

¿ES EL CONSENTIMIENTO DE LOS ESTADOS FUNDAMENTO DE LA NORMA Y DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONALES? BREVE CONSIDERACIÓN DE LAS LÍNEAS DE DESARROLLO QUE SUPERAN ESTA CONCEPCIÓN BÁSICA

MARÍA ASUNCIÓN ORENCH Y DEL MORAL*

1. INTRODUCCIÓN

En los momentos actuales, lejos ya de las reflexiones y debates doctrinales en torno a la existencia o inexistencia del Derecho internacional como verdadero sistema jurídico, subsisten todavía resistencias para admitirlo como sistema ordenador de comportamientos de los distintos sujetos que actúan en el plano internacional. Se ha producido así un cambio de tercio. Desaparecidas las doctrinas que negaban, pura y simplemente, el Derecho internacional, hoy se advierte—incluso en autores ilustres— posiciones de escepticismo, cuando no ya de desconfianza, respecto de normas e instituciones internacionales. En el mejor de los casos ponen en tela de juicio la eficacia de este Derecho. Las viejas reticencias se trasladan así del ámbito de la especulación científica al de los comportamientos prácticos.

De estas reservas no se excluyen los propios internacionalistas. Así, un ilustre autor, con un cierto punto de exageración, en un buen

* Profesora Asociada de Derecho Internacional Público. UNED.

«Curso General» profesado en la Academia de Derecho internacional de La Haya, considera que esas dudas sobre su existencia invaden actualmente al propio Derecho internacional:

«Sacudido por tempestades como nunca ha tenido, el Derecho internacional se busca. Él mismo no sabe donde está, ni incluso si existe verdaderamente»¹.

Damos aquí por descontado que la evolución del Derecho internacional o el análisis de su estado actual no tiene porqué ser realizado con los criterios de los ordenamientos jurídicos estatales, pero hay determinados paralelismos que conviene no olvidar. La formación del Derecho internacional en su forma actual es proceso coetáneo al de la aparición de los primeros Estados modernos renacentistas. El fondo cultural común en ambos lleva la impronta de ese momento, aunque el Estado recibiera más tarde la influencia del barroco. Esto nos permite entender mejor la importancia del pacto para superar el estado de naturaleza de la sociedad internacional y la fuerte carga de consensualismo con la que interpretan sus normas².

Esto último nos lleva a un segundo aspecto que asimismo hay que tener en cuenta, cual es la vinculación entre sociedad y Derecho. La relación directa que existe entre la estructura de una sociedad y la configuración de su sistema jurídico es tan comúnmente admitida que no precisa mayor explicitación en este pequeño trabajo. Por tanto, para poder entender y captar la peculiaridad del Derecho internacional es necesario conocer y comprender a la sociedad internacional. Muy frecuentemente, las críticas que se formulan a instituciones internacionales descansan en una visión ideal de lo que debería ser y no en la aceptación de lo que la misma sociedad es y permite. No olvidemos que esta sociedad tiene como miembros a los

¹ P. WEIL. *Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public*. RCADI, 1992, VI, pág. 33.

² Desde los primeros momentos se produce entre los órdenes jurídico interno e internacional una cierta relación de oposición que está en la base de algunas teorías negadoras del Derecho internacional: Si los Estados son soberanos, el Derecho internacional no puede vincularlos más que con su consentimiento; si las normas internacionales son verdadero Derecho y vinculan, los Estados no serán soberanos.

Estados, sujetos principales del Derecho internacional y la delimitación de la soberanía es uno de los principales problemas³.

El Derecho internacional, en cuanto Derecho, realiza en la sociedad internacional la misma función que los sistemas jurídicos internos respecto de la suya. Es, por un lado, expresión de la realidad tal cual, pero, por el otro, es instrumento de conducción y de mutación de ella. Se establece así, para decirlo en términos hegelianos, una relación dialéctica entre la realidad y la idea que pugna por realizarse. Unas veces pesa más la realidad, los hechos concretos que condicionan el resultado (en el Derecho internacional se nota esto con demasiada frecuencia) otras, en momentos estelares de la historia, la idea arrastra y termina consolidando un paso definitivo de progreso.

La intención de este estudio es mostrar en qué medida la concepción radicalmente consensualista del Derecho internacional, que venía impuesta desde su origen y que el positivismo contribuyó en gran medida a acentuar, está siendo modulada, cuando no ya superada al considerar los fundamentos mismos del sistema. Esto lo hacemos desde una modesta apreciación de los dos Tribunales de La Haya, destacando la del primero. La aportación del Tribunal Permanente de Justicia Internacional a la estructuración del orden jurídico internacional, no obstante sus limitaciones, probablemente no ha sido valorada todavía en toda su dimensión.

³ La conexión entre el deseo de lo que debería ser y la ficción que aparenta mostrar lo que todavía no es, lo recoge Puente Egido al considerar el tema de las lagunas en el Derecho internacional. Dice que muchas veces lo que hay es la proyección de un deseo acerca de la existencia o eliminación de una norma concreta. Y añade:

«Cuando se formulan objeciones, por ejemplo, respecto de la incapacidad de las N.U. de poner coto a determinadas situaciones de clara injusticia, se está postulando un ideal que no se corresponde con la realidad concreta. El sistema de N.U. está montado sobre una ficción necesaria (una de tantas que los sistemas jurídicos todos necesitan) la de la armonía permanente entre las Grandes Potencias».

J. PUENTE EGIDO. *Casos prácticos de Derecho internacional público*. Madrid, 2000, pág. 203.

2. EL CONSENTIMIENTO DE LOS ESTADOS COMO ORIGEN DE LA REGLA INTERNACIONAL

La conexión realidad - Derecho, en nuestro caso Derecho internacional, se manifiesta singularmente al entrar en el estudio de las fuentes del Derecho o en el origen de las normas jurídicas, que afecta al propio concepto y fundamento del Derecho ⁴.

Tradicionalmente el Derecho internacional ha sido entendido como un Derecho interestatal, regulador de las relaciones entre entes políticos que se sienten y actúan como entes soberanos que son. Hoy día, el Derecho internacional sigue regulando predominantemente relaciones entre Estados y como estos entes, en virtud de su soberanía, no reconocen ninguna autoridad superior; las reglas jurídicas, en principio, sólo pueden ser fruto de la voluntad o consentimiento de los Estados. La regla jurídica internacional, se presenta, pues, como el resultado del consentimiento entre poderes soberanos.

En la contemplación global de las normas jurídicas que integran hoy el sistema que conocemos como Derecho internacional, es indiscutible el predominio de las reglas de origen y naturaleza convencional. De ahí que este Derecho, desde finales del siglo XVIII hasta épocas recientes, haya sido comprendido como un sistema tradicionalmente dominado por el acuerdo y por las reglas nacidas de tratados, sólo vinculantes para las partes que previamente las hubieran aceptado/pactado.

Por ello, algunos tratadistas clásicos entendían que el objeto de un Derecho de gentes no podía ser otro que las reglas generales. Un espíritu tan clásico y tan siglo XVIII como es Vattel nos advertía, en una precisa observación metodológica, que en relación con los tratados internacionales «todo lo que se puede hacer sobre esta materia en un tratado de Derecho de gentes es dar las reglas generales que las Naciones deben observar», dejando al conocimiento de la historia las cuestiones particulares de cada acuerdo concreto ⁵.

⁴ Algunos autores estiman que hay que distinguir entre fuentes del Derecho internacional, fundamento de la obligatoriedad de las normas jurídicas internacionales y eficacia de las mismas. Son, ciertamente, aspectos diferentes pero están entrelazados.

⁵ Manifestaba este autor que frente al Derecho común, recibido por todos y no escrito, existe un Derecho establecido por tratados que:

El positivismo jurídico del siglo XIX no hizo más que reforzar esa orientación consensualista inducida también por las realidades internacionales, sobre todo con la omnipresencia del pacto. No nos esforzaremos, pues, demasiado en aceptar lo que sigue siendo doctrina común en el Derecho internacional acerca de la importancia del previo consentimiento de los Estados en la formación y consolidación de la regla jurídica o en la constitución de la obligación internacional. Consentimiento individualizado y hasta minucioso si se trata de reglas convencionales; consentimiento estricto y riguroso si se trata de sometimiento a árbitro o tribunal internacional; genérico y difuso si son reglas consuetudinarias⁶.

La doctrina, con razón, ha visto una expresión máxima de esa noción consensualista en la argumentación con que la mayoría del Tri-

«Produissent une nouvelle espèce de droit des gens, que l'on appelle *conventionnel*, ou de *traités*... Tout ce que l'on peut faire sur cette matière dans un traité de droit des gens, c'est de donner les règles générales que les Nations doivent observer par rapport a leurs traités. Le détail des différents accords qui se font entre certaines Nations, des droits et des obligations qui en résultent, est matière de fait et appartient à l'histoire».

M. DE VATTEL. *Le droit des gens*. T. I. París, 1863. Préliminaires, paragr. 24, pág. 203.

⁶ Vid. cómo se resalta ese elemento consensualista en algunos manuales de la literatura española, si bien con matices que un análisis pormenorizado, que no es de este lugar, tendría que poner de relieve. Así por ejemplo, J.A. CARRILLO SALCEDO. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid, 1994, págs. 88-92. M. DIEZ DE VELASCO, capítulo redactado por C. JIMÉNEZ PIERNAS, *Instituciones de Derecho internacional público*. Madrid, 1999, págs. 79-80. (Este último lo ha desarrollado también en un artículo sobre: *El papel de la noción de consensus en la fundamentación y el concepto del Derecho Internacional Público*, en el libro homenaje al Prof. Vicente Marotta Rangel. Sao Paulo, 1998, págs. 103-119) J. GONZÁLEZ CAMPOS y otros. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid, 1992, págs. 10-11 y 87-95. C. GUTIÉRREZ ESPADA. *Derecho Internacional Público*. Madrid, 1995, pág. 50. A. HERRERO Y RUBIO. *Derecho Internacional Público*. I. Valladolid, 1994, págs. 23 y sigs. F. MARINO MENÉNDEZ. *Derecho Internacional Público*. Madrid, 1999, págs. 61-63. J.A. PASTOR RIDRUEJO. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid, 1996, págs. 39 y 40. J. PUENTE EGIDO. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Vol. I. Madrid, 1998, págs. 147-148. A. REMIRO BROTONS y otros. *Derecho Internacional*. Madrid, 1997, pág. 34. A. RODRÍGUEZ CARRIÓN. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, 1994, págs. 159 y sigs.

bunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) fundamentó su decisión en el asunto del *Lotus*, singularmente el conocido párrafo:

«Las reglas jurídicas que vinculan a los Estados tienen su origen, pues, en la voluntad de éstos; voluntad manifestada a través de acuerdos o en los usos aceptados de modo general que consagran principios jurídicos...»⁷.

Ese consensualismo ha sido y en cierta forma continúa siendo, a pesar de las atenuaciones y de algunas excepciones doctrinales, el planteamiento de base sobre el que se asienta el complejo normativo, cada vez más denso, de nuestro sistema jurídico.

Sería, en su fase más avanzada, el Derecho de la mera coordinación, que nace de voluntades que se autolimitan jurídicamente, pero que no daría lugar al establecimiento de instituciones superadoras de la estructura meramente interrelacional de los Estados.

3. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Ahora bien, esta concepción consensualista parecía que iba siendo superada por la propia evolución del Derecho internacional, como ya se había manifestado en los grandes tratados multilaterales —recordemos singularmente la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados que, en sus arts. 53 y 64, sanciona con nulidad todo tratado que esté en oposición a una norma de «*ius cogens*»— y con la aparición de las Organizaciones internacionales.

Pero es, sobre todo, la jurisprudencia del Tribunal internacional, que ciertamente en el asunto del *Lotus* suscribe la posición voluntarista, la que parece tener otro lenguaje. Se puede percibir en ella una interpretación de las normas internacionales que descarta, en términos generales, una concepción estrictamente voluntarista, preocupada por el consentimiento explícito o implícito de los Estados⁸. Proce-

⁷ CPJI, Serie A, n.º 10, pág. 18.

⁸ Constata Weil cómo la jurisprudencia recurre a una mezcla sutil de consensualismo y objetivismo. P. WEIL. *Op. cit.*, pág. 80.

Opina Puente Egidio que desde la Sentencia del asunto del *Lotus* ha habido en la doctrina y en la práctica internacionales una evolución. Se refiere a la

de a la búsqueda de reglas y, en consecuencia, de soluciones, no siempre congruentes con ese voluntarismo radical. Utiliza, a veces, argumentos que no están sostenidos por el puro consentimiento de los Estados. Incluso en la sentencia sobre dicho asunto del Lotus, me ha parecido poder encontrar algunas contradicciones en este sentido: Así por ejemplo, su apelación al «deber de abstenerse» para que se pueda hablar de costumbre internacional (existencia, por tanto de una norma jurídica previa que imponga el deber); o al apreciar que: «La limitación primordial que impone el Derecho internacional al Estado es la de excluir —salvo la existencia de una norma permisiva contraria (la excepción sí necesita consentimiento particular)— todo ejercicio de su poder sobre el territorio de otro Estado»⁹.

Esta línea de superación la encontramos en la jurisprudencia del actual Tribunal Internacional de Justicia (TIJ). Recordemos sus conocidas manifestaciones relativas a:

— Obligaciones de los Estados fundadas en consideraciones generales de humanidad o en el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas; en la sentencia en relación con el asunto sobre el Estrecho de Corfú¹⁰.

— La existencia de principios reconocidos por las naciones civilizadas incluso al margen de todo lazo convencional; en la opinión consultiva sobre las reservas a la Convención para la prevención y represión del genocidio¹¹.

— La afirmación, en el asunto de la Barcelona Traction, de obligaciones *erga omnes*, es decir, obligaciones de los Estados hacia

posición del Prof. Mosler acerca de la existencia de un elenco de reglas jurídico positivas, que, en el orden jurídico internacional moderno, se sustraen a la libre disposición de los Estados y a la práctica jurisprudencial que en reiteradas ocasiones ha orientado sus decisiones en esa misma dirección. J. PUENTE EGIDO. *Lecciones...*, op. cit. pág. 153.

Afirma también Carrillo Salcedo que la jurisprudencia testimonia la necesidad de tomar en consideración el consentimiento del Estado y lo que no depende de la voluntad del Estado. J.A. CARRILLO SALCEDO. *El fundamento del Derecho internacional: Algunas reflexiones sobre un problema clásico*. REDI, vol. L (1998), págs. 25 y 30.

⁹ CPJI. Serie A n.º 10 pág. 28 y pág. 18.

¹⁰ CIJ. Rec. 1949, pág. 22.

¹¹ CIJ. Rec. 1951, pág. 23.

toda la Comunidad internacional en su conjunto, que se derivan por actos de agresión o de genocidio o de violación de principios o reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona, comprendiendo la esclavitud o discriminación racial ¹².

— O bien como en la más reciente opinión consultiva sobre la licitud de la utilización de las armas nucleares cuando dice que los Estados no gozan de libertad ilimitada de elección del tipo de armas que puedan utilizar ¹³.

En otros asuntos y en otro orden de normas, así en el de la delimitación de la Plataforma del Mar del Norte, considera que dicha delimitación debe ser objeto de un acuerdo entre los Estados interesados, pero ese acuerdo está sometido a unos principios. Dice textualmente:

«Sobre la base de preceptos muy generales de justicia y de buena fe, (se trata) de verdaderas reglas de Derecho en materia de delimitación de plataformas continentales limítrofes, es decir, de reglas obligatorias para los Estados en toda delimitación» ¹⁴.

Y desarrolla esta idea en el asunto de las Pesquerías islandesas, como antes ya lo había hecho en el de las Pesquerías noruegas ¹⁵, indicando que las partes deberán tener en cuenta en sus negociaciones, entre otras consideraciones, el hecho de que las poblaciones islandesas e inglesas sean especialmente tributarias de la pesca de las aguas vecinas a sus costas para su subsistencia y desarrollo económico ¹⁶. Idea, por cierto, no tan nueva como a veces se ha afirmado, puesto que ya estaba presente en la sentencia de 1910 del Tribunal Permanente de Arbitraje sobre las Pesquerías del Atlántico, cuando se refiere al valor especial para la industria de los habitantes de estas riberas ¹⁷.

¹² CIJ. Rec. 1970, págs. 33-34.

¹³ CIJ. Rec. 1996, par. 78.

¹⁴ CIJ. Rec. 1969, págs. 46-47.

¹⁵ CIJ. Rec. 1951, pág. 133.

¹⁶ CIJ. Rec. 1974, págs. 34-35.

¹⁷ «The special value which it has for the industry of the inhabitants of its shores». Sentencia de 7 de septiembre de 1910. The Hague Court Reports. Carnegie Endowment for International Peace. Ed. James Brown Scott, New York, 1916, pág. 187.

Parece, pues, existir una cierta contradicción entre la afirmación doctrinal del necesario consentimiento del Estado para la producción de las normas internacionales y una realidad jurídica que impone ciertas limitaciones a la voluntad de los Estados, como estas decisiones judiciales nos muestran.

En todo caso, estos pronunciamientos nos inducen a pensar que la realidad jurídica internacional presenta, como hemos sugerido antes, líneas de evolución superadoras de esa posición inicialmente consensual.

4. CONEXIÓN IUSFILOSÓFICA

Pero estos problemas tienen una raíz más profunda. Se enmarcan en un problema más amplio. Están en estrecha vinculación con el fundamento y validez del Derecho internacional.

De ahí la pregunta: ¿Es posible la existencia de un sistema jurídico cuyas normas descansen únicamente en el consentimiento de los afectados, aunque éstos sean Estados soberanos? ¿Puede existir, puede llamarse Derecho, a un conjunto anárquico, discrecional en el mejor de los casos, cuando no arbitrario, de reglas?

Reuter, refiriéndose a las deficiencias de las estructuras de base del Derecho internacional «que han inducido a determinados espíritus a negar la existencia misma del Derecho internacional», decía que una sociedad sin legislador, sin juez, sin policía sería una sociedad sin Derecho¹⁸.

Si ello, por hipótesis, hubiere sido posible en otras épocas, en una sociedad totalmente descentralizada, yuxtapuesta, ¿sería compatible con la conciencia jurídica de la sociedad actual?

Estas preguntas se formulaba Bourquin en su curso en la Academia de La Haya:

«¿Como puede la voluntad del Estado, considerada como único soporte del Derecho, sentirse atada por su sola virtud? ¿Cómo

¹⁸ P. REUTER. *Derecho Internacional Público*. Barcelona 1978, pág. 22.

explicar que si cambia su voluntad se encuentre vinculada por la voluntad anterior?»¹⁹.

Si el Derecho internacional es Derecho debe consistir en un conjunto de normas de validez objetiva y cumplimiento obligatorio independiente de la voluntad de los sujetos. El Derecho o es objetivo o «no es» Derecho.

El fundamento de la obligación jurídica y la existencia de límites a la voluntad del Estado son, en consecuencia, cuestiones que están íntimamente unidas.

En el Derecho internacional se plantean, por tanto, problemas que en un tiempo ocuparon a juristas filósofos, constitucionalistas y privatistas ante la necesaria construcción de un Estado de Derecho, es decir: Estado sometido a norma jurídica²⁰. Son cuestiones que afectan al fundamento mismo de todo Derecho por lo que la evolución del Derecho interno y su experiencia puede servir al Derecho internacional de enseñanza, de orientación y de guía²¹. Aunque, al destinarse a sociedades distintas, no tiene por qué seguir necesariamente la misma trayectoria ni adoptar las mismas instituciones.

La similitud con el Derecho interno había llevado a algunos como al dualista Triepel a intentar explicar la relación y separación

¹⁹ P. BOURQUIN, *Règles générales du droit de la paix*. RCADI, 1931, I, pág. 76.

²⁰ La relación entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional acerca del concepto de soberanía e independencia del Estado ha sido resaltada por Hauriou, quien estima que esa afirmación coyuntural formulada por Bodino:

«Está en la base de la doctrina de la independencia de los Estados y justifica el principio de no intervención...».

A. HAURIOU. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona 1971, pág. 160.

²¹ Opina Weil de modo contrario y estima que la pregunta de por qué el Derecho obliga a los sujetos es un problema desconocido en el Derecho interno porque, dice, si la norma interna obliga a los sujetos de Derecho es por la simple razón de que el Estado la ha dictado en el marco de su competencia. En el orden internacional, añade, el problema es distinto. P. WEIL, *op. cit.* pág. 66.

Sorprende esta afirmación, pues aún aceptando esa respuesta, quedaría en pie la pregunta principal, quién ha atribuido esa competencia y en función de qué. Por otra parte, la preocupación básica de la Filosofía del Derecho ha sido precisamente la de la fundamentación del Derecho en general, refiriéndose sustancialmente al Derecho interno.

entre ambos sistemas en virtud de su origen diferenciado pero semejante puesto que se basan en un acto convencional distinto (es decir, acuerdo para la formación de la voluntad común en ambos casos)²² y a que el monista Kelsen sienta la necesidad de conducir ambos sistemas jurídicos a la unidad puesto que son, igualmente, Derecho²³.

Estos interrogantes, por otra parte, no fueron ajenos a los considerados fundadores del Derecho internacional, alejados, ciertamente, de tesis estrictamente voluntaristas, cuando, como Francisco de Vitoria, justificaban el sometimiento al Derecho de gentes de la misma manera que «el monarca está sometidos a la ley que él mismo ha establecido»²⁴. Este autor afirma que el «totus orbis» es la base sobre la que se funda la capacidad de la comunidad internacional de darse normas a sí misma, al margen de todo acuerdo particular²⁵.

Decía Verdross, que la constitución de la Comunidad internacional descansa en aquellas normas que los Estados *han dado por supuestas* al elaborar el Derecho internacional y que han sido desarrolladas por la costumbre y una serie de tratados colectivos²⁶. Esto significa que ciertas reglas son preexistentes a la propia elaboración del Derecho internacional por los Estados. Si explicitamos su razonamiento, son normas tan básicas y fundamentales que los Estados las dan por supuestas y forman la base constitucional de la Comunidad internacional.

²² H. TRIEPEL. *Les rapports entre le droit interne et le droit international*. RCADI, 1923, I, págs. 79 y sigts.

²³ Decía este autor:

«La unidad del sistema resulta de la identidad del principio sobre el cual se funda la validez de los diversos elementos... Esta norma fundamental está en el origen de la regla y puede ser calificada de fuente de todas las normas...».

H. KELSEN. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. RCADI, 1926, IV, págs. 265-266.

²⁴ F. DE VITORIA. *De potestate civili*. BAC. Madrid 1960, pág. 191.

²⁵ *Ibid.* El Prof. Truylol ha explicado este posición de Vitoria. Vid. A. TRUYOL Y SERRA. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, II. Madrid, 1975, pág. 55.

²⁶ A. VERDROSS. *Derecho Internacional Público*. Madrid, 1976, pág. 118.

Algún sector doctrinal ha entendido que en la regla internacional había que distinguir entre el acto negocial, es decir la regla como fruto de la voluntad de los Estados partes, del carácter normativo, es decir de la capacidad de una regla así establecida para imponerse al margen de la voluntad. Ésa es propiamente la expresión o manifestación del problema. Independientemente de la estructura misma de los tratados, que permita encuadrarlos en una reglamentación más particular o general, la cuestión central es por qué o en base a qué el acto negocial es acto normativo, obliga, y si todas las reglas internacionales pueden ser consideradas negociales aunque sea en su sentido más amplio.

Lógicamente el mero consentimiento no es capaz de crear un sistema de normas jurídicas vinculantes si no existe un ordenamiento, o al menos una norma objetiva previa que así lo determine. De ahí la necesidad que han tenido siempre los internacionalistas de hacer descansar la fuerza obligatoria de los tratados en un principio jurídico, en una norma previa: *Pacta sunt servanda*.

Podríamos afirmar asimismo que el propio sistema de fuentes plasmado en el art. 38 del Estatuto del Tribunal, no es, en ningún caso, creación convencional arbitraria sino, como decía Bruns²⁷, reconocimiento de un orden jurídico preexistente.

Hoy día se considera cada vez más, por la jurisprudencia y también por la doctrina, además del Derecho convencional, la existencia de normas dotadas de una particular densidad normativa, que, en virtud de su contenido, formarían esa base de reglas constitucionales²⁸.

²⁷ V. BRUNS, *Fontes iuris gentium*. Berlín, 1931, pág. XVII.

²⁸ Se prescinde ahora voluntariamente del desarrollo del «*ius cogens*», como Derecho necesario que se impone a todos sin que por ello haya recabado el consentimiento de todos, aunque suele ser el más frecuentemente aludido y el que expresa mejor esta idea de la superación del consentimiento en el sentido en el que aquí lo estamos tratando. Intentamos sugerir cómo desde otros aspectos del Derecho y de la práctica internacional puede llegarse a la misma idea de limitación del poder estatal.

5. LA SUPERACIÓN DEL CONSENSUALISMO, ¿ES UN PROBLEMA NUEVO?

La superación del consensualismo, es una cuestión actual, pero es preocupación que ha permanecido latente en la doctrina y en la jurisprudencia. Puente Egido, refiriéndose a la idea sugerida ya por Vitoria de que hay elementos que están sustraídos a la libre disposición de la voluntad de los pueblos incluso cuando hubiera entre ellos un consentimiento generalizado, continúa que el problema comienza a ser actual en la doctrina internacional y considera que: «En él y en su planteamiento hay que ver una línea de progreso de este Derecho»²⁹.

Pudiera parecer que las inquietudes de los primeros internacionales para justificar la validez de las normas internacionales habían quedado oscurecidas en el tiempo a excepción de la discusión sobre las relaciones Derecho internacional - Derecho interno y las tesis monistas o dualistas al respecto. Que es a partir de la época que se inicia tras la Segunda Guerra Mundial cuando vuelve a aflorar la preocupación por hallar fundamentos superiores a la voluntad de los Estados para quedar oscurecida poco tiempo después. Finalmente, en los últimos tiempos han vuelto a suscitarse de nuevo las cuestiones sobre la fundamentación del Derecho internacional³⁰. En este sentido Weil, frente a algunos autores que pretenden que el problema del fundamento del Derecho internacional debía ser eliminado, estima que conserva toda su importancia y no sería justificado ocultarlo bajo el pretexto de su dificultad, aunque no haya una respuesta monolítica³¹.

²⁹ J. PUENTE EGIDO. *Lecciones...*, op. cit. pág. 152.

³⁰ Por ejemplo, el artículo del prof. Carrillo sobre el fundamento del Derecho internacional. Este autor ha percibido bien que en distintos estudios, aunque se ha prescindido de manera formal del fundamento del Derecho internacional, indirectamente han tenido que abordar la cuestión al apreciar las normas de «*ius cogens*» que son la afirmación más evidente de que el Derecho internacional no es producto exclusivo de la voluntad de los Estados (así en el *Curso de Derecho Internacional Público* de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros) y que suponen un límite a la libertad de los mismos (así el *Derecho Internacional* de A. REMIRO BROTONS y otros). J.A. CARRILLO SALCEDO. *El fundamento...*, op. cit., págs. 14-16.

³¹ P. WEIL. *Op. cit.* pág. 81. En cambio Pastor Ridruejo opina que el tema de la fundamentación metafísica atrae menos la atención de autores. J.A. PASTOR RIDRUEJO. *Op. cit.*, pág. 52.

Ahora bien, el problema de la fundamentación del Derecho está íntimamente vinculado a la persona humana (por más que el Derecho internacional regule predominantemente relaciones entre Estados (macro-andros)). El destinatario último de toda regla jurídica es en última instancia el hombre y a esta exigencia no puede substraerse de modo absoluto y radical el mismo Derecho internacional, por interestatal que haya sido en sus planteamientos y aún hoy continúe siéndolo.

Por eso, la historia del pensamiento nos muestra el eterno retorno a la ocupación por las cuestiones básicas que afectan al hombre y su entorno³². Más que retorno, podríamos decir que estas cuestiones nunca se han abandonado, estaban siempre latentes, aunque en los distintos momentos históricos se manifiestan con mayor o menor fuerza.

Esas preocupaciones no son sólo teóricas, de la doctrina, sino que se reflejan en las distintas decisiones judiciales. Una visión de los conceptos jurídicos suministrados y adoptados por la Corte internacional nos permite apreciar, además del valor de su actividad y la influencia de sus decisiones, una determinada concepción del ordenamiento jurídico internacional y sus normas tal y como han sido aplicadas.

En esas decisiones, los problemas, según el asunto de que se trate y la composición del mismo Tribunal, pueden tener respuestas diferentes; pero viéndolas desde una cierta perspectiva se podría afirmar que se percibe en ellas una línea de evolución que camina hacia la superación del consensualismo en el Derecho internacional; más claramente, hacia la superación de un Derecho internacional que fuese fruto únicamente de la voluntad expresa o tácita de los Estados.

Algunos tratadistas han aceptado que en la jurisprudencia del TIJ se había iniciado una nueva orientación frente a la anterior del TPJI

³² H. ROMMEN, cuando se refiere al retorno al Derecho natural, termina el capítulo diciendo que constituye una nueva prueba de «su eterna capacidad de resurrección». *Derecho natural. Historia-Doctrina*. México, 1950, pág. 126. También lo menciona A. TRUYOL. *Theorie du droit international public*. RCADI, 1981, IV, pág. 143.

simbolizada en el asunto del Lotus, pero, quizás, no es más que una nueva presentación de una evolución que había comenzado tiempo atrás. Esa línea de evolución no era sólo una consecuencia del desencadenamiento de penosas situaciones y circunstancias históricas y su deseo de evitarlas en el futuro sino que existía un pensamiento doctrinal, bien que no uniforme, que unas veces con más precisión, otras oscurecido, indicaba ese camino.

6. MOMENTO DECISIVO DE LA NUEVA ORIENTACIÓN. CREACIÓN DE UN TRIBUNAL INTERNACIONAL DE CARÁCTER PERMANENTE

Esa etapa había comenzado en el momento en que la Comunidad internacional toma conciencia de sí misma, de su unidad. Esa vivencia, primero sociológica y psicológica se traslada luego al Derecho.

La sociedad anárquica internacional había evolucionado hasta ser propiamente una «comunidad». Había tomado conciencia de su unidad³³. Era el momento propicio para constituir la primera Organización internacional de carácter universal que resaltase ese hecho (aunque ya existían otras que aglutinaban a los principales Estados occidentales). Tampoco se produce por casualidad la creación del primer Tribunal de justicia de carácter permanente. Es, a su vez, fruto de ese desarrollo y unidad de la sociedad internacional.

Es bien sabido que la idea de la creación de un Tribunal permanente no surge por primera vez en 1920 —procedía de la Convención XIII de la Conferencia de La Haya de 1907, que fracasa— y fue, en parte, recogida con la creación del Tribunal Permanente de Arbitraje. Pero con el nacimiento del TPJI es cuando, por primera vez, aparece en la historia, una instancia judicial en sentido propio, como: órgano judicial e instancia judicial permanente. A su vez, su labor permitió la consolidación del conjunto normativo internacional como ordenamiento jurídico y como sistema.

³³ TH. RUYSEN. *La société internationale*. París, 1950, cap. I, págs. 1 y sigts. y luego, pág. 114. Vid. también, P. REUTER. *Institutions internationales*. París, 1962, págs. 77 y sigts.

Se puede considerar que la labor del Tribunal Permanente, que en algunos aspectos es continuadora de la obra de tribunales anteriores marca el comienzo de una nueva etapa. De su propia existencia se derivan ya determinadas consecuencias. La idea misma de la creación de un Tribunal permanente sería contradictoria con el puro consensualismo; indica que existen normas objetivas que deben ser aplicadas por aquél. Queda manifiesto en las decisiones de la Corte Permanente, así cuando afirma que ella es el órgano del Derecho internacional, como en la S. de 25 de mayo de 1926 sobre ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia³⁴ y añade en la 12 de julio de 1929 sobre los créditos federales brasileños que por tanto debe conocer este Derecho y aplicarlo si cabe de oficio³⁵.

Ese es el sentido, quizás, por el que se ha modificado la primera parte del art. 38 del Estatuto del Tribunal internacional. En el de 1920 se decía: «La Corte aplica...». Al actual se le ha añadido: «La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho internacional, deberá aplicar...». Se resalta en esa frase la existencia de normas objetivas internacionales que debe conocer y aplicar. La relación del art. 38 con el art. 36 del mismo Estatuto, podría llevar a afirmar que si el Tribunal no puede decidir conforme al Derecho internacional no se declararía competente³⁶.

Ciertamente la necesidad y las preocupaciones por un ordenamiento jurídico objetivo estaban latentes, —la doctrina clásica ya había detectado y expuesto las reglas más generales que deben regular los comportamientos de los Estados—, y afloraron cuando el Tribunal se convierte en institución permanente. Probablemente nadie tuvo conciencia de la dimensión que podía alcanzar ese proyecto de permanencia. El propio Tribunal lo fue descubriendo al paso de su tarea concreta.

³⁴ CPJI. Serie A n.º 7, pág. 19.

³⁵ CPJI. Serie A n.º 21, pág. 124.

³⁶ Esta es una idea sugerida por la lectura de distintas sentencias y opiniones disidentes. Desde un punto de vista teórico y abstracto, el problema tiene una gran dimensión. *Lex materialis fori* es el Derecho internacional. Otra cosa iría en contra del orden público procesal de la propia Corte, lo que implica que el principio dispositivo de las partes en la fijación del Derecho aplicable está limitado.

La existencia de un orden jurídico supone en sí mismo regulación y limitación a sus sujetos. El Derecho internacional se conforma, pues, como un sistema jurídico general, con tendencia a la coherencia y no como normas particulares basadas en la voluntad individual de los Estados. La obra codificadora emprendida paralelamente por los organismos internacionales, la constitución de una Comisión de Derecho internacional con esa función, descansa asimismo en la aceptación de la existencia de un orden jurídico objetivo que puede ser sistematizado, como sucedió en el ámbito del Derecho interno.

El Tribunal, en sus dos etapas —la evidente continuidad de su jurisprudencia suele estar resaltada por el actual al apelar con frecuencia a decisiones del primero³⁷—, ha hecho un desbroce inicial de esa objetivación en el desempeño cuidadoso de su función jurisdiccional. No es institucionalmente considerado el órgano judicial de la Comunidad internacional, pero si bien se mira, en su modo de proceder, en la dimensión de sus decisiones y en la objetivación de ese Derecho que aplica, se transformó pronto de hecho en algo equivalente.

De ahí la riqueza de sus decisiones y el análisis de las mismas como una manifestación de esa idea profunda de que el Derecho internacional, como cualquier otro Derecho, necesita un fundamento que supere la voluntad de los sujetos.

Decía un internacionalista de los años 30, que el Derecho internacional que había comenzado a existir a partir de la voluntad de los

³⁷ Por ejemplo:

En el asunto *Nottebohm* el Tribunal se remite al CPJI, serie A, n.º 2, pág. 12 (*Concesiones Mavrommatis*) y serie A/B, n.º 20-21, pág. 17 (Se refiere al asunto sobre el pago de diversos créditos serbios emitidos en Francia) CIJ. Rec. 1955 pág. 24.

En el de la Plataforma del Mar del Norte, además de la referencia al frecuentemente aludido asunto del *Lotus*, CPJI serie A, n.º 10 pág. 28, se remite también a la ordenanza sobre las zonas francas, CPJI, serie A, n.º 22, pág. 13, y a la opinión consultiva sobre el tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia, CPJI, serie A/B, n.º 42, pág. 116. CIJ. Rec. 1969, par. 78 y 87.

O bien, en el asunto de la *Barcelona Traction* se acude al CPJI, serie A/B n.º 76, pág. 16 (ferrocarril *Panevezys-Saldutiskis*) CIJ, 1970, par. 35.

Estados, marchaba hacia la conquista de una existencia propia y autónoma³⁸. Esta es la línea de progreso que detecta la evolución del Derecho internacional.

En resumen, si en su primitivo origen, en virtud de la anarquía de la sociedad internacional, tuvo un papel esencial el consentimiento del Estado en la creación del Derecho internacional, eso está hoy, en parte, superado por la existencia de un orden objetivo. Aunque todavía quedan importantes aspectos en manos de los Estados; uno de ellos es, precisamente, el sometimiento a la jurisdicción del Tribunal internacional que sigue siendo voluntaria.

7. CONSECUENCIA: SIN NEGAR LA IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO PARA EL COMPROMISO CONCRETO, SE PUEDE APRECIAR LA EXISTENCIA DE DETERMINADOS LÍMITES

Esta consideración se despliega en diferentes aspectos del Derecho internacional.

a) El Derecho internacional y la realidad internacional, como toda institución viva, están permanentemente en evolución³⁹. La vida es cambio. Se está en cada nuevo instante siendo algo distinto del que se era (decía Ortega sin ser nunca definitivamente «sí mismo»), pero los principios que se han confirmado como esenciales permanecen.

Hoy la sociedad jurídica internacional es una realidad. Aunque sea muy imperfecta y poco cohesionada a causa de las distintas tradiciones, valores culturales y desarrollo de sus componentes además de los intereses encontrados entre sus sujetos. Ciertamente no ha logrado alcanzar la seguridad jurídica que los Derechos internos garantizan, pero también es cierto que no todos los sistemas jurídicos de los Estados la logran con igual eficacia.

³⁸ S. SÉFÉRIADES. *Principes généraux du droit international*. RCADI, 1930, IV, pág. 193.

³⁹ Como decía Bourquin en 1931 en el comienzo de su Curso en La Haya: «Es una banalidad decir que el Derecho internacional está en plena transformación». M. BOURQUIN. *Règles générales du droit de la paix*. RCADI 1931, I, pág. 5.

Afirmaba Cavaglieri ya en 1929:

«Hemos remarcado que la sociedad jurídica internacional ha llegado a ser una realidad cuando las relaciones entre Estados han perdido su antiguo carácter puramente contractual por la aceptación común de algunas reglas de orden general»⁴⁰.

b) Aunque sabemos que el Derecho es una tarea humana colectiva, una de las cuestiones que más difícilmente suelen ser comprendidas es que el Derecho internacional esté tan vinculado a la creación consuetudinaria de las normas, al imperio de la facticidad. El patrón con el que, normalmente, nos enfrentamos al conocimiento del Derecho internacional es el que trasladamos de los Derechos internos con normas bien perfiladas, concretas y precisas; se ha olvidado el origen primero de las principales que estructuran el sistema jurídico interno. En cambio, el Derecho internacional sigue estando hoy día vinculado a esa forma de creación, de tal manera que las reglas internacionales generales son de base consuetudinaria.

A este propósito es oportuno recordar aquí las reflexiones de Ortega y Gasset acerca de los usos sociales, que Recasens⁴¹ después utilizó en su filosofía del Derecho y que en el Derecho internacional nos pueden servir para esclarecer mejor el mecanismo de creación de las normas consuetudinarias; permiten aquellas captar ese sutil juego de las minorías que imponen a la mayoría determinadas reglas de comportamiento aún cuando aparece como comportamiento general. A ese fenómeno lo denomina «vigencia colectiva» y considera que es el más importante de la sociología y, a través de ella, de la historia⁴².

Las reglas generales únicamente se forman si se basan en comportamientos dotados de racionalidad y necesidad para constituirse en elementos rectores de la sociedad y servir de base al ordenamien-

⁴⁰ A. CAVAGLIERI. *Règles générales du droit de la paix*. RCADI, 1929, I, pág. 327.

⁴¹ L. RECASENS SICHES. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. México, 1959, págs. 199 y sigts.

⁴² J. ORTEGA Y GASSET. *El hombre y la gente*. Obras completas, VII. Madrid 1964, págs. 224 y sigts.

to jurídico internacional. Por eso mismo se imponen a los Estados que no han participado en su nacimiento.

En última instancia, estas reglas necesitan estar fundadas en valores que deben ser exigidos jurídicamente. En una idea de Derecho que es anterior y las legitima. La idea del orden jurídico universal. Esa «idea» de Derecho es la base de toda comunidad jurídica⁴³.

c) Los tratados están, asimismo, encuadrados dentro del ordenamiento jurídico internacional que regula su validez; deben tener un objeto posible y un contenido lícito en función de la conciencia jurídica de sociedad internacional. No son meras reglas de poder —aunque coyunturalmente algunas puedan serlo— sino aquellas encaminadas a realizar una comunidad racional y ética. Éstas son las que permanecen.

La fuerza de obligar de los mismos descansa en última instancia en el Derecho internacional general. De ahí la afirmación de Kelsen acerca de que el Derecho derivado de los tratados tiene carácter secundario⁴⁴. Por eso, algunos tratados, en función de la densidad de las normas que encierran, siendo todos jerárquicamente iguales, prevalecen sobre otros, como los de regulación de las vías marítimas o fluviales, el Estatuto de la Corte o la Carta de las Naciones Unidas. Cuestiones éstas que han sido suscitadas en distintos asuntos, como fueron el de la jurisdicción de la Comisión Internacional del Oder⁴⁵, en el asunto de la zonas francas de la Alta Saboya y el país de Gex⁴⁶, o en el asunto Oscar Chinn⁴⁷, o bien en la opinión consultiva sobre la reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas⁴⁸, entre otros.

Cuando las convenciones del siglo XIX que prohibían el tráfico de esclavos pactaban el derecho de visita, estaban, implícitamente, declarando ese tráfico inhumano, como un comportamiento inmoral

⁴³ A. VERDROSS. Op. cit. pág. 16.

⁴⁴ H. KELSEN. *Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis*. RCADI, 1932, IV, pág. 131.

⁴⁵ CPJI, serie A n.º 23.

⁴⁶ CPJI, serie A, n.º 24 y serie A/B n.º 46.

⁴⁷ CPJI, serie A/B, n.º 63.

⁴⁸ CIJ, Rec. 1949, pág. 179.

para la conciencia ético-jurídica de una sociedad moderna. Algo semejante podría decirse hoy de la prohibición del uso ilícito de la fuerza en las relaciones internacionales o de comportamientos que supongan tratos inhumanos o degradantes o últimamente en la prohibición de las minas antipersona. Como afirmaba Lauterpacht, el Derecho internacional no puede dejar de tener en cuenta un principio general de Derecho inevitable según el cual no puede devenir en instrumento de inmoralidad⁴⁹.

d) Un sistema jurídico no puede existir sin unos principios básicos que orienten el comportamiento. Esa función la han desempeñado los principios generales y la aplicación que de ellos ha hecho el Tribunal internacional. Han permitido encuadrar el consentimiento voluntario de tal manera que éste debe encontrar el límite y desarrollo dentro de aquéllos.

Por eso, la superación del voluntarismo es más evidente en la formulación de los principios generales del Derecho internacional. Estos principios son fuente autónoma, independiente. No son producto de la voluntad del Estado sino que son expresión de los conceptos más elevados del ordenamiento jurídico, buena fe, *pacta sunt servanda*, la idea de justicia, humanidad y los derivados de instituciones internacionales básicas. Se presentan como elementos insustituibles y necesarios para la aplicación de las reglas internacionales. Su papel dinámico e iluminador permite colmar la aplicación de normas internacionales incompletas. Algunos de ellos, los fundamentales, estructurales y la mayoría de los principios generales del Derecho son inderogables. En la medida en que son Derecho en vigor, vinculados a una concepción general del Derecho, estos principios son parte integrante del denominado Derecho internacional común, con el mismo título que la costumbre.

Los principios fundamentales han demostrado ser válidos para sustentar los cimientos del edificio jurídico internacional. Ellos permiten el progreso de este Derecho mediante una ordenación del comportamiento de sus sujetos, sobre todo de los principales, basada en criterios objetivos y no en razones de oportunidad o conve-

⁴⁹ E. LAUTERPACHT. *Règles générales du droit de la paix*. RCADI, 1937, pág. 306.

niencia. Establecen reglas jurídicas y éticas de comportamiento que impide el abuso o la aplicación indebida de reglas convencionales o consuetudinarias.

Como ejemplo jurisprudencial significativo podemos recordar el asunto sobre la toma de aguas de la Meuse planteado entre Bélgica y los Países Bajos; este país acusaba a Bélgica de haber construido una esclusa que afectaba al régimen convencional sobre la toma de aguas de la Meuse. Por su parte, Holanda había construido otra esclusa que no había sido objeto de discusión. El Tribunal considera que en estas condiciones no se puede admitir la reclamación holandesa cuando ella había realizado un comportamiento semejante⁵⁰. Es aplicación del principio «*inadimplenti non est adimplendum*». Resaltaba el juez Anzilotti que: «Es un principio tan justo, tan equitativo, tan universalmente reconocido que debe ser aplicado en el ámbito internacional»⁵¹.

En otra sentencia de 1927 sobre la competencia del Tribunal en relación con uno de los asuntos sobre Chorzow, afirmaba el Tribunal que una parte no puede alegar el incumplimiento por otra de una obligación cuando ha sido el comportamiento de aquella, contrario a Derecho, la que lo ha impedido⁵². Polonia argumentaba que los interesados no habían acudido a los tribunales para obtener la reparación por la desposesión de sus Sociedad, cuando esa desposesión se hizo sin notificación, lo que impedía que pudieran acudir a los tribunales y en abierta violación de la Convención de Ginebra.

Este principio ha dado después un gran juego en el desarrollo de la jurisprudencia comunitaria para deducir las consecuencias que se pueden derivar de la no ejecución y desarrollo de las directivas por los Estados miembros⁵³.

⁵⁰ CPJI, serie A/B, n.º 70, pág. 25.

⁵¹ CPJI, serie A/B, n.º 70, pág. 50.

⁵² CPJI, serie A, n.º 9, pág. 31.

⁵³ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo ha manifestado en diferentes decisiones. Así en la S. 26 de febrero de 1986, apart. 48 y 49, sobre el asunto Marshall (I) relativo a la igualdad de condiciones de trabajo entre el hombre y la mujer. En la S. 14 de julio de 1994, sobre el asunto Faccini Dori, relativo al examen y devolución de mercancías, afirma el efecto vertical de la directiva aunque no reconoce el efecto horizontal (apart. 22 y 26), si bien sería

Los principios son, pues, una clara afirmación de la fuerza obligatoria de otras fuentes de obligación que la voluntad de los Estados.

e) Por último, un sistema jurídico no puede olvidar los criterios con los que las normas deben ser aplicadas a la realidad concreta. De ahí la importancia de la interpretación de las normas previa a su aplicación.

La interpretación de las normas internacionales está basada en reglas objetivas, independientes, elaboradas ya por los internacionistas clásicos y consolidadas por la jurisprudencia. Son instrumentos necesarios, utilizados por los tribunales internacionales desde sus primeros momentos. En la aplicación que de estas reglas ha hecho el Tribunal se manifiesta la discrecionalidad, la libertad de los jueces para utilizar aquellas que considera más apropiadas para su tarea, por lo que la función judicial se presenta en su verdadera dimensión. Muchas de estas reglas hoy están recogidas en la Convención de Viena de 1969. Se podría decir que son reglas constitucionales para el ejercicio de la función judicial.

Las reglas de interpretación también han ido experimentando una evolución en la jurisprudencia de la Corte. Desde una búsqueda preferente de la voluntad de las partes en su primera sentencia de 1923 sobre el asunto del vapor Wimbledon, hacia la preocupación por la finalidad de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas a la amenaza o el empleo de la fuerza, manifestada en la opinión consultiva de 1996 sobre la licitud de la utilización de las armas nucleares⁵⁴.

posible, afirma, la reclamación de daños y perjuicios al Estado incumplidor (apart. 27); como ya lo había declarado en la S. 19 de noviembre de 1991, asunto Francovicht (I), relativa a la protección de trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Finalmente en la S. 8 de octubre de 1996 (asunto Dillenkofer) se establecen las diferentes condiciones que deben concurrir para declarar la responsabilidad del Estado.

⁵⁴ El objeto y fin del tratado tuvo, como se sabe, una especial significación para la interpretación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio, en la opinión consultiva solicitada al Tribunal acerca de la posibilidad o no de admitir reservas a la misma. CIJ. Rec. 1951, pág. 24. Hoy este criterio ya está considerado regla general de interpretación e incorporado

Las interpretaciones más superadoras son las formuladas por el Tribunal en opiniones consultivas. Precisamente el recurso al objeto y fin del tratado junto al efecto útil ha permitido al Tribunal decisiones que sobrepasan la misma intención de las partes. Podemos concretar, entre ellas, la opinión consultiva sobre la reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas:

«Los derechos y deberes de una entidad como la Organización deben depender de los fines y funciones de ésta, enunciados o implicados por su acto constitutivo y desarrollados en la práctica»⁵⁵.

Lo que le permite, en consecuencia, hacer una aplicación extensiva de las competencias de la Organización que contiene la doctrina de los poderes implícitos:

«Hay que admitir que sus Miembros, al asignarle determinadas funciones, con los deberes y responsabilidades que le son anejas, le han conferido la competencia necesaria para permitirle desempeñar sus funciones... Según el Derecho internacional, la Organización debe ser considerada como poseedora de aquellos poderes que, aunque no estén expresamente enunciados en la Carta, son, por una consecuencia necesaria, conferidos a la Organización como esenciales para el ejercicio de sus funciones»⁵⁶.

8. COMPORTAMIENTO NORMAL DE LOS ESTADOS RESPECTO AL DERECHO INTERNACIONAL

No podemos dejar de mencionar que la experiencia práctica muestra el cumplimiento normal de las reglas internacionales por parte de los Estados. Salvo excepciones, como en cualquier otro sistema jurídico, los Estados cumplen las obligaciones que les vinculan. Lo que sucede es que algunos incumplimientos, como producen consecuencias tan graves y generales, son inmediatamente percibidos por los componentes de la sociedad internacional y por la opinión pública a través de los medios de comunicación, por lo que

en el art. 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

⁵⁵ CIJ, Rec. 1949, pág. 180.

⁵⁶ CIJ, Rec. 1949, págs. 179 y 183.

crean una sensación de inseguridad general. Sobre todo, y eso es aún así, porque los mecanismos de control y de sanción son deficitarios.

Son muchos los autores que señalan este comportamiento usual de los Estados⁵⁷. El razonamiento que algunos aducen para comprender esa observancia que califican de «espontánea» es que ello es lógico puesto que la norma internacional es consentida y cuando hay incumplimiento es porque no ha habido auténtico consentimiento o bien utilizan la cláusula de reserva como la concebía Kaufmann⁵⁸. Esta explicación no parece tanto justificación como presentación de las deficiencias que ofrece un Derecho internacional de signo exclusivamente consensual. Por otro lado, difícilmente se puede calificar de «espontáneo» lo que es entendido expresamente como «voluntario».

Se ha reflexionado por la doctrina que los Estados, en ocasiones, pretenden presentar el posible cumplimiento o incumplimiento, más este último, de sus obligaciones internacionales de tal manera que propiamente resulta una manipulación⁵⁹. Hay que notar, por tanto, que a ese comportamiento se le califica de «manipulación» o si se quiere de «abuso». Significa que la regla existe y tiene un contenido objetivo; lo que se produce es, pues, una utilización interesada y egoísta del Estado que no se ajusta en verdad a la norma. Esto tampoco es nuevo ni privativo del ámbito de las relaciones internacionales. La manipulación interesada del Derecho al servicio de la política se presenta también en el marco del Derecho interno.

⁵⁷ Así C. GUTIÉRREZ ESPADA. *Derecho Internacional Público*. Madrid 1995, págs. 60 y sigs.

⁵⁸ Consideraba este autor que la cláusula *rebus sic stantibus* recogía un derecho fundamental de los Estados. En consecuencia: «El acto de autotutela no es antijurídico». E. KAUFMANN. *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*. Tübingen, 1911, pág. 200.

⁵⁹ Dice Carrillo al respecto, refiriéndose a la apreciación de Gutiérrez Espada acerca de los comportamientos de los Estados ante las reglas jurídicas internacionales, que: «No es menos cierto que igualmente prueban que el Derecho internacional puede ser manipulado por los Estados». J.A. CARRILLO SALCEDO. *El fundamento..., op. cit.*, pág. 18.

9. CONCLUSIÓN FINAL. LÍNEA DE PROGRESO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Volvamos a la idea del comienzo sobre el escepticismo acerca del funcionamiento y de la misma existencia del Derecho internacional. Si la sociedad internacional es contradictoria y confusa, es normal que esas carecias se reflejen en su Derecho.

Aunque, como dice Pastor Ridruejo⁶⁰ los interrogantes que se plantean sobre la validez y eficacia del Derecho internacional suelen estar más en su vertiente histórico-sociológica que en el ámbito de la fundamentación, realmente el problema se centra en la comprensión filosófico-jurídica del sistema internacional; así como también en la aceptación de los condicionamientos que la sociedad internacional, tal y como hoy todavía se muestra, impone a este Derecho y que se reflejan en la imperfección del ordenamiento⁶¹. Igualmente hay que reconsiderar cómo, este sistema jurídico, visto en perspectiva, ha ido desarrollando, progresando y consolidando aspectos jurídicos de gran importancia⁶². Cómo, en los momentos actuales, la realidad efectiva, si no representa la justicia adecuada, se impone con más dificultad, y, por el contrario, se abren cauces y líneas para la modificación de esa realidad⁶³. Los cambios se terminarán produciendo, como así ha sucedido en épocas anteriores, unas veces más rápida-

⁶⁰ J. A. PASTOR RIDRUEJO. *Op. cit.*, pág. 52.

⁶¹ En este sentido se puede comprender la opinión que expresaba De Visscher en 1960 y que hoy día sigue siendo igualmente válida, y es que tanto el jurista como el sociólogo ponen en duda la validez social de la actual distribución de poder entre los Estados. CH. DE VISSCHER. *Théories et réalités en droit international public*. París, 1960, pág. 147.

⁶² Entre los acontecimientos que, en opinión de Weil, han influido en el Derecho internacional, destaca la sustitución del modelo de Westfalia caracterizado por la fuerza como principal fuente de legitimación por el modelo de la Carta de las Naciones Unidas que niega legitimidad al recurso de la fuerza. P. WEIL. *Op. cit.*, pág. 28.

Esta apreciación, tiene el mérito de presentar con claridad una línea de evolución, pero en su simplicidad olvida las situaciones intermedias y muchas veces contradictorias, en todos esos siglos, de la sociedad internacional y el Derecho que la regula que han ido procurando o permitiendo ese cambio.

⁶³ Así la prohibición del recurso a la fuerza y la incidencia de este principio en el actual conflicto de Oriente Medio.

mente que otras, pero sólo serán duraderos y adecuados en la medida en que respondan a la idea del Derecho internacional, a la idea de Derecho⁶⁴.

Si esta idea de Derecho se implanta, la eficacia no tardará en establecerse con la aceptación de la sociedad internacional⁶⁵, que termina comprendiendo —como lo ha manifestado el progreso de toda sociedad— que, por encima de los intereses particulares, egoístas, que dan lugar a reglas coyunturales, están los intereses de toda la sociedad que se traducen en principios jurídicos y que son los que permiten el desarrollo de la misma y del Derecho que la regula.

La dificultad fundamental sigue estando, como había manifestado Brierly⁶⁶ en la soberanía de los Estados. Hay que encontrar la medida para que el Derecho internacional ejerza un control sobre ellos y pueda delimitar eficazmente sus competencias. Esa dificultad también la tuvieron que superar los Derechos internos; problema importante ha sido siempre el control jurídico y político del detenta-

⁶⁴ Esta idea de Derecho es, desde luego, evolutiva, en la medida en que se perciban nuevos valores o se profundice en los conocidos.

⁶⁵ Weil ha detectado y mostrado la posición cambiante de los Estados, cuando en función de sus intereses, varían de opinión y se adscriben a corrientes voluntaristas u objetivistas. Prueba de lo que antes hemos mencionado como manipulación del Derecho y del pensamiento. P. WEIL. *Op. cit.*, pág. 50.

La implantación de reglas objetivas, y no coyunturales, que descansen en la idea de Derecho, daría menos juego a las manipulaciones, o en todo caso «el juego» quedaría en evidencia.

De todas formas, no conviene olvidar la importancia de los intereses. Por eso es conveniente demostrar que esas reglas objetivas terminan redundando en «interés» de todos y no sólo de unos pocos, que pueden ser cambiantes, como manifestaba el mismo Weil.

Este mismo autor, precisamente reproduce la respuesta que L. HENKIN, en su curso general de La Haya (RCADI, 1989, IV, pág. 71) daba a la pregunta de por qué los Estados respetaban el Derecho internacional. Entendía que no era por masoquismo, sino porque en ello encuentran ventajas. Interesa, decía, a cada uno de los miembros de la sociedad internacional vivir en un marco ordenado y estable. El Derecho internacional ha nacido y se ha desarrollado a fin de asegurar la coexistencia entre Estados y hacer posible la cooperación.

⁶⁶ J.L. BRIERLY. *Règles générales du droit de la paix*. RCADI, 1936, IV, pág. 219.

dor de la soberanía. Esperamos que asimismo se logre en el Derecho internacional.

* * *

El consentimiento de los Estados que ha servido de base para la creación del Derecho internacional, es insuficiente para explicar la razón por la que ese mismo consentimiento es básico y vinculante. La fundamentación del Derecho internacional descansa en criterios objetivos y no en la voluntad de los Estados. Existen, además, reglas y principios que los condicionan y en cierto sentido los limitan. Tales normas y principios, que desde siempre forman parte integrante del ordenamiento jurídico internacional, se han desarrollado al compás del perfeccionamiento de este sistema. Mejor aún han sido motor y vehículo de evolución de la sociedad internacional y hoy siguen marcando las líneas de progreso del Derecho internacional.

El Derecho internacional camina hacia una modulación y matización del consentimiento de los Estados de la misma manera que los sistemas jurídicos internos han ido evolucionando hacia una limitación del poder del titular del Estado, en su etapa actual simbolizada por la separación de poderes y control de los mismos.

En el Derecho internacional estamos todavía lejos de esa situación y no tiene por qué establecerse de la misma manera, pero el principio del que se parte es el mismo y lo es también la trayectoria hacia la que se encamina, esto es, la limitación del poder del Estado y establecimiento de reglas objetivas. Hoy, en el Derecho internacional se van abriendo distintas vías que conducen a ese objetivo: La protección universal de los Derechos humanos fundamentales; los principios estructurales recogidos en los primeros artículos de la Carta de las Naciones Unidas; la creciente interdependencia entre los países que lleva a una mayor y más profunda solidaridad entre los pueblos; finalmente, junto a la anterior, esa noción tan actual de globalización, tanto en la percepción de los problemas como en su reacción frente a los mismos. Todo ello, permite apreciar que el Derecho de la sociedad internacional ha adquirido rasgos institucionales que obligan a una revisión de ese consensualismo.

Esta línea de progreso del Derecho internacional está, pues, claramente definida: La superación de un Derecho de base contractual,

tributario del consentimiento de los implicados y la construcción de un orden jurídico objetivo fundado en principios de justicia y racionalidad.

Este trabajo es, por tanto, una afirmación optimista del desarrollo del Derecho internacional a pesar de sus deficiencias. Ante las crisis del Derecho internacional⁶⁷ debemos recordar lo que decía Kant en la paz perpetua:

«El derecho de los hombres ha de ser mantenido como cosa sagrada por muchos sacrificios que le cueste al poder dominador. No caben aquí componendas; no cabe inventar un término medio entre el derecho y el interés (provecho), un derecho condicionado en la práctica. Toda la política debe inclinarse ante el Derecho, así se (pero, en cambio) puede abrigar la esperanza de que, si bien lentamente, llegará un día en que brille con inalterable esplendor»⁶⁸.

⁶⁷ Las crisis se producen, no infrecuentemente, por el desfase entre lo que la misma sociedad entiende que «debería ser» (Sollen) y lo que «es» (Sein), más propiamente muchas veces, lo que permiten que sea aquellos que la dominan.

⁶⁸ KANT, E. *La paz perpetua*. Madrid, ed. Espasa-Calpe, págs. 149-50. He modulado alguna expresión que recoge mejor la idea.