

CUANDO LA FE NO PUEDE MOVER MONTAÑAS: CUESTIONANDO LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*

Carlos Zelada Acuña**

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de estos años he podido comprobar con singular desazón que en reiteradas ocasiones la crítica ha venido exigiendo un alto rango de precisión y certeza a ciertas ramas del conocimiento humano sin mayor razón o fundamento que la mera duda. Y es que aún en nuestros días de cómoda postmodernidad, determinadas porciones del conocimiento humano y de la investigación continúan rodeados de un halo de escepticismo y hasta de patología, precisamente por no contar –se supone– con un nivel de precisión y exactitud al más puro estilo de las ciencias matemáticas o las ramas más precisas del campo de las Humanidades.

De comienzo a fin, estos sectores se encuentran viciosamente condenados a justificar la validez inicial de sus postulados y acciones así como su utilidad y eficacia, como si gozaran de una suerte de maldición que los sindicase siempre como “primitivos” o en el mejor de los casos en estado de lenta y retardada evolución. La Filosofía es quizás uno de los mejores ejemplos en relación con las maneras particulares de pensar más achacadas por esta percepción de lentitud. El fenómeno de lo jurídico tampoco ha escapado a esta particular visión.

Creo que a todos nos parecerá bastante obvio que hoy resultaría bastante osado cuestionar la validez o la existencia misma del fenómeno del Derecho y de algunas de sus principales ramas; sin embargo, no puede aceptarse esta afirmación de modo absolutamente categórico. Muy pocos se atreverían hoy a cuestionar la existencia del Derecho Civil, el Derecho

Suele pensarse que las normas jurídicas se caracterizan por su carácter obligatorio, el cual presupone la existencia de una autoridad capaz de exigir su cumplimiento, incluso a costa de la fuerza. En otras palabras, es parte esencial del Derecho la posibilidad de coaccionar a aquéllos que pretende regular.

En tal sentido, ha sido frecuente la negación del carácter jurídico de las normas que integran el Derecho Internacional Público, pues en él no existe una autoridad capaz de condenar las violaciones de las que son objeto dichas normas y de hacer cumplir su decisión.

En el presente artículo, el autor nos ofrece una interesante reflexión sobre las normas de Derecho Internacional y de las características propias de este Derecho, permitiéndonos responder muchas de las interrogantes que se presentan cuando nos aproximamos al estudio del Derecho de Gentes.

* A Nina Balmaceda y Liz Salmón, con la más ferviente admiración y respeto. Y a Thomas Thorndike, por su lealtad y confianza.

** Bachiller en Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú.

Penal o Derecho Tributario a partir de la frecuencia en los incumplimientos contractuales, la comisión de homicidios o los altos índices de evasión tributaria; quien lo hiciera, sin duda sería tildado de poco serio en su afirmación –por no hablar de su prestigio–. Sin embargo, la seguridad en relación con estas afirmaciones se pierde de modo bastante sencillo cuando se tratan temas vinculados al Derecho Internacional Público.¹ Y es que al Derecho Internacional le acompaña siempre una ineludible necesidad de “justificarse sin cesar”, de liberarse de la sospecha que pone en tela de juicio su carácter jurídico. Apuntaba así hace algunos años el profesor Virally que:

“La opinión más comúnmente aceptada, tanto por los juristas como por el público, caracteriza al Derecho Internacional ante todo por sus “fallas”, de las cuales las más notorias son la falta de un legislador y, más aún, la inexistencia de un juez capaz de condenar todas las violaciones de las que es objeto este derecho y de hacer cumplir sus decisiones”.²

Quizás lo más grave es que en realidad han sido los propios abogados y juristas quienes han contribuido de modo decisivo a la creación, crecimiento y difusión de esta parcial y deforme percepción. Sin duda alguna el alto nivel de “promoción” mediante la televisión y el Internet de las situaciones de crisis en las que el Derecho Internacional se ha visto últimamente envuelto han acentuado más este escepticismo frente a su validez y eficacia; curiosamente, y como para dar un mayor acento a esta contradicción, el Derecho Internacional ha continuado en su segura –pero lenta- marcha ascendente. Como apuntara el profesor Truyol:

“[...] el Derecho internacional es en sí mismo problemático. Y lo es sobre todo en un doble aspecto: en primer término, en cuanto que, ante la frecuencia de los ataques de que ha sido y sigue siendo objeto, ha de reivindicar en todo momento su carácter jurídico; en segundo lugar, porque, aún admitido su carácter jurídico hay que buscarle un fundamento objetivo de validez que le asegure una auténtica obligatoriedad”.³

La cuestión entonces no resulta ociosa, ¿a qué se deben todas estas críticas?, ¿son acaso excesivas y erróneas, o gozan realmente de un fundamento razo-

nable?, ¿puede el Derecho Internacional superar estos impases?, ¿o realmente el derecho de gentes ha sido fundado sobre basamentos pantanosos que hacen insostenible la existencia de un orden internacional? El ejercicio teórico que sigue será entonces bastante arduo.

Al ir finalizando esta introducción quizás más de un lector me estará reprochando desde ya la falta de consecuencias prácticas de este ensayo. Debo sugerirle entonces que continúe con su lectura, pues pretendo demostrarle que estas consideraciones teóricas son la base misma de todo el universo práctico del Derecho Internacional. Le señalo tan sólo que lo que ocurre es que estos contactos entre la teoría y la práctica no son tan fácilmente perceptibles como aquéllos a los que nos tienen acostumbrados las cuestiones propiamente prácticas.

Tan decisiva entonces es la importancia práctica de estas consideraciones que si se pudiera resumir todo lo dicho bajo una sola pregunta fundamental, ésta sería la siguiente: ¿el derecho de gentes es eficaz?, o quizás algo todavía más vital: ¿existe el Derecho Internacional? Este breve ensayo pretende responder a estas interrogantes.

2. LAS APROXIMACIONES AL PROBLEMA.

Debo reconocer que existe en la opinión pública (y aun en respetables académicos) una creciente percepción de una suerte de irrespeto “natural” respecto de las normas internacionales, así como de una “manipulación” de las mismas por parte de aquéllos que se encuentran en posición de superioridad en el orden internacional vigente. Considero que esta visión es incompleta e injusta, no obstante que sea necesario reconocer que:

“De fácil vulgarización y aparente confirmación por el curso de los acontecimientos servidos hoy, en los hogares del mundo (desarrollado), entre plato y plato, por los medios de comunicación de masas, la doctrina ha sido –y es- popular”.⁴

No se ha reparado sin embargo que estas situaciones son “noticia” por su carácter eventual y extraordinario. En palabras del profesor Carrillo Salcedo⁵ esto

¹ En adelante, la expresión “Derecho Internacional”, sin otro calificativo, se utilizará para identificar al Derecho Internacional Público o Derecho de Gentes.

² VIRALLY, Michel. Sobre el presunto “carácter primitivo” del derecho internacional. En: VIRALLY, Michel. El devenir del derecho internacional. Ensayos escritos al correr de los años. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 104.

³ TRUYOL Y SERRA, Antonio. Fundamentos de Derecho Internacional Público. 4ª Edición. Barcelona: Tecnos, 1977, p. 39.

⁴ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Derecho internacional. México D.F.: McGraw Hill, 1997, p. 2.

⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. El fundamento del Derecho Internacional: Algunas reflexiones sobre un problema clásico. En: Revista Española de Derecho Internacional. Vol. 50, Nº 1, Enero-Junio 1998, p. 17.

genera el mismo efecto que produciría el pretender identificar a la ciencia médica con la enfermedad antes que con la salud; constituyéndose así una percepción bastante parcializada, tal como sería el pretender apreciar la validez del Derecho Penal, Constitucional o Civil –tan frecuentemente “violados”- de acuerdo con lo descrito en las páginas de los diarios y noticieros. Bien apunta el profesor Remiro que estos problemas –como veremos luego- corresponden al ámbito de la validez sociológica del Derecho antes que a la definición de lo jurídico.

Por ejemplo, ¿negaremos la existencia de un orden legal en Rusia, o en cualquier otra de las Repúblicas desventradas por la Unión Soviética, sólo porque en la transición del socialismo centralista al capitalismo neoliberal muchas de las reglas aún en vigor no se cumplen y nadie es capaz de imponer su cumplimiento? o, entre nosotros, los límites de velocidad o las prohibiciones de manejar un vehículo cuando se supera un determinado índice de alcohol, ¿acaso son ley sólo cuando se cuenta con la proximidad de un radar activo o con aparatos de medición de alcoholemia en manos de agentes acreditados?⁶

La conclusión frente a un argumento tan falaz es entonces bastante obvia. Existen sin embargo críticas más elaboradas. Mi intención entonces es buscar dar una respuesta a todo este amplio y heterogéneo grupo de críticas surgido a partir de las inquietudes de filósofos, políticos, estudiantes, periodistas y televidentes llenos de escepticismo. Para ello hemos agrupado los cuestionamientos realizados al Derecho Internacional en dos grandes segmentos: de un lado los que cuestionan la existencia misma del derecho de gentes, y del otro, los que cuestionan su eficacia. Buscaremos así intentar salvar estas dificultades, procurando ante todo dar un sentido completo a todo este cúmulo de críticas.

2.1 ¿EXISTE EL DERECHO INTERNACIONAL?

Si duda alguna la versión negadora del carácter jurídico ha sido la crítica alegada con mayor frecuencia en contra del Derecho Internacional a lo largo de los años. Una acelerada mirada por sus más destacados

cultores notará que entre sus filas aparecen autores de la talla y nombre de Maquiavelo, Hobbes, Spinoza o Hegel; lo cual nos hace pensar en el fondo, que esta posición no parece haber sonado tan descabellada –al menos en sus inicios-. Lo que puede señalarse en resumen de este grupo de autores es que todos enfocaron la crítica desde un punto de vista de negación absoluta del carácter jurídico de las reglas del Derecho de Gentes; aquí se encuentran entonces todos aquellos que consideraron necesario colocar en entredicho su verdadero carácter jurídico.⁷

La primera fase de esta visión enfocó el tema desde una perspectiva netamente filosófica, por ello no haremos un examen profundo de estas doctrinas en tanto este ensayo busca hallar respuestas a estos dilemas desde el propio Derecho Internacional. Quisiera situar al lector más bien en las versiones *post*-filosóficas de este movimiento. En éstas las críticas han ido convergiendo en un solo sentido: una visión unitaria del Derecho que hace incompatible al Derecho Internacional con el fenómeno jurídico.

Aunque suene demasiado obvio, postular la negación del Derecho Internacional sólo puede sostenerse bajo un presupuesto inevitable: rechazar la existencia de la sociedad internacional; recordemos aquello que reza el viejo adagio: *ubi societas, ubi ius*, por ende entonces *sic societas, sic ius*. Y ciertamente, en este punto de la historia de la humanidad negar la existencia de la sociedad internacional es bastante osado, por no decir inútil e infructuoso. Sin embargo, esto no era tan obvio hace algunos años, de allí la numerosa legión de negadores del Derecho Internacional entre quienes han destacado algunos de los nombres antes referidos. El problema habría sido superado entonces con la afirmación del orden internacional. Como hemos afirmado antes, no vamos a detenernos entonces en definir todo el grupo de posturas filosóficas formuladas en aquella etapa a ese respecto⁸. En ese sentido, sólo nos vamos a detener en lo que cabe afirmarse como la respuesta misma del Derecho Internacional a dicha crítica.

Según lo que por costumbre se cree y afirma, las normas jurídicas se diferencian de las sociales por el

⁶ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Loc. Cit.

No debe entenderse entonces que estas posiciones negaran la existencia misma de reglas a este nivel; al contrario, sí las afirmaron pero considerándolas como fórmulas de una suerte de pre derecho o derecho primitivo, o en el mejor de los casos como expresión de una moral internacional o “*comitas gentium*”.

⁸ Al respecto recomendamos revisar la célebre monografía de WALZ, Gustav Adolf. Esencia del derecho internacional y crítica a sus negadores. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1943. La obra original, titulada *Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner* se publicó en Stuttgart en 1930. Un completo resumen de estas posturas se recoge en el texto de TRUYOL Y SERRA, Antonio. Ob. Cit., pp. 40-83. También recomendamos revisar FERNÁNDEZ FLORES, José Luis. El problema de la existencia del Derecho Internacional. En: Revista Española de Derecho Internacional. Vol. 22, Nº 1, 1969, pp. 42-60, y MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Introducción al Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos, 1979, pp. 39-67.

carácter obligatorio que ostentan. Una obligación nacida de una norma jurídica entonces, será aquella que se encuentre provista de una sanción “socialmente organizada y susceptible de ser aplicada de modo coercible”. Una rápida revisión de los acontecimientos últimos en los que el Derecho Internacional se ha visto envuelto nos llevará a concluir tristemente que lo que hemos denominado “derecho” no es tal sino más bien una cosa distinta.

Creo que esta posición parte de un presupuesto equivocado: asumir la unidad del Derecho Internacional y el Derecho interno, partiendo del axioma que afirma que el “derecho” de las sociedades estatales y el “derecho” de la sociedad internacional provienen de un mismo molde: el modelo del Derecho estatal. Y es que antes de llevar a cabo una crítica en ese sentido es necesario recordar -como señala Walz-, que:

“Una investigación que pretenda agotar el carácter jurídico del Derecho Internacional, tendría que someter, naturalmente, a un examen teórico el problema del Derecho en su significación más general, para luego, desde esta posición, resolver especialmente el problema del Derecho Internacional”.⁹

En efecto, no se puede pretender asumir como modelo exclusivo de Derecho el molde estatal pues dicha comparación resulta finalmente bastante injusta y peligrosa. Como señalara el profesor Carrillo Salcedo:

[...] conviene no exagerar los contrastes entre el orden jurídico del Estado y el Derecho internacional, ya que la contraposición radical entre el modelo del Derecho interno (centralizado e institucionalizado) y el orden jurídico internacional (descentralizado y escasamente institucionalizado) tiene más de exageración y de comodidad que de verdad científica”.¹⁰

En todo caso, ¿cuáles son las notas esenciales que todo “Derecho” que se pretenda tal debe ostentar? Siguiendo al profesor Fernández Flores¹¹, podemos afirmar que la nota distintiva de las normas jurídicas es su carácter obligatorio. Ahora bien, ¿deja de ser el Derecho Internacional verdadero “Derecho” cuando se niega su carácter obligatorio por su falta de coactividad? Partiendo del presupuesto—universalmente aceptado—que toda norma jurídica presume su obligatoriedad, es necesario diferenciar entonces esta noción de lo que se conoce como “carácter coactivo”. Así:

[...] una cosa es el Derecho y otra la fuerza para interponerlo. El Derecho es obligatorio por sí mismo y deja de existir como tal, cuando ya no se le reconoce, cuando deja de ser regla de conducta acatada, es decir, cuando pierde su obligatoriedad”.¹²

Coactivo entonces, es distinto a obligatorio. La coacción es una de las tantas formas en que se puede presentar la sanción jurídica.¹³ Coaccionar es utilizar la fuerza o la violencia con el propósito de doblegar la voluntad de los sujetos. Entonces, la coacción podrá ser jurídica o antijurídica; será jurídica únicamente cuando el sistema normativo se ha reservado el uso de la fuerza para servir de garantía del cumplimiento de las normas¹⁴. En esto último quiero poner un especial acento, el sistema normativo puede reservarse el uso de la fuerza si lo considerase necesario; si es una posibilidad, entonces la coacción no es un elemento “natural” de la definición del Derecho. Es cierto que el Derecho es más eficaz y tiene mayores probabilidades de ser respetado si se ha previsto una aplicación forzosa y las violaciones de las que es objeto son reprimidas por la fuerza, pero ¿ello debe llevarnos a integrar la coactividad a la definición de lo jurídico?

Quizás la confusión se acentúa más cuando no se distingue entre lo “coercible” y lo “coactivo”. La coer-

⁹ WALZ, Gustav Adolff. Ob. Cit., p. 27.

¹⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. Cit., p. 21. Asimismo, el profesor MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Ob. Cit., p. 69 señala que “El Derecho internacional posee algunos títulos para merecer esta denominación en virtud de ciertos rasgos presentes en él y propios de todo fenómeno jurídico. Ello no quiere decir que el Derecho internacional presente estos caracteres de manera igual que el Derecho interno de cualquier Estado. Ya hemos visto cómo los más moderados entre sus impugnadores calificaban al Derecho internacional como “Derecho imperfecto”, lo que resultaría admisible si diésemos por supuesto que el Derecho interno está dotado de una total perfección. Como tal perfección no es absoluta, sino muy relativa, en función de la naturaleza de cada una de las ramas jurídicas internas, de los lugares y de los tiempos, resulta más exacto decir que el Derecho internacional, más que imperfecto con relación al interno, es una especie diferente dentro del mismo género que éste, con notas distintivas respecto a él que algunas puedan ser meramente históricas y transitorias; pero, en cambio, con otras que responden a la naturaleza misma de ambos órdenes jurídicos.”

¹¹ FERNÁNDEZ FLORES, José Luis. Ob. Cit., pp. 52-55.

¹² Ibid., Ob. Cit., p. 53.

¹³ Contrariamente a lo que comúnmente se piensa, la sanción es la respuesta del orden normativo frente al cumplimiento o incumplimiento de una norma. Es la consecuencia de la verificación en la realidad de la prescripción establecida en la norma. En ese sentido, el aspecto más usado de la sanción jurídica es el negativo, pero no es el único. Como señala Kelsen: “premio y pena pueden comprenderse conjuntamente bajo el concepto de sanción. Pero corrientemente se designa sólo a la pena, es decir, el mal ocasionado como consecuencia de determinada conducta a la privación de ciertos bienes como la vida, la libertad, el honor, los valores económicos y no a las recompensas, como sanción.” Véase KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. 3ª edición. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 1983, p. 39.

¹⁴ REALE, Miguel. Introducción al Derecho. 3ª edición. Madrid: Pirámide, 1979, p. 105.

cibilidad es la posibilidad o potencialidad del uso de la coacción. La coacción entonces es un medio que sirve para incentivar o ejercer presión sobre los sujetos con el propósito de que adecuen su conducta a los estándares de las normas jurídicas preestablecidas. Es entonces una coacción en potencia¹⁵, y ésta sí es un elemento esencial del Derecho. Las sanciones, entonces –jurídicamente hablando–, no corresponden a la coacción actual que se desarrolla como respuesta última frente al incumplimiento de las normas, pertenecen mas bien al plano del deber-ser, de la posibilidad¹⁶, y eso es lo esencial al fenómeno de lo jurídico. Si así no fuera, muchas de las normas del Derecho interno, como por ejemplo las normas constitucionales, no serían verdaderas normas jurídicas, pues carecen de una sanción de tipo coactivo que les permita exigir de modo inmediato a los sujetos por ella obligados el estándar de conducta y las obligaciones previstas en su interior.

En ese sentido, cuando al Derecho Internacional se le imputa el carecer de coercibilidad se está confundiendo “este requisito de la sanción jurídica con la aplicación coactiva inmediata”.¹⁷ No dudemos entonces en afirmar el carácter obligatorio, y por ende coercible del Derecho Internacional, si ello no fuera así los Estados y demás sujetos del Derecho de Gentes no adaptarían sus conductas a los estándares que las normas internacionales han previsto. Y es que si en el fondo los Estados no creyeran en la obligatoriedad de las normas que suscriben tampoco buscarían cobijar muchas de sus acciones ilícitas con el propio Derecho Internacional. Y es que:

[...] todo Estado que se precie cuenta con un “servicio jurídico” encargado de examinar las relaciones internacionales del Estado a la luz de las reglas del Derecho internacional, ¿por qué sino los Estados intentan amparar siempre sus conductas en violación de las normas internacionales con base a argumentos o justificaciones jurídicas?¹⁸

Aunque resulte poco creíble para algunos lo cierto es que los Estados ofrecen un alto índice de observancia “espontánea”¹⁹ de las obligaciones internacionales así como de los compromisos asumidos en la esfera exterior; y, lo que es más importante, el Derecho Internacional ha creado mecanismos para asegurar el cumplimiento de estas obligaciones y compromisos. Estos mecanismos -no es un pecado decirlo- son medios acordes a la estructura de la sociedad internacional, sociedad y estructura distintas a la estatal, poseedora de medios a veces tenues y poco espectaculares para la eficacia de sus preceptos, sociedad y estructura carentes aún de un conjunto de órganos centralizados de carácter judicial, legislativo o ejecutivo²⁰ y en donde los Estados “son los sujetos primarios del Derecho Internacional, los creadores de sus normas y los principales instrumentos de aplicación de estas últimas”.²¹

Considero que la diferencia cualitativa entre ambos órdenes en relación con este punto, radica en que las sanciones previstas en el orden internacional poseen una técnica de aplicación distinta a la de los derechos estatales.²² Y esto porque son órdenes normativos diferentes:

¹⁵ RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico. Introducción al Derecho. 8ª edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 95.

¹⁶ Al respecto recomendamos revisar el estupendo trabajo de HERRERA GUERRA, Jorge. Las sanciones del Derecho Internacional. En: Agenda Internacional N° 10, Año IV. Lima: Enero-Junio 1998, pp. 113-143.

¹⁷ Ibid., Ob. Cit., p. 120.

¹⁸ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. Derecho Internacional Público. Madrid: Trotta, 1995, p. 64.

¹⁹ Un interesante enfoque respecto del alto índice de observancia espontánea del Derecho Internacional por parte de los Estados puede apreciarse en REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Derecho Internacional. Ob. Cit., pp. 2-11. Véase también HENKIN, Louis. *International Law: Politics, Values and Functions. General Course of Public International Law*. En: Hague Recueil Des Cours (1989-IV), t. 216, p. 69, cuando afirma que “It is probably the case that almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all the time”.

²⁰ Estos mecanismos para asegurar el cumplimiento del Derecho Internacional podemos sintetizarlos en: 1) El régimen de responsabilidad internacional. 2) La aplicación coactiva del Derecho Internacional por los Estados, en especial a través de las contramedidas, y 3) El arreglo pacífico de controversias.

²¹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones. Madrid: Tecnos, 1996, p. 146. También PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. 6ª Edición. Madrid: Tecnos, 1996, p. 52.

²² Señala así HERRERA GUERRA, Jorge. Ob. Cit., p. 121-122 citando al profesor Bobbio que “Si hay diferencia entre el ordenamiento internacional y otros ordenamientos, como por ejemplo el ordenamiento estatal, ésta no consiste en la carencia de una sanción regulada sino, si acaso, solamente en el modo como es regulado. Pero se trata entonces de una diferencia no principal sino accesoria. Para acoger esta diferencia respecto del modo de ejercicio de la sanción, debemos recordar la distinción [...] entre autodefensa y heterodefensa, esto es entre la sanción aplicada por la misma persona del ofendido y la sanción aplicada por persona diferente, *super partes* si consideramos, por ejemplo, la represalia como el ejercicio de una sanción, no hay duda que se trata de la respuesta que frente a la violación da el Estado que ha sufrido las consecuencias de un acto ilícito por parte de otro Estado, esto es, de un acto de autodefensa. Por tanto, podemos decir que, en general, el ordenamiento internacional, a diferencia del estatal, en lo que se refiere a la aplicación de las sanciones cuenta con una fuerte presencia del principio de la autodefensa, y que, en consecuencia, lo que lo diferencia del ordenamiento estatal no es la ausencia o presencia de sanciones organizadas, sino la organización de las sanciones a través de la autodefensa o la heterodefensa. Que la institución de la autodefensa es manifestación de una sociedad menos organizada que aquella en la que rige el principio de la heterodefensa, comporta una diferencia no de sustancia sino de grado entre el ordenamiento internacional y el estatal, diferencia, por lo demás, que nadie ha negado jamás.”

“La sociedad internacional es original y básicamente la sociedad de los Estados soberanos e independientes en situación de yuxtaposición. Se trata de una sociedad horizontal, escasamente institucionalizada, con un número limitado de sujetos que partiendo del principio de su igualdad formal –la igualdad soberana– persigue su coexistencia y, eventualmente, articula una cooperación para satisfacer intereses comunes mediante organizaciones intergubernamentales que reciben de la cabeza jupiterina de los Estados una cierta subjetividad”.²³

Por ello, coincidimos con el profesor Virally²⁴ cuando señala que en relación con el Derecho interno el Derecho Internacional es mucho más un Derecho diferente que un Derecho primitivo. Además, ¿no resulta obvio pensar que la coacción es un elemento sobre el cual el Derecho no puede asentarse? ¿No es acaso el Derecho la voluntaria aceptación de ciertos preceptos, la negación misma de la fuerza? Entonces, si el Derecho Internacional es obligatorio y coercible, es verdadero Derecho. Nuevamente:

“[...] no hay porque exagerar la importancia de las sanciones. No constituyen éstas la razón principal de obediencia de las leyes en un sistema jurídico. Si la gente se abstiene de cometer asesinatos, esta abstención no es imputable generalmente al miedo al castigo, sino a una educación que hace impensable el asesinato; el hábito, conciencia, moralidad, afecto o tolerancia juegan un papel mucho más importante que las sanciones mismas. Las sanciones sólo son eficaces si los infractores constituyen una pequeña minoría; de no ocurrir tal cosa las sanciones resultan impotentes para conseguir la observancia del Derecho [...] Resultaría irracional el estudio de un sistema jurídico en términos de sanciones. Es preferible, por el contrario, estudiar el Derecho como un conjunto de reglas que son usualmente obedecidas, en vez de concentrarse exclusivamente en lo que ocurre cuando son infringidas. No debemos confundir la patología del Derecho con el Derecho mismo”.²⁵

El argumento de la no existencia cae entonces por su propio peso. Si se afirma el carácter obligatorio y coercible del Derecho Internacional no se puede pretender entonces dudar de su calidad “jurídica”. En todo caso, a quien afirme la falta de sanciones en el Derecho Internacional como algo evidente habrá que recordarle que el Derecho de Gentes responde a una naturaleza que lo hace desde un comienzo “diferente” al orden estatal clásico. La coactividad –tantas veces mal entendida– al no presentarse como un rasgo definitorio ni siquiera de la totalidad de las normas jurídicas internas, mal podrá exigirse como algo esencial al propio Derecho Internacional. En todo caso, las sanciones del Derecho de Gentes comparten una naturaleza especial, acorde a las particulares características de la sociedad internacional. Sin embargo, hoy es quizás otro el punto de crítica más “de moda” frente al Derecho Internacional: ya que se hace tan difícil negar su carácter de verdadero “Derecho” o su existencia, el asunto estriba a la crítica de su eficacia.

2.2 ¿ES EFICAZ EL DERECHO INTERNACIONAL?

Señala el profesor Pastor Ridruejo al inicio de su obra que:

“Hoy ha descendido la fiebre doctrinal y el tema de la fundamentación metafísica del Derecho Internacional atrae menos la atención de los autores. Y es que la impugnación del Derecho de Gentes ha cambiado de signo en nuestros días. Hoy la impugnación se hace no desde el ángulo filosófico, sino desde un plano sociológico”.²⁶

En este sentido, ya no resulta trascendental la cuestión filosófica en torno a la raíz última del orden internacional sino más bien que son ahora los condicionantes histórico-sociológicos y las limitaciones del sistema las que importan a la fundamentación del Derecho de Gentes. Como apuntara el profesor Carrillo Salcedo, se ha pasado de “la reflexión sobre la esencia” a “la preocupación por la existencia”²⁷. La crítica entonces

²³ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. Cit., p. 4.

²⁴ VIRALLY, Michel. Ob. Cit., p. 105. Más adelante el mismo autor señala que: “El derecho internacional no es un derecho que llegó a una fase de evolución menos adelantada que la mayoría de los derechos nacionales: con respecto a estos últimos se presenta, primero y ante todo, como un derecho diferente. Cuando dos paseantes avanzan por dos sendas que partieron de puntos separados y conducen a dos destinos diferentes, no tiene mucho sentido afirmar que uno está retrasado con respecto al otro. A lo sumo se puede medir el camino recorrido por cada uno y, eventualmente, la distancia que le queda por caminar para llegar a una meta fija. Ahora bien, desde este punto de vista no hay duda de que los progresos del derecho internacional son todavía modestos, y que los que le quedan por realizar para garantizar una marcha ordenada y pacífica de las relaciones internacionales son considerables y muchos de ellos parecen inaccesibles en un futuro cercano. De ninguna manera lo negamos al rechazar que se le aplique el calificativo de “primitivo”. A pesar de la relativa antigüedad de algunas de sus reglas y de sus instituciones, el derecho internacional es un derecho joven, que todavía se encuentra en una de las primeras fases de su desarrollo. Hasta podemos decir que ha adelantado tan poco que seguimos preguntándonos el sentido que tomará. Este es todo el problema.” Ibid., Ob. Cit., p. 113.

²⁵ AKEHURST, Michael. Introducción al Derecho Internacional. 2ª edición. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 19.

²⁶ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Ob. Cit., p. 52.

²⁷ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. Cit., p. 13. A esta corriente el propio profesor Carrillo Salcedo la ha denominado con acierto visión “post-ontológica” de la doctrina internacionalista. En ese sentido el profesor DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional. 11ª edición. Madrid: Tecnos, 1997, p. 82, al iniciar su trabajo señala que ha prescindido conscientemente en su análisis de toda proposición axiológica en la fundamentación y concepto del Derecho Internacional, por considerar que aquél no requiere para su plenitud científica de la consideración de esta dimensión.

ha dejado de centrarse ya en el plano de la validez para pasar más bien al de la eficacia misma del Derecho Internacional. Aceptando que el derecho internacional es verdadero Derecho, la cuestión ahora es verificar pues si el Derecho de Gentes es un instrumento útil a los fines de la comunidad internacional, o si por el contrario no puede cumplir con este propósito.

Si tuviéramos que sintetizar este punto de vista señalaríamos que lo que se critica al Derecho Internacional es no haber podido lograr instituir el monopolio del uso jurídico de la fuerza en una instancia de autoridad internacional. Sobre este punto el profesor Weil ha señalado con mordaz sarcasmo que si bien el Derecho Internacional ha logrado consagrar la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza como una norma fundamental, la regla tiene tantas excepciones –desde la legítima defensa hasta la intervención humanitaria– que más parece una suerte de coladero.²⁸ Al igual que en la anterior postura crítica considero que esta percepción no es tan real como parece ser. En el fondo –espero demostrarlo– ésta es una verdad a medias. Como dijera el profesor Virally hace algunos años, lo que ocurre es que:

“A menudo la comparaciones establecidas entre derecho interno y derecho internacional, siempre tan humillantes para el segundo, no significan gran cosa porque no se compara lo que es comparable. Se culpa al derecho internacional de no resolver los grandes problemas políticos y económicos, que el derecho interno no siempre domina mejor; se felicita a este último por solucionar de manera satisfactoria las relaciones originadas en la vida común, respecto a las cuales el derecho internacional, en su ámbito, desempeña sin demasiados tropiezos la misma función”.²⁹

Nunca debemos olvidar que el Derecho Internacional posee un rasgo esencial que lo hace distinto dentro del fenómeno jurídico: su relativismo. Así, el profesor Carrillo Salcedo apunta que las normas jurídicas internacionales son relativas en un triple sentido:

1) Su alcance varía en función de las obligaciones asumidas por los Estados, y de ahí la relevancia esencial del consentimiento y el sentido que todavía conserva la clásica afirmación de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en su sentencia de 1927 en el asunto del Lotus;

- 2) La apreciación de las situaciones jurídicas en que un Estado se encuentre implicado depende, en un principio, de cada Estado, ya que las posiciones jurídicas y las pretensiones contradictorias de los Estados, en tanto que expresiones de actitudes de igual valor jurídico de Estados soberanos iguales en Derecho, pueden perdurar o coexistir, dado que el sometimiento de una controversia al arbitraje o a la justicia internacional es voluntario y depende del consentimiento de los Estados partes;
- 3) Finalmente, la sanción de los hechos ilícitos internacionales raramente toma la forma de una reacción social organizada e institucionalizada, ya que, en principio, cada Estado aprecia subjetivamente su posición jurídica frente a otro Estado y, cuando estima que un ilícito internacional es atribuible a este último, puede adoptar, en las condiciones regladas por el Derecho Internacional, las contramedidas que considere adecuadas.³⁰

Siendo conscientes de ello, y sin caer en una posición radicalmente voluntarista del Derecho Internacional, no puede dejar de reconocerse que la soberanía de los Estados todavía es un elemento determinante de lo que son los límites del Derecho de Gentes de hoy. Claro está que la dimensión radical del Estado todopoderoso no es más verdad, en tanto ya se ha afirmado de modo pleno la presencia de normas de *ius cogens* y de principios fundantes al interior del Derecho Internacional. En ese sentido, la cuestión debe entenderse como un equilibrio de estas dos fuerzas. Así:

“[...] el Derecho internacional tiene que ser entendido, como un ordenamiento jurídico que en parte es el producto de la voluntad de los Estados y, a la vez, como una realidad normativa cuya parte esencial se impone desde el exterior de la voluntad de los Estados e implica siempre una irreductible dimensión de heteronomía y, por consiguiente, de objetivismo, es decir, como principios y normas que obligan a los Estados al margen de su voluntad. Ambas dimensiones son necesarias para la comprensión del Derecho Internacional pues ninguna de ellas, por sí sola, puede justificar al Derecho Internacional: si éste fuese un mero producto de la voluntad, no podría obligar a los Estados, y si realmente obliga a los Estados, no puede ser un mero producto de su voluntad”.³¹

²⁸ WEIL, Prosper. *Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public*. En: Hague Recueil Des Cours (1992-VI), t. 237, p. 47.

²⁹ VIRALLY, Michel. El derecho internacional de qué se trata. En: VIRALLY, Michel. *El devenir del derecho internacional. Ensayos escritos al correr de los años*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 21.

³⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Ob. Cit.*, p. 19.

³¹ *Ibid.*, *Ob. Cit.*, pp. 30-31.

Si ésta es la situación concreta del Derecho Internacional, no puede exigírsele entonces que alcance estándares de monopolización absoluta o centralismo al más puro estilo del Derecho estatal. Hacerlo sería incurrir en el grueso error de los negadores del carácter jurídico de nuestra disciplina, en tanto se pretendería nuevamente medir al Derecho de Gentes en función al derecho interno. Habiendo destacado ya el alto índice de observación espontánea del Derecho Internacional, no puede desconocerse además que éste ha logrado un alto nivel de avance y eficiencia en los últimos cincuenta años. Creo que la mejor prueba de esto sería la revisión de las sentencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional o de los manuales clásicos del Derecho Internacional, muchos de los cuales harían impensable al lector de entonces concebir y afirmar la existencia de nociones tan elaboradas y a la vez útiles como son las normas de *ius cogens*, la aparición de las organizaciones internacionales o de un Tribunal Penal internacional, la afirmación de la subjetividad internacional del individuo, la aparición de un nuevo Derecho del Mar, la concepción de un Derecho Internacional del Medio Ambiente, de una protección internacional de los derechos humanos, etc. En ese sentido, pretender deslegitimar al derecho internacional por carecer de eficacia sería bastante injusto. Comparativamente hablando, se ha avanzado lento pero considerablemente.

Es cierto que situaciones últimas como las acaecidas en Kosovo y en Timor Oriental o lo ocurrido en el caso Pinochet ponen sobre el tapete la eficacia última del Derecho Internacional, y en cierta forma lo desacreditan ante el ciudadano común que aprecia “descarnadamente” todas sus limitaciones; pero no olvidemos tampoco que las “aparentes” limitaciones del Derecho de Gentes, esto es su falta de legislador central o de un poder jurisdiccional universal, son precisamente la condición última de su existencia. Pretender entonces que se llegue a un orden al estilo “estatal” sería condenar al Derecho Internacional a ir gestando progresivamente el germen de su propia destrucción.

Si concebimos al Derecho Internacional a partir de una corriente que mide su desarrollo en función al modelo de las instituciones estatales, lo que esperamos en los próximos decenios es la conformación de un superestado o un Estado mundial, lo cual marcaría

el punto final en la evolución del Derecho Internacional, la plenitud misma de su existencia. ¿Es válida esta utopía? Si bien una utopía como ésta puede parecernos útil como elemento persuasivo que motive la realización de mayores esfuerzos para los actores internacionales, no debemos olvidar que el Derecho Internacional ha sido vaciado de un molde distinto al estatal. Como se ha apuntado con singular precisión, esta utopía entonces además de falsa es perezosa, puesto que “no encierra ningún esfuerzo de imaginación, ninguna chispa de novedad y ni siquiera ningún poder de visión”.³² Es “derecho-ficción”.

La paradoja desaparece entonces “si se considera el estado de la sociedad al que debe regir el derecho internacional”.³³ En todo caso, es innegable que el Derecho Internacional se va gestando con un dinamismo impresionante que le permite ir construyendo nuevas “soluciones” frente a las demandas de una sociedad internacional cada vez más compleja.

“Comprobamos así la existencia de una “necesidad de derecho” internacional que ha llegado a la actualidad a una intensidad sin precedente. Es esta necesidad (destinada a volverse cada vez más imperiosa) la que explica el extraordinario auge del que hablamos. Lejos de haber sido superado, el derecho internacional es impulsado hacia delante y ve abrirse ante él perspectivas nuevas por completo”.³⁴

Comprendiendo esto previamente y volviendo así al tema de la frecuencia en el uso de la fuerza a nivel internacional, debe apuntarse el hecho de que pese a los múltiples intentos de vaciar de contenido este principio la consagración normativa del mismo se ha mostrado irreductible. En este sentido, sus “frecuentes infractores” se guardan cuidadosamente de acomodar sus comportamientos dentro de las circunstancias excluyentes del mismo. Así:

“Esta obsesiva necesidad estatal de justificar y encontrar acomodo en la legalidad internacional a comportamientos tocados por la ilicitud, ha resultado en el fortalecimiento, en la vigorización de la propia norma. Afirmada así por vía indirecta incluso por aquellos que la desconocen”.³⁵

Queda entonces desprovista de sustento la cuestión referida al inicio de esta sección. El Derecho Interna-

³² VIRALLY, Michel. Sobre el “carácter primitivo” ... Ob. Cit., p. 114.

³³ VIRALLY, Michel. El derecho internacional ... Ob. Cit., p. 24.

³⁴ Ibid., Ob. Cit., p. 25.

³⁵ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. Cit., p. 910. En relación con la afirmación de este principio en el orden internacional recomendamos revisar la sentencia de la Corte Internacional de Justicia relativa a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua de 1986. (Nicaragua contra Estados Unidos)

cional es eficaz dentro de los límites que su propio sistema le impone. Particularmente en el caso del uso de la fuerza hoy como nunca puede percibirse la naturaleza obligatoria con que los propios Estados conciben este principio. Y esto es ya un avance. Claro que las situaciones de crisis nos llevan a pensar en las todavía –mal llamadas– “deficiencias” del orden internacional para prohibir todo uso ilegítimo del recurso bélico de modo absoluto. Pero esto no es algo que importe al Derecho mismo o a la norma como tal. En esto debemos ser enfáticos: las violaciones no hacen menos “jurídica” la norma internacional, no le quitan validez. Pretender esto sería afirmar entonces que el Derecho estatal en sus versiones más clásicas carece de sentido por sus frecuentes –y por eso creo ya no tan perceptibles– violaciones.

Pretender exigir perfección al Derecho Internacional –cuando se le compara con el Derecho estatal– es una actitud entonces bastante hipócrita. Es cierto que la validez sociológica del Derecho es relevante, y eso nos debe orientar a pensar modos originales a través de los cuales el Derecho Internacional pueda adaptarse a las nuevas necesidades del orden en el que impera. Pero esto no pertenece a la definición de lo jurídico.

3. CONCLUSIÓN

Habiendo descrito brevemente las posturas críticas del Derecho Internacional, debe reconocerse que aún falta mucho por hacerse. Y quizás éste sea el mayor

desafío que acompañe al Derecho Internacional en los próximos años. En todo caso, una mirada sincera nos permite constatar que aun en las peores crisis y situaciones de los últimos años el Derecho Internacional ha estado a la altura de las circunstancias. Un balance sincero todavía nos permite inclinarnos a favor del Derecho de Gentes y señalar que no hay crisis o peor aún decadencia, solamente existe una progresiva necesidad de adaptación. Necesidad que el Derecho Internacional –precisamente por su particular naturaleza dinámica– espero pueda seguir cumpliendo con altura. En todo caso, en relación con el camino que quede por recorrer debemos recordar que:

“[...] el desarrollo del derecho internacional se hará conforme a un modelo original que requiere por parte de los juristas internacionales tal vez más imaginación de la que han manifestado hasta ahora. Más espíritu de observación también, pues la reciente evolución del derecho internacional es tan extraordinaria como significativa”.³⁶

Así entonces, la fe en la que se sustenta la convicción de quienes hemos apostado por la existencia y eficacia del Derecho Internacional es bastante más sencilla de lo que cualquiera se hubiera imaginado. Quizás hoy ni siquiera sea ya tan necesaria, pues muchas de las grandes “montañas” –que a lo largo de su joven historia se han presentado– ya han sido removidas a través del océano. Ya no es entonces mera fe o convicción, es la plena certeza en la validez y eficacia de un orden “distinto”.

³⁶ VIRALLY, Michel. Sobre el “carácter primitivo” ... Ob. Cit., p. 115.