivo esencial es la promoción del desarrollo socio-económico y los derechos humanos en el seno del sistema por el cauce de la cooperación institucionalizada, es decir en el marco de las Organizaciones internacionales, que se encargan especialmente de tutelar conforme a su Derecho particular la aplicación de esos principios y reglas (tutela institucional). A esta clase de tutela atiende la Res. 777 de 19 de septiembre de 1992 por el que el C. de S. se opone a que Serbia y Montenegro sucedan automáticamente como Estado miembro de la O.N.U a la antigua Yugoslavia, obligándolas a solicitar su admisión sin que puedan participar entretanto en los trabajos de la A.G., a causa de su contumaz violación de las Resoluciones del C. de S. sobre el conflicto yugoslavo. Grandes hitos de ese Derecho programático (*soft law*, en la terminología anglosajona) han sido la Res. 3201 (S-VI), adoptada por la A.G. el 1 de mayo de 1974, en la que se contiene la Declaración sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional; y la Res. 3281 (XXIX), adoptada por la A.G. el 12 de diciembre de 1974, en la que se contiene la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

En tercer y último lugar, una S.I. interdependiente y vulnerable, con un cierto grado de institucionalización, pero aún dotada básicamente de una amplia dosis de discrecionalidad estatal, determina la conveniencia de una tercera estructura jurídico formal comunitaria y humanizada, regida por el principio de solidaridad, que naturalmente no figura en la nómina de los principios de la Res. 2625 (XXV) de la A.G., aunque está implícitamente reconocido y positivado en los arts. 53 y 64 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. La función social primordial de este principio es establecer restricciones objetivas a la voluntad particular de los Estados, esto es, al libre desenvolvimiento de la estructura relacional, mediante normas de derecho imperativo o perentorio (*ius cogens*) que pretenden reflejar la protección jurídica de intereses colectivos esenciales para la C.I. en su conjunto, centrados en la prohibición de la agresión y en la defensa del principio de libre determinación y de ciertos derechos y libertades fundamentales para la salvaguarda de la persona y el medio humano (prohibición del genocidio, la esclavitud, la discriminación racial y la contaminación masiva del medio ambiente). La protección de estos intereses colectivos concierne ya a todos los Estados porque son obligaciones erga omnes, y puede llevarse a cabo a priori tanto en el plano relacional (tutela colectiva descentralizada) como en el plano institucional (tutela colectiva organizada), aunque sea mucho más idóneo este último.

La enumeración de obligaciones erga omnes recién hecha evidencia sin lugar a dudas la creciente importancia del individuo en el ordenamiento internacional contemporáneo, que ha ido de la mano del desarrollo de los derechos humanos, pero que no ha bastado para que el individuo acceda a la condición de sujeto del d.i. general (cfr. diez de Velasco: 59 in fine-61), si bien puede admitirse que ha alcanzado una subjetividad limitada en algún D.I. particular como el europeo al calor de la aplicación y desarrollo del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, del que son parte todos los Estados miembros de la Unión Europea, que han aceptado también la jurisdicción del

nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos como órgano de protección de los derechos humanos reconocidos en ese Convenio en virtud del Protocolo Adicional n.º 11 a dicho Convenio de 11 de mayo de 1994, en vigor el 1 de noviembre de 1998 (B.O.E. de 26 de junio de 1998 y de 6 de mayo de 1999), que reforma y mejora este subsistema regional de protección admitiendo la legitimación activa del particular para interponer directamente demandas ante dicho Tribunal (Torres Ugena, ed.: 645-647). Por su parte, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, aún no en vigor, reconoce la capacidad del individuo para verse atribuida responsabilidad internacional, es decir, la vertiente pasiva de la subjetividad internacional, para la represión de ciertos crímenes especialmente graves.

De cualquier forma, el análisis de estas funciones nos lleva a concluir que la protección y promoción de los derechos humanos parece haber devenido en una especie de gran crisol ideológico de las principales corrientes de pensamiento y prácticas políticas (en particular, la liberal y la socialista), que pugna por inspirar como su principal postulado jurídico al ordenamiento internacional de nuestros días, afanándose por contribuir a su progresiva institucionalización y humanización.