
Sujetos de Derecho y actores no estatales: cuestiones de Derecho internacional*

Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA

Catedrático de Derecho internacional público
Universidad Carlos III de Madrid
carlos@inst.uc3m.es

Sumario: I. LOS ACTORES NO ESTATALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL. 1. La labor de los ANE y el Derecho internacional. 2. Los actores no estatales entre la realidad y el imaginario jurídico. 3. La distinción entre sujeto de Derecho y actor no estatal. II. DEBATES SOBRE LOS ANE EN EL DERECHO INTERNACIONAL. 1. El debate sobre la personalidad jurídica internacional. 2. El debate sobre la transnacionalidad y la transparencia de los ANE. III. ANE, PRINCIPIO DE SOBERANÍA Y PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. IV. LAS INSUFICIENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A LOS ANE. 1. Los ODs, los principios Rectores y los ANE. 2. Los ANE en el Derecho internacional humanitario. 3. Los ANE como instrumentos de los Estados. 4. Los ANE y el desarrollo progresivo del Derecho internacional.

I. LOS ACTORES NO ESTATALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. *La labor de los ANE y el Derecho internacional*

Cuando nos referimos a los actores no estatales (a partir de ahora ANE) lo hacemos tanto a la sociedad civil, como a la incivil, pues de todo hay en la sociedad internacional, y todo tiene implicaciones para el Derecho internacional. Hay ANE buenos y malos. A veces tiende a concebirse a los ANE como poseedores de un plus de legitimidad del que carecen por su propia naturaleza. Los ANE de trascendencia para el orden internacional son aquellos que realizan un papel de naturaleza transnacional, como por ejemplo los *mercados*, que tanta relevancia tienen en la actualidad.

Muchos ANE realizan una labor en pro de la solidaridad y de otros valores como la paz, la dignidad o de la sostenibilidad. En esto su labor no es novedosa. No cabe duda de la relevancia que, por ejemplo, ha tenido el *movimiento indígena* al sacar a la luz a los pueblos indígenas y al contribuir al desarrollo progresivo del Derecho internacional, en las últimas décadas. Los pueblos indígenas son un ANE, cuya labor ha conseguido el reconocimiento

* Este trabajo es uno de los resultados del proyecto *Actores económicos internacionales y derechos humanos: especial relevancia para España* (Proyecto DER 2014-55848-P).

constitucional y, en el Derecho internacional, de una importante panoplia de nuevos derechos; o de la importancia que la labor de España y de los ANE españoles (y de otros países) han tenido en impulsar el *movimiento de abolición de la pena de muerte*¹, que ayuda en el proceso de cambio del contenido y límites con los que interpretar el derecho a la vida en el Derecho internacional. Este tipo de movimientos son relevantes en la transformación positiva del orden internacional, del mismo modo que muchos de los tratados de *derechos humanos* o de protección del *medio ambiente* resultan de la promoción activa de organizaciones no gubernamentales².

Pero estos movimientos internacionales ya existían y eran muy importantes en el siglo XIX. Recordemos el *movimiento abolicionista* que favoreció la abolición de la esclavitud, lo que fue un proceso lento por los intereses económicos existentes. O también el *movimiento sufragista*, que inició la lucha por la igualdad entre el hombre y la mujer, y que es un proceso todavía marcha. También durante el siglo XIX fueron muy activos los *movimientos pacifistas* y los *movimientos en pro de los derechos de los obreros*, en este caso precursores de las primeras conferencias internacionales sobre derechos de los trabajadores y, en el siglo XX, de la creación de la Organización internacional del Trabajo, en 1919.

Ya se ha analizado por la doctrina la labor de las ONGS en la sociedad internacional³. A nuestro juicio podría sintetizarse en los siguientes papeles. i) *Un papel motor en el desarrollo progresivo del Derecho internacional, en tanto que impulsoras del Derecho internacional*. Por ejemplo el Convenio de Otawa de prohibición de minas antipersonales, de 1997, fue el resultado del empuje de la sociedad civil, de la misma fecha., liderado en aquel momento por la conocida Lady Diana. Las ONGs actúan así como agentes de impulso normativo, en el desarrollo del Derecho internacional. ii) *Asimismo realizan una segunda función en la aplicación del Derecho internacional, al controlar a los Estados y promover que estos cumplan sus obligaciones y denunciarlos por su incumplimiento*. La ma-

¹ Vid. ARROYO ZAPATERO, L.; SCHABAS, W. y NIETO, A., *Pena de muerte y derechos humanos. Hacia la abolición universal*, Mooc curso abierto y masivo online, UCLM-Universidad de Castilla la Mancha, 2014, 94 pp.

² Así, como botones de muestra, detrás del Pacto de Naciones Unidas de protección de los derechos de las personas con discapacidad (diversidad funcional) de 2006, o de la protección de los derechos de la infancia (1989), o de reconocimiento de los derechos de la mujer (1978) están las Organizaciones no gubernamentales más representativas, entre otros muchos ejemplos, predicables también de otros tratados como el derecho internacional del medio ambiente.

³ Así, en la doctrina española véase PÉREZ-PRAT DURBAN, L., *Sociedad civil y derecho internacional*, Tirant lo Blanch, 2004; ABAD CASTELOS, M., *Una alternativa solidaria a la barbarie? Las ONGs en la nueva sociedad global*, CIDEAL, 2004.

yor parte de los mecanismos de promoción de derechos humanos, y el sistema de informes de los Estados partes en tratados se nutren de la colaboración activa de organizaciones no gubernamentales. iii) Finalmente las ONGs realizan una *labor operativa* en tanto que cumplen sobre todo en el ámbito de la solidaridad y de la cooperación una labor en el terreno, como *actores solidarios internacionales*. Además cumplen en el sistema internacional otras tareas, en el marco de las Cumbres paralelas, en las conferencias internacionales y en las Instituciones internacionales, que muchas veces actúan como voz crítica en el sistema internacional. Son, en ese sentido, un ojo crítico.

Más recientemente podemos, desde otra cara de la moneda, ver a los ANE como fenómenos preocupantes para la sociedad internacional, frente a los cuales el Derecho internacional debe actuar como instrumento de cooperación en la gestión de los riesgos y amenazas. Vivimos unos tiempos de *gobernanza preventiva global*, en la denominada *sociedad del riesgo mundial* (Beck)⁴. Casi todos los riesgos globales identificados por las estrategias de seguridad nacional (véase, por ejemplo, la última de España o la europea), por los análisis de los institutos y centros de investigación o derivados de las catástrofes y desastres derivan de la acción con los ANE. Basta recordar nombres como Seveso, el Prestige, Bophal, Chernobyl, Exxon Valdés, Talidomida, Yugoslavia, Irak, Torres Gemelas, 11-M, Ruan-da, Siria, Chechenia, Kosovo, Somalia, Libia. Muchas de estas catástrofes han sido producidas por empresas privadas, grupos armados privados o terroristas.

Las actuales preocupaciones en torno a los principales riesgos a afrontar tienen relación con la labor de los ANE. Así, en *Informe de riesgo global 2017* se consideran como principales riesgos para el mundo, los derivados de las ciberamenazas, la evolución demográfica, la inestabilidad política o económica, la proliferación de armas de destrucción masiva, el terrorismo yihadista, la criminalidad organizada, la corrupción, los conflictos armados o los movimientos de población.

Frente a estos riesgos la participación de los ANE, por muy democrática que sea, debe desecharse. En esta línea el *Derecho internacional en la gobernanza global de los riesgos*⁵ tiene esencialmente una función clásica. Lo que ha sucedido en la sociedad internacional es que ha aumentado el poder de los ANE al tiempo

⁴ BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Estado y sociedad, 2008, reimpre, p. 28. GRANDE, E., «Riesgos globales y gobernanza preventiva», INNERARITY, D. y SOLANA, J. (eds.), *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*, Paidós, 2011, p. 123

⁵ BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Estado y sociedad, 2008, reimpresión, p. 28.

que se debilitaba el Estado. Pero *el papel del Derecho frente a estos riesgos no puede ser sino el de coordinar la cooperación de los Estados en la solución de estas amenazas, mediante nuevas normas eficaces que contribuyan a su erradicación y gestión*. Así, por ejemplo, frente al riesgo de que los ANE posean *armas de destrucción masiva* España impulsó en el Consejo de Seguridad la adopción de la Resolución 1540 (2004), de 28 de abril, que insta a los Estados a que «cumplan la obligación de no suministrar y de adoptar leyes nacionales para que no se suministre a los ANE cualquier apoyo en el desarrollo, adopción, fabricación, posesión o transporte⁶. O, frente al fenómeno de la potenciación de los denominados *Actores no estatales violentos (ANEV) en las relaciones internacionales*⁷, como los grupos terroristas y las organizaciones criminales, que están en el plano de la ilegalidad, no cabe sino utilizar técnicas de cooperación y persecución incrementando el papel de los convenios internacionales, las políticas internacionales y la cooperación en su persecución y erradicación.

Y cuando no se ha hecho así se ha evolucionado hacia una *degradación del Derecho internacional y de las Instituciones internacionales*. Es esto lo que ha sucedido con la proliferación de *entramados institucionales informales* en el marco del Derecho internacional económico. Se produce una huida de las Organizaciones internacionales competentes *rationae materiae* a directorios de poder como el G7, G-8, G10 o G-20. Como ejemplo de sustitución y de degradación, por eficaz que sea, cabe poner como ejemplo al *Grupo de acción financiera internacional (GAFI)*, carente de personalidad jurídica, que lidera en el ámbito internacional la lucha contra el *blanqueo de capitales*. Lo hace a la sombra de la OCDE, pero al margen del Derecho, sin ser una organización internacional ni un órgano de una ya existente, lo que es una degradación del Derecho en tiempos de *global law*⁸. La huida de las instituciones y la sustitución de los tratados por MOUs, es un fenómeno de poder como sustitución del derecho, aunque en este caso sean actores estatales que eluden la subjetividad para eludir el derecho. Eso

⁶ Véase: GARRIDO, V. y BORREDA, F., «Introducción», VV.AA., *Actores no estatales y proliferación de armas de destrucción masiva. La Resolución 1540: una aportación española*, Ministerio de defensa, Instituto español de estudios estratégicos, 2016, 190 pp., p. 17; asimismo sobre esta cuestión MARRERO ROCHA, I., «Los actores internacionales en el ámbito de la no proliferación y el desarme nuclear: características e impacto», *REDI*, vol. LXIV, 1, 2012, pp., 73-102.

⁷ Vid. sobre este fenómeno MARRERO ROCHA, I., «Nuevas dinámicas en las relaciones entre crimen organizado y grupos terroristas», *REDI*, vol. 69/2, 2017, pp. 145-169; asimismo SCHNECKENER, U., «Fragile Statehood, armed non-state actors and security governance», *Private actors and security governance*, vol. 4, 2006, pp. 23 ss;

⁸ Vid. en esta línea crítica el análisis de JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción. Interacciones evolutivas en un Derecho internacional global*, Comares, 2015.

puede ser un fenómeno *global*, pero no es un fenómeno de *law*, aunque se diga en inglés. En tiempos de Trump no hay que olvidar las concepciones europeas y americanas sobre el Derecho y sobre el Derecho internacional.

2. *Los actores no estatales entre la realidad y el imaginario jurídico*

El Derecho internacional se crea por y para actores estatales, que eran al mismo tiempo los creadores y las criaturas. El DI no ha acogido bien a los ANE. Esta es la realidad jurídica. Lo mismo ocurre con otras nociones que no tienen cabida en el Derecho internacional, como la de naciones –en este caso paradójicamente– o la de humanidad, entre otras, lo que no significa que no sean importantes.

Muchas nociones están más en el imaginario colectivo, o en la realidad de los hechos, que en el Derecho, lo cual no significa que no puedan cruzar la frontera o que no tengan relevancia jurídica. Algunas nociones tienen un valor mítico y utópico para el Derecho, y actúan como motor de transformación y con el tiempo van adquiriendo un lugar en el ordenamiento. Muchas utopías del pasado se han convertido en los principios jurídicos del presente.

Dreyfus⁹ comparó las imágenes doctrinales del siglo XIX y a finales del siglo XX, y observó a vista de pájaro grandes avances que el siglo XX ha supuesto para la codificación, la jurisdicción internacional o la construcción de organizaciones internacionales, avances todos ellos que solo hace un siglo eran vistos como utopías. Un exceso de realismo no es realista.

Por ello, como decía Lachs¹⁰, de vez en cuando es conveniente ponerse unas gafas de Walt Disney para analizar el Derecho internacional. Al fin y al cabo el Derecho internacional tiene o puede tener una función transformadora y finalista, y no solo de coordinación y atribución, en la que consideramos que debe servir para algo más que repartir las competencias entre Estados, que es su función mínima, en el sentido kelseniano¹¹.

En el Derecho internacional clásico no había sitio para entidades que no fueran los Estados soberanos e independientes. No se prestaba casi atención a

⁹ DREYFUS, S., «D'un siècle à l'autre: remarques sur l'image du Droit international public», *Boutros Boutros Ghali Amicorum discipulorumque liber. Paix, développement, démocratie*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 329 ss.

¹⁰ LACHS, M., *Le monde de la pensée en Droit international*, p. 8

¹¹ KELSEN, H. *Principios de Derecho internacional público*, El Ateneo, Buenos Aires, 1965; ID. *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1949 (3ª ed. 1969).

los actores no estatales, siendo el Estado el punto de referencia central. De ahí que el Derecho internacional fuese caracterizado como un orden interestatal.

Frente a la concepción interestatal omnipresente la doctrina acudía ocasionalmente a nociones como la de *Ius Gentium*, incluyendo a los individuos, incluso a la Humanidad o al género humano, o desde perspectivas solidaristas. Pero estas nociones no arraigaron por las concepciones interestatales. El orden desarrollado desde Westfalia tenía una base social exclusiva de un sistema internacional de Estados, fundamentalmente europeos y americanos. El papel exclusivo de los Estados en el sistema internacional impregnó el orden interestatal. La utilización doctrinal de la denominación *Derecho de gentes* encerraba una concepción no interestatal en la que el individuo llega a ser considerado como el principal sujeto y último destinatario de todo el ordenamiento. Pero las concepciones jurídicas dominantes y generalizadas no abrían el paso a los actores no estatales en el Derecho internacional¹².

Cabe plantearse *si el nuevo papel de los ANE, incluyendo además de los citados previamente a otros –como los que veremos luego– ha supuesto una transformación cualitativa de los rasgos del Derecho internacional*. A nuestro juicio esta mutación del Derecho internacional no se ha producido hasta el momento. Los ANE *carecen todavía de un estatuto internacional*, que permita considerarlos sujetos de Derecho internacional, o que establezca un estatuto internacional. Ciertamente que la *Convención de Estrasburgo de 1986 sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica* de estas organizaciones es relevante para su comprensión, pero no supone un cambio de su naturaleza. Como es sabido, las ONGs se caracterizan por su naturaleza privada –de creación y naturaleza–, constitución en virtud del derecho interno, fines lícitos –a diferencia de la criminalidad transnacional– y no lucrativos –a diferencia de las empresas transnacionales, entre otras características–.

Las Organizaciones internacionales han abierto *espacios de participación a las ONGs*, lo que tampoco es novedoso. Así, el art 11 del Tratado de Lisboa indica que las Instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil. Pero nada hay de revolucionario en esto, que ya venía haciéndose en Naciones Unidas, desde sus inicios, sobre la base de la Carta. En este sentido la labor de los ANE tiene todavía pendientes muchas cuestiones jurídicas.

Algunos autores distinguen entre el *sistema internacional* –sociedad internacional de Estados– y la *sociedad global*, que incluiría a individuos, ONGs y aún

¹² Sobre esto véase FERNÁNDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Civitas. Thomson Reuters, 2013, pp. 64-67.

a toda la humanidad; además, estaría en formación un espacio público internacional, habiendo políticas públicas globales en las cuales el papel de los ANE es muy relevante¹³. Por otro lado, también hay cambios en los medios de creación y aplicación del Derecho internacional¹⁴, entre otras evoluciones. Todos estos cambios son significativos, deben ser evaluados y suponen un cambio, pero hasta el momento no han producido un cambio de concepción del orden internacional, no se ha producido el *tránsito entre Westfalia y Worldfalia*.

Ha habido cambios importantes que apuntan a un nuevo modelo de ordenamiento, que no se han dado todavía con la suficiente cantidad y calidad. En ese nuevo modelo la mayor participación de los ANE en el DI es aún más significativa¹⁵, como también lo es, e incluso es ilusionante, la posible conformación de un *espacio público internacional, de políticas públicas globales y de bienes públicos internacionales*. Esto se ve en la realidad, pero también en el *ethos* doctrinal y en el *imaginario jurídico*. Todos los indicios de cambio son buenos y llega un momento en el que el imaginario se transforma en realidad, si se va por buen camino. El Derecho internacional se mueve entre la luz y la oscuridad, entre la riqueza y la pobreza. Se pueden apuntar otros elementos de cambio, como la orientación pro-víctimas del Derecho (en definitiva ANE) en la que va el derecho interno (por ejemplo penal) y el Derecho internacional¹⁶.

¹³ Vid. RODRIGO, A., «Entre Westfalia y worldfalia: la Comunidad internacional como comunidad social, política y jurídica», en GARCÍA SEGURA, C. (dir.), *La tensión cosmopolita*, Tecnos, 2016, pp. 23-64.

¹⁴ Así, por ejemplo como ha analizado Rodrigo y Abegón, los tratados de protección de intereses generales de la Comunidad internacional han transformado ciertas cuestiones en el derecho de los tratados, algunas de las cuales tienen que ver con los actores no estatales así como con una limitada democratización en el proceso de elaboración y adopción de los tratados. Cfr. RODRIGO, A.J. y ABEGÓN, M., «El concepto y efectos de los Tratados de protección de intereses generales de la Comunidad Internacional», *REDI*, vol. 69/1, 2017, pp. 167 ss, en especial pp. 180-183.

¹⁵ En esta línea para Rodrigo la Comunidad internacional sería una comunidad social, política y jurídica que estaría regulada por un Derecho internacional auténticamente público, que en su dimensión social está entre una Comunidad de Estados y una comunidad cosmopolita. Asimismo se caracteriza, indica Rodrigo, por la reducción de la centralidad del principio de soberanía como principio sistémico que articula la gobernanza global, por la reducción de la importancia relativa del poder de los Estados occidentales para configurar y mantener el orden internacional y el ordenamiento jurídico internacional y por la existencia de intereses colectivos globales y de algunos valores universales, en suma, de intereses públicos globales.

¹⁶ Vid., por ejemplo, OSUNA PATIÑO, N. y PAEZ RAMIREZ, M., «Fundamento convencional y alcance de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos», en *Historia de los derechos fundamentales*, tomo IV, siglo XX, «El derecho internacional de los derechos humanos», Libro III, «Nuevos desarrollos del Derecho internacional de los derechos humanos». Especial referencia a España, Peces-Barba, G., Fernández, E., de Asis, R., Ansuátegui, J.,

3. *La distinción entre sujeto de Derecho y actor no estatal*

La noción de *sujeto de derecho*¹⁷ tiene que ver con las capacidad de ser titular de derechos y obligaciones en un orden jurídico, interno o internacional, mientras que la noción de *actor no estatal* tiene relación con la capacidad de influencia, con el poder. Ambas nociones se mueven en mundos distintos.

La *comprensión integral del fenómeno jurídico exige analizar las conexiones y los vasos comunicantes entre ambos mundos*, cada vez más importantes. El Derecho internacional, como indica Apostolidis, ha sido en ocasiones un objeto mal construido al no atender a la triple dimensión formal, material e histórica (social e ideológica)¹⁸. Una perspectiva totalizante del fenómeno jurídico internacional –en expresión del célebre Virally¹⁹– parte de la consideración de que el Derecho y sus transformaciones son el producto de la vida social internacional; esta manera de concebir el derecho lleva a analizarlo en su contexto (*law in context*), a atender a su dimensión socio-histórica, a concebir la relación derecho-sociedad como algo importante y a no ceñirse a concepciones en exceso formalistas.

Ello no obsta a considerar que Derecho y Poder son nociones distintas. De otro modo la sociología y el Derecho serían lo mismo. Pero es importante ver la relación Poder y Derecho en el Derecho internacional. La noción de poder ha sido esencial en la teoría de las relaciones internacionales²⁰, pero es menos fértil en el Derecho internacional.

El modelo de relación Derecho-Poder²¹ en el Derecho internacional es a nuestro juicio de *complementariedad dialéctica*. En esta tensión o dialéctica el

Fernández Liesa, C., pp. 1807-1853. En el mismo libro colectivo véase la ponencia de VACAS FERNÁNDEZ, F., «El reconocimiento y protección de las víctimas del terrorismo en Derecho internacional y europeo», pp. 1853-1889.

¹⁷ Vid. por ejemplo, entre otros. BARBERIS, J. A., *Los sujetos del Derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 19 ss.

¹⁸ APOSTOLIDIS, C., *Doctrines juridiques et Droit international. Critique de la connaissance juridique*, 1991, p. 41; REALE, M., *La teoría tridimensional del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1997; PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ, E. y ASIS, R., *Curso de teoría del Derecho*, Marcial Pons, 1999; RUILOBA SANTANA, E., «La concepción tridimensional del Derecho y el Derecho internacional», *Estudios en Homenaje al profesor Corts Grau*, tomo II, Valencia, 1977; PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Derecho de gentes: ¿Concepción formal?», *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, I, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 275 ss.

¹⁹ VIRALLY, M., *La pensée juridique*, Pantheon Assas, 1960, Reedit 1998, avant propos de P.M. DUPUY, C. Leben, París, 1998, pp. 9 ss.

²⁰ En este sentido ARENAL, C. DEL, *Introducción a las relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 3 reimpresión, 2000.

²¹ Vid. sobre esto FERNÁNDEZ LIESA, C., «La relación entre Poder y Derecho en el Derecho internacional», *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, 2008, pp., 449-499.

análisis de los ANE es relevante para el Derecho internacional. Si bien se mueven fundamentalmente en el mundo del Poder (o si se quiere, del contrapoder), los ANE tienen una gran influencia en el Derecho; en ocasiones son también sujetos de derecho, o acaban siéndolo. Cualquier ANE internacional es susceptible de convertirse en sujeto de Derecho internacional, si se da la necesidad y se cumplen los requisitos. Cabe recordar el célebre *dictum* del Tribunal internacional de Justicia según el cual «los sujetos de derecho, en un sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos»²². Son en todo caso nociones distintas y complementarias.

En los Manuales de Derecho internacional casi no se da espacio a los ANE si es que lo tienen, y en la mayoría no hay la menor referencia a ellos. Y, todo lo más a las ONGs y a las empresas transnacionales. Se trata pues, como decía Rodríguez Carrión, de una materia que inevitablemente no es pacífica, pues *no son sujetos indiscutibles del Derecho internacional*, sino que resultan bien sea de un proceso histórico, bien sea de nuevas realidades en cambio²³. Toda la doctrina admite la subjetividad internacional de Estados y Organizaciones internacionales; parte de la doctrina afirma la subjetividad internacional del individuo, de los pueblos (y los movimientos de liberación nacional), los beligerantes y de otras entidades (Santa Sede, Ciudad del Vaticano, Orden de Malta...); algunos autores consideran que se ha producido un reconocimiento progresivo, lento y prudente, como un sujeto menor de derecho, de la Comunidad internacional²⁴; pero solo algunos autores estiman que las multinacionales tienen subjetividad y ningún autor considera que las ONGs la tengan²⁵.

²² *Dictamen Reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas*, Rec. 1949, p. 178.

²³ Cfr. RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho internacional público*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 139

²⁴ DAILLIER, P.; FORTEAU, M. y PELLET, A., *Droit international public*, 8ª ed., LGDJ, 2009, pp. 444-445.

²⁵ En este sentido Díez de Velasco incluye al Estado, los pueblos, las organizaciones, los movimientos de liberación nacional, los beligerantes, la Santa Sede y la Ciudad del Vaticano, el individuo y dedica un breve espacio a las personas jurídicas de fin económico, en tanto que candidatura controvertida a la calidad de sujeto internacional. Otros autores, como M Shaw entre los sujetos analizar a las entidades territoriales *sui generis* (mandatos y fideicomisos, condominios, administraciones internacionales del territorio, Taiwan República turco chipriota del Norte, República Árabe Saharaui democrática, Kosovo, Palestina, reclamantes secesionistas, asociaciones de Estados o casos especiales como la Soberana Orden de Malta, la Santa Sede y la Ciudad del Vaticano, insurgentes y beligerantes, movimientos de liberación nacional, compañías públicas internacionales, compañías transnacionales, pueblos, individuos, organizaciones internacionales. Por su parte Carlos Jiménez Piernas incluye a Estados, Organizaciones internacionales, pueblos, beligerantes, movimientos de liberación nacional, individuos, ONGs y sociedades transnacionales (a estos dos últimos no los considera sujetos por tener manifesta-

Ello no obstante los ANE tienen un papel creciente en el Derecho internacional, en la participación en la elaboración de las normas internacionales, tanto las ONGs como los grupos de interés. Así, en muchos tratados de derechos humanos participan desde su gestación, como ya se ha señalado. En otros, como los pueblos indígenas, son ANE que han adquirido una visibilidad de la que carecían, lo que está transformando las normas internacionales²⁶. Los ANE realizan un papel transnacional. No son lo mismo que las ONGs. Forman parte de la sociedad civil, de lo que el profesor Truyol²⁷ denominaba las *fuerzas transnacionales*. Este autor incluía a los grupos de presión, las ONGs, las fuerzas religiosas y espirituales (cristianismo y religiones no cristianas), las internacionales sindicales, las fuerzas económicas, el individuo y a la opinión pública. Al desvanecerse el conflicto este-oeste se incrementó la *fuerza de lo transnacional*²⁸, *de modo coetáneo al debilitamiento del Estado*²⁹.

Los debates doctrinales sobre los ANE existen. Para algunos son meros usuarios del Derecho internacional –en expresión de Roucouñas³⁰–, mientras que otros les dan un papel similar al Estado. No creemos que sean ni una cosa

ciones muy residuales de la subjetividad, en el caso de las ONGs). El prof. Pastor Ridruejo se refiere al individuo, los pueblos, el Estado y las Organizaciones internacionales. Los profesores O. Casanovas y Rodrigo a los Estados, las OI así como, entre las entidades de carácter no estatal a la Santa Sede, Vaticano, CICR, pueblos, persona humana, ONGs y empresas transnacionales. DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público* (ESCOBAR, C. [coord.]), 18 ed., Madrid, Tecnos, 2013, pp. 318 ss.; PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2010; JIMÉNEZ PIERNAS, C., *Introducción al Derecho internacional público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Tecnos, 2011, pp. 257 ss.; SHAW, M., *International law*, 7 edition, Cambridge University Press, 2014, pp. 142 ss.; CASANOVAS, O., RODRIGO, A., *Compendio de Derecho internacional público*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, oo. 237 ss.

²⁶ Sin entrar en mayores explicaciones véase: OLIVA, D., *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho internacional*, Madrid, UC3M-BOE, 2012, 908 pp; ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el Derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005, 489 pp.

²⁷ TRUYOL SERRA, A., *La sociedad internacional*, Alianza Universidad, 1991.

²⁸ PÉREZ-PRAT, L., *Sociedad civil y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, 2004; ABAD CASTELOS, M., *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie? Las ONGs en la nueva sociedad civil global*, Cideal, 2004.

²⁹ En este sentido es atinente la reciente distinción doctrinal del profesor Jiménez Piernas entre Estado débil –frente al sostenible– que sería el que padece un deterioro político y socioeconómico que merma la gobernabilidad y le impide prestar un estándar mínimo de servicios públicos básicos y el Estado fracasado, que no ejerce un control efectivo y que ha perdido el monopolio del uso legítimo de la fuerza en parte de su territorio, porque se desafía y suplanta su autoridad por medios violentos. JIMÉNEZ PIERNAS, C., «Estados débiles y Estados fracasados», *REDI*, vol. LXV, 2, 2013, pp. 11-51, p. 47.

³⁰ ROUCOUNAS, F., «The users of international law», en *Essays in international law in honour of M. Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 217-234.

ni la otra. Participan en los procesos de creación y de aplicación del Derecho internacional, impulsando normas y controlando su aplicación y tienen un papel que debe dar a una mayor presencia y reconocimiento en el Derecho internacional.

II. DEBATES SOBRE LOS ANE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. *El debate sobre la personalidad jurídica internacional*

La ruptura de la interestatalidad de Derecho internacional se empieza a producir con la aparición de las Organizaciones internacionales, en un proceso que llevará tiempo aceptar su personalidad. Posteriormente, la emergencia del individuo como sujeto de Derecho internacional es un fenómeno que, sin embargo, no es pacífico.

En las primeras décadas del siglo XX hubo muchos debates que llevaron a parte de la doctrina a considerar que los *individuos* eran los únicos sujetos del Derecho internacional, aunque fuese por intermedio de los gobernantes o por una competencia que se les otorga. Politis, entre otros, rompió con las concepciones tradicionales al negar la distinción entre gobernantes y gobernados y definir el Derecho internacional como un «conjunto de reglas que regulan las relaciones de los hombres que pertenecen a diversos agrupamientos nacionales». El Derecho de gentes, decía «pertenece al hombre y solo al hombre» y, a su juicio, estaba en una fase de «transición entre ser un derecho de los Estados o un derecho de los hombres»³¹; para Brown-Scott el «individuo es, sin contestación posible, la primera unidad de la Comunidad internacional, mientras que el Estado sería un elemento secundario e intermedio».

El paroxismo de estas posiciones se da con la tesis negadora de la existencia del Derecho internacional sobre la base de que *sólo podía existir derecho en las relaciones individuales* (hombres dotados de voluntad y conciencia), siendo el Derecho internacional inexistente y absurdo porque el Estado «no es sujeto». Esta fue la posición de Umberto Campagnolo en una tesis doctoral, publicada en 1999 por Giuffrè. Discípulo de Kelsen (que hizo un informe sobre la tesis de 30 páginas), mantenían posiciones antitéticas³². Todas estas posiciones eviden-

³¹ POLITIS, N., *Les nouvelles tendances du Droit international*, Hachette, París, 1927

³² *Vid.* KELSEN, H., CAMPAGNOLO, U., *Diritto internazionale e Stato sovrano. Coun un inédito di Hans Kelsen e un saggio di Norberto Bobbio*, editado por M. Losano, Giuffrè, Milano, 1999.

cian un idealismo jurídico que lleva sin un criterio claro a otorgar personalidad internacional a los seres humanos.

Lo importante es determinar *qué criterios de subjetividad se aceptan y comprobar ver si los ANE los tienen*. Las doctrinas más clásicas y exigentes consideran que son sujetos los que tienen la capacidad de concluir tratados, de establecer relaciones diplomáticas y de participar en los mecanismos generales de responsabilidad internacional³³. Desde esta posición ningún ANE tiene subjetividad. La persona humana tiene subjetividad activa convencional y una subjetividad pasiva general, y es por ello sujeto de derecho internacional de manera objetiva, limitada y funcional³⁴. Esta aceptación supone aplicar unos criterios de subjetividad menos exigentes.

Desde esta perspectiva estimamos –siguiendo al profesor R. Bermejo– que también se debe reconocer a las *empresas transnacionales* una subjetividad mínima; su personalidad es sólo funcional, al quedar limitada al cumplimiento de sus obligaciones y relativa, pues solo es oponible al Estado o Estados que la reconocen³⁵. No debemos confundir la soberanía con la personalidad, lo que nos lleva a un debate inadecuado. Reconocer a una empresa transnacional personalidad internacional a los efectos de su sujeción al derecho es una solución a un problema, que no genera otros nuevos. El Derecho internacional debe ser un instrumento útil para controlar los efectos negativos de la globalización. En esta línea los *Principios rectores Empresas y derechos humanos*, aprobados por el Consejo de derechos humanos de Naciones Unidas en 2011 son algo positivo que, sin embargo, no ha supuesto un avance en este debate, que necesita nuevas vías futuras.

En los casos citados (*persona humana, empresa transnacional*), la *adquisición de la personalidad internacional deriva de un cierto reconocimiento por parte de la Comunidad de Estados*, al menos implícito, bien sea por la realización de contratos de Estado (por las empresas), bien sea por el reconocimiento de derechos humanos o de responsabilidades (y de vías de exigibilidad, en el caso de las personas). Del mismo modo, en el caso de la *Unión Europea* el debate sobre el

³³ En este sentido DOMINICE, C., «La personnalité juridique dans le système du droit des gens», *Theory of international law at the threshold of the 21 century. Essays Skubiszewski*, VV.AA., Kluwer, 1996, pp. 147 ss; ID., «L'emergence de l'individu en Droit international public», *L'ordre juridique international entre tradition et renovation*, IUHEI, Puf, París, 1997, pp. 109-124.

³⁴ FERNÁNDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Thomson Reuters, 2013.

³⁵ BERMEJO GARCÍA, R., «Las empresas transnacionales como actores y sujetos potenciales en la sociedad internacional», BARRANCO, C.; CELADOR, O. y VACAS, F. (coords.), *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*, col. «Gregorio Peces-Barba», n.º 2, Dykinson, 2012, pp. 93 ss. y 102-103.

reconocimiento de su personalidad evidencia que es en este caso una *personalidad derivada de los Estados*.

La proliferación de teorías en torno a la personalidad de la *Unión Europea* (teoría objetiva; teoría de la voluntad; teoría de la personalidad presunta; teoría de la personalidad jurídica implícita)³⁶ muestra que puede acceder más claramente a las manifestaciones de la personalidad internacional. Era conveniente clarificar la cuestión. La UE es hoy una organización internacional que es al mismo tiempo actor internacional y un sujeto de sujetos. Su acceso a la personalidad jurídica, en todo caso, es una cuestión vinculada al reconocimiento de los Estados, no podría producirse ante la voluntad explícita de los Estados.

La voluntad de los Estados puede ser explícita, mediante un acto de creación o de reconocimiento, o implícita, mediante actos que supongan el reconocimiento de la personalidad. En el caso de la *Cruz Roja Internacional* a nuestro juicio se puede afirmar en la actualidad que es una *organización internacional sui generis*. Es una organización internacional según señalan explícitamente los estatutos de la Cruz Roja, aprobados el 18-XII-2014, y en vigor desde el 1 de abril de 2015. Pero ni ha sido creada por los Estados, ni son miembros los Estados, ni encaja en ninguno de los elementos de las Organizaciones internacionales. Si se acepta que tiene la naturaleza de Organización internacional sería por una equivalencia o asimilación que solo puede ser resultado de la aquiescencia estatal (el que calla otorga) o, en todo caso, del reconocimiento derivado por la Comunidad internacional de su subjetividad funcional. El movimiento humanitario, un ANE conformado por iniciativa de personas de nacionalidad suiza y compuesto del CICR (Comité internacional de la Cruz Roja, de las sociedades nacionales de la Cruz Roja y de la Federación internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja) tendría personalidad internacional por reconocimiento y/o aceptación de la Comunidad internacional. Aunque tenga una situación similar no creo que sea predicable hasta el momento lo mismo del Comité Olímpico Internacional, encargado de organizar los juegos olímpicos, desde 1896, cuya autoridad suprema son 105 miembros activos elegidos por cooptación.

³⁶ Vid. FERNÁNDEZ LIESA, C., «La Unión Europea. Sujeto y actor de las relaciones internacionales», en BENEYTO (dir.), *Tratado de derecho y políticas de la UE, Tomo IX. Acción exterior de la Unión Europea*, Madrid, Aranzadi, 2017. FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., *Las capacidades de la Unión europea como sujeto de Derecho internacional*, Granada, Educatori, 2010; SOBRINO HEREDIA, J., «La personalidad jurídica internacional de la UE tras el tratado de Lisboa», en SÁNCHEZ RAMOS (ed.), *La Unión Europea como actor global. Algunas cuestiones analizadas desde el Tratado de Lisboa*, Tirant monografías, 2012; PÉREZ GONZÁLEZ, M. y STOFFEL VALLOTON, N., «La cuestión de la naturaleza jurídica de la Unión Europea. El problema de la personalidad jurídica», *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, Madrid, MacGrawHill, 1998, pp. 188 ss;

En algunos supuestos, por lo tanto, hay ANE que adquieren personalidad internacional, como es también el caso de la *Soberana Orden de Malta*. También aquí el reconocimiento de miembros de la Comunidad internacional permite la concurrencia de determinadas manifestaciones de la subjetividad internacional. Mantiene relaciones diplomáticas (derecho de legación activa y pasiva) y celebra tratados a fin de llevar a cabo su labor hospitalaria y asistencia, entre otras manifestaciones menores³⁷; es, sobre todo, su origen y su consolidación como sujeto en un momento en el que el poder de la cultura y la religión cristiana era superior al de otras culturas y religiones lo que ha permitido ese reconocimiento³⁸. Probablemente que en la actualidad difícilmente los Estados le reconocerían personalidad internacional. En esta línea, y sin entrar en los vericuetos del asunto, la dependencia del Papa es significativa, como evidenció la dimisión del Gran Maestro Matthew Festing, en enero de 2017, a petición del Pontífice Francisco³⁹.

En todo caso, la conversión de ANE en sujeto de Derecho debe hacerse con mucha prudencia y de manera muy restrictiva. Un buen ejemplo de ello es el análisis de los ANE denominados *micronacionaes o criptarquías, cibernaciones, naciones virtuales, países imaginarios o proyectos de país*. Se trata de entidades creadas y organizadas a imitación de los Estados soberanos, de pequeño tamaño, población reducida, que se han proclamado Estados soberanos e independientes y que existen en pequeños espacios físicos o en internet⁴⁰. En estos casos la Comunidad internacional no les reconoce, lo que es relevante en Derecho –aún cuando no modifica el carácter declarativo del reconocimiento–. La personalidad deriva de que se produzcan manifestaciones de la misma en el plano de sus relaciones; además en el caso de los pseudo Estados de que se de las condiciones de estatalidad. Nada impide que los ANE se conviertan en sujetos de Derecho, siempre y cuando sea necesario y, por el momento, que dicha subjetividad y sus manifestaciones sean el reflejo de la realidad y de sus relaciones con la Comunidad internacional de Estados.

³⁷ Vid. sobre esto BARBERIS, T A., *Los sujetos de Derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 105-107

³⁸ Vid. FERNÁNDEZ LIESA, C., *Cultura y Derecho internacional*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 2012, pp. 32 ss.

³⁹ Vid. sobre la personalidad de la Orden de Malta el clarificador trabajo de Barberis, antes citado

⁴⁰ En el pasado hubo personajes excéntricos que intentaron crear micronaciones como el Reino de Córcega, el de la Araucanía y la Patagonia o el Reino de Sedang, o el Reino de Redonda mientras que en tiempos más recientes el Reino de Talossa, el principado de Hutt River, Seborga o Hay-on-Wye o el más conocido principado de Sealand. OCHOA RUIZ, N., «Las micronaciones y el Derecho internacional», *El Estado en la encrucijada: retos y desafíos en la sociedad internacional del siglo XXI*, Cuadernos del Instituto Carlomagno de estudios europeos (Universitat Internacional de Catalunya), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 95-131.

2. El debate sobre la transnacionalidad y la transparencia de los ANE

Los ANE actúan en el espacio transnacional, más allá del estatal. La transnacionalidad de la vida internacional ha llevado a plantear debates relativos a la teoría de los sujetos o de la relación público-privado, entre otras cuestiones⁴¹. Se empezó a poner de relieve el choque entre el régimen metropolitano (del Derecho internacional) y el régimen cosmopolita (del Derecho internacional económico) (Kennedy), entre el orden *mercatique y étatique* (Kahn), entre el orden internacional y anacional (Osman), entre el internacional y el transnacional (Trachtman⁴²).

Una cosa es que el espacio y los problemas sean transnacionales, y otra que lo sea el ordenamiento o los sujetos. La expansión transnacional de la sociedad civil no implica una correlativa transformación de los sujetos o de los medios de creación y cambio de los principios y normas del Derecho internacional. Hasta el momento es difícil pensar en que las relaciones sociales transnacionales de las empresas, incluso de otros actores no estatales transnacionales, susciten prácticas que sean relevantes desde el punto de vista de la formación de normas consuetudinarias. No es desde luego un panorama jurídico a excluir, sino todo lo contrario. El Derecho internacional debe evolucionar tanto en la teoría de las fuentes como en la de los sujetos en un sentido de abrir paso a otros sujetos, a otros participantes. Pero hasta el momento son sujetos de derecho interno, no de derecho internacional.

Falta por construir un orden internacional que acoja mejor los problemas transnacionales. El formalismo jurídico han llevado a que muchos ANE

⁴¹ Así, por ejemplo REISMAN, M., «Designing and managing the future of the State», *E.J.I.L.*, vol. 8, n.º 3, 1997, p. 415; DEL ARENAL, C., *Introducción a las relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 3ª ed. revisada y ampliada, 2000, pp. 309 ss. CHARVIN, R., *Rélations internationales, Droit et mondialisation. Un monde a sensu nique*, Préface de M. Bedjaoui, L'Harmattan, París, 2000, pp. 53 s

⁴² KENNEDY, D., *Droit international et politique*, IHEI, 1999/2000, Pedone, París, pp. 8-178; KAHN, P., «Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?», *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offerts à Berthold Goldman*, Litec, París, 1982, pp. 96 ss; OSMAN, F., *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, París, LGDJ, 1992; TRACHTMAN, J., «The international economic revolution», *University of Pennsylvania journal of international economic law*, vol. 17, verano de 1996, n.º 1, pp. 33-61. RIGAUX, F., *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, París, 1977; ABI-SAAB, G., «The international law of multinational corporations. A critique of american legal doctrines», en SNYDER, F. (ed.), *Third world attitudes toward international law. An introduction*, Martinus Nijhoff publishers, 1987, pp. 548-576, pp. 555. *Vid* asimismo, HERDEGEN, M., *Principles of international economic law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2016; PICKER, C.; BUNN, I.; ARNER, D., *International economic law*, Bloomsbury, 2008.

sean invisibles o carezcan de transparencia en el mundo del Derecho. Podemos pensar en los mercados o en la noción de imperio. No se trata de que se considere a unos o a otros sujetos de Derecho internacional. Pero su capacidad de influencia y la fuerza de la realidad haría aconsejable que tuvieran un lugar en el Derecho.

Los imperios han estado presentes en la vida internacional tanto antes como desde la creación del sistema de Estados europeos hasta la actualidad. Los imperios se caracterizan por su vis expansiva, se desarrollan por expansión, por conquistas territoriales y anexiones. Ciertamente que la conquista de territorios está prohibida por el Derecho internacional, pero esto es algo reciente en el orden internacional. Como explicase C. Schmitt la toma de la tierra había sido un acto constitutivo del derecho de gentes. Cuando se disuelve el *Ius publicum europaeum*, indica C.Schmitt, entre 1890 y 1918, su lugar es ocupado por un normativismo vacío de reglas al parecer generalmente reconocidas, que ocultaba a la conciencia de los hombres el hecho de que se estaba deshaciendo una ordenación concreta de potencias hasta entonces reconocidas y que aún no había sido hallada una nueva ordenación.

Mejor no mentar el nazismo de C. Schmitt, que ya criticamos en otro trabajo⁴³, pero no cabe duda de que con la universalización de la sociedad internacional, ya en el siglo XX, los imperios y el imperialismo en sentido clásico, fracasados los proyectos de espacio vital hitlerianos, se transforman y cambian de significado. Esto no significa que hayan acabado los Imperios o los imperia- lismos. Burbank y Cooper⁴⁴ han analizado el mundo de naciones-Estado que hoy conocemos, con apenas sesenta años de edad, por comparación con los miles de años de los Imperios, cuyas políticas, prácticas y culturas siguen modelando nuestro mundo. Buzan y Little pusieron de relieve el *excesivo papel otorgado del estacentrismo* en el análisis de la estructura del sistema internacional⁴⁵.

Luard, después de analizar los diferentes tipos de sociedad internacional a lo largo de la historia⁴⁶, muestra que en todas la sociedades internacionales

⁴³ Vid. sobre esto FERNÁNDEZ LIESA, C. y KRAMARZ, A., *Estudio sobre el libro de C. Zarka Un detalle nazi en el pensamiento de C. Schmitt*, Anthoropos, Barcelona, 2007, 110 pp. en *Derechos y libertades*, n.º 21, época II, junio 2009, pp. 285-292.

⁴⁴ BURBANK, J. y COOPER, F., *Imperios. Una nueva visión de la historia universal*, Barcelona, 2011, 699 pp.

⁴⁵ Vid. BUZAN, B. y LITTLE, R., *International system in world history. Remaking the study of international relations*, Oxford University Press, 2010, 447 pp.

⁴⁶ Este autor analiza el antiguo sistema chino (771-221 a.c.), las ciudades Estado griegas (510-338 a.c.), la época de las dinastías 1330-1559, la época de las religiones 1559-1648, la época de la soberanía 1648-1789, la época del nacionalismo 1789-1914, la época de la ideología, 1914-19. LUARD, E., *Types of international society*, Londres, 1976, 381 pp.

se han mantenido formas de hegemonía entre sus miembros. Watson pone de relieve, tras estudiar la evolución de la sociedad internacional⁴⁷, el papel de la hegemonía en los diferentes periodos históricos, tanto en los sistemas antiguos, como en la sociedad europea medieval, del renacimiento, el sistema de westfalia, la expansión europea, la hegemonía colectiva del concierto europeo y la sociedad internacional global actual, desde el declive europeo pasando por el conflicto este-oeste, la descolonización y nuestro tiempo.

Por todo ello cabe considerar que los análisis sobre los imperios a lo largo de la historia ponen de relieve un papel que en tanto que ANE han tenido a lo largo de la historia, papel invisible. A nuestro juicio se puede afirmar la continuidad de los imperios en el sistema de Estados, en tanto que ANE. Han sobrevivido ocultos bajo el formalismo del derecho y, en muchas ocasiones han mostrado su vitalidad. Son en ese sentido poderes ocultos, faltos de transparencia.

Si ha habido debate entre los historiadores sobre la continuidad de los Imperios⁴⁸, no debería dejar de haberlo en el campo del Derecho internacional. Autores como Truyol⁴⁹ hicieron hace ya tiempo análisis que ponían de relieve que la noción de Imperio había sido común en todos los sistemas de Derecho internacional.

Así en las civilizaciones del Antiguo Oriente había un Concierto de Imperios, China se consideraba el Imperio del Centro, el imperio del gran mogol tuvo una relevancia hoy desconocida, mientras que el Imperio romano (*arbiter mundi*) resucita en la corte de Carlomagno y se convierte en *Imperium christianum* (*sacrum Imperium*).

Aunque esto cambia con el sistema de Westfalia, no hay que olvidar que el nuevo orden de la modernidad fue de hecho compatible con todos los imperios europeos que desde entonces se fueron construyendo, con los antiguos imperios ya existentes en otras civilizaciones, así como con el imperialismo y con otras formas de hegemonía y de dominación que son compatibles con el Derecho internacional y con la idea de soberanía e igualdad entre los Estados, salvo concepciones incompatibles con la realidad. Por ello autores como Anghe consideran que vivimos en una era de imperio continuado, bajo nuevas y diversas formas⁵⁰, en las que son relevantes los ANE.

⁴⁷ WATSON, A., *The evolution of International society. A comparative historical analysis*, Routledge 1992, 2009, 334 pp

⁴⁸ HOBBSAWM, E., *La era del imperio*, op. cit., p. 678.

⁴⁹ TRUYOL SERRA, A., *Historia del Derecho internacional público*, versión española de Paloma García Picazo, Madrid, Tecnos, 1998,

⁵⁰ ANGHIE, A., *Imperialism, sovereignty and the making of International law*, Cambridge University Press, 2004, 355 pp.

III. ANE, PRINCIPIO DE SOBERANÍA Y PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD

A pesar de las transformaciones del sistema internacional, los principios constitucionales o estructurales del Derecho internacional, tales como los de no intervención, soberanía e igualdad siguen teniendo mucha vigencia y fortaleza. La idea de los ANE no deja de suponer un peligro para el poder del Estado. Los principios del Derecho internacional siguen siendo importantes y tienden a debilitar la progresión de los ANE en el Derecho internacional. Los actores estatales quieren seguir siendo el filtro por el que debe transcurrir el ordenamiento.

El sujeto de Derecho principal es el *Estado soberano*, punto de referencia de una Comunidad internacional poco numerosa e interestatal en su estructura básica. Los Estados no quieren cambiar una estructura que no llega a doscientos Estados y a varios centenares de organizaciones, para no multiplicar muchos más sujetos y debilitar su posición y equilibrios. La soberanía del Estado, como principio constitucional, es respetada. En esta línea, el sujeto de Derecho internacional es el Estado.

Esto es compatible con que las relaciones internacionales sean objeto de acción por otros *actores no estatales o subestatales*, como en un Estado pueden tener las regiones, u otras entidades públicas o privadas, como las Universidades. En esta línea el Tribunal Constitucional (STC 228/2016, de 22 de diciembre) ha distinguido entre el *sujeto de derecho y los actores internacionales activos*. El sujeto de derecho (España) es el que tiene las atribuciones internacionales, en el marco de la responsabilidad internacional, el derecho de los tratados, el de representación internacional etc.. Las Comunidades autónomas sin ser sujetos tienen capacidad de acción internacional.

La soberanía del Estado como principio constitucional del orden internacional es comúnmente respetada. La creación de nuevos Estados como consecuencia de la acción de ANE es difícil cuando no están amparados por ningún fundamento en el Derecho internacional. Los secesionistas, rebeldes, alzados o insurgentes carecen de la legitimidad que otorgan las normas internacionales.

La independencia no es, aún con todo, ni imposible ni contraria al Derecho internacional, pero no está avalada por éste. Todo depende del poder de los separatistas y de la fuerza de resistencia de los Estados. Es una cuestión de fuerza, de poder, no de Derecho. Es una *cuestión de fuerza de resistencia de la legalidad, no de legitimidad*. Es decir, de que se pueda mantener el orden jurídico frente a la pretensión de cambio revolucionario.

En esta línea cabe recordar a Kelsen⁵¹ cuando decía que el *principio de legitimidad es la validez de las normas en el tiempo, mientras no son derogadas en la forma que determine el orden jurídico*. Lo sucedido en el Parlament los días 6 y 7 de septiembre de 2017 supone una derogación de la Constitución de 1978 sin seguir el procedimiento constitucional. Pero esto para Kelsen sería una *Revolución o golpe de Estado* en los que se «nulifica y sustituye el orden jurídico en forma ilegítima como golpe de Estado, en donde el cambio del viejo orden al nuevo orden se realiza de forma que no concuerda con el principio de legitimidad, que era lo mismo que la previa legalidad». Así para Kelsen legalidad y legitimidad son la misma cosa salvo en casos de golpe de Estado⁵².

No es que la secesión sea contraria al Derecho internacional, incluso unilateral, pues al fin y al cabo el ordenamiento internacional se apunta a caballo ganador, cuando un Estado desfallece y no puede preservar su unidad. Pero *esa secesión, de haberla, carece de fundamento legal, aunque sea una pretensión igual de legítima a la contraria*. Todo es defendible. Esa legitimidad, eso sí, se esfuma cuando no se cumplen las reglas del juego, como ha sucedido en España, de la manera más grosera.

En la tensión entre la soberanía del Estado y los ANE, el titular de la soberanía en los modernos modelos de legitimidad y en los Estados democráticos es el pueblo del Estado, como sucede en España, donde la *soberanía* reside en el *pueblo español*. En el caso de España los secesionistas hicieron una estrategia en la que había un reparto de papeles entre autoridades gubernamentales, parlamentarias y civiles (en este caso ANE, como Asamblea Nacional Catalana y Omnium) que llevaron a un conjunto de acciones que, en suma, han supuesto lo que cabe calificar doctrinalmente como *golpe de Estado continuado*. Otra cosa es la calificación penal de las conductas, en tanto que rebelión, sedición, malversación, desobediencia, organización criminal u otras conductas punibles, cosa en la que no vamos a entrar, y sobre la que se tendrán que pronunciar los tribunales.

En todo caso, el 23 de enero de 2013, el Parlamento de Cataluña aprobó una *Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña*. Aquí se inicia una vía peligrosa para el sueño kantiano de la paz a través del derecho. Se reconoce al pueblo de Cataluña (art. 1) carácter de sujeto político y jurídico soberano, lo que el Tribunal constitucional consideró inconstitucional y nulo, al indicar «los ciudadanos de Cataluña no pueden confundirse con el pueblo soberano concebido como la unidad ideal de imputación del poder constitu-

⁵¹ KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1969 (1ª ed. 1949), p. 133

⁵² Vid. sobre esto mi artículo: «El sofisma entre legalidad y legitimidad», *El País*, 6-XII-2014.

yente y como tal fundamento de la Constitución y del ordenamiento» (STC 42/2014, de 25 de marzo de 2014; STC 259/2015, de 2 de diciembre de 2015).

Posteriormente la Res. I/XU de 9-IX-2015 inició el *proceso político de creación de un Estado catalán en forma de República*, en la que se indica que (disposición sexta) que el Parlamento de Cataluña es depositario de la soberanía y expresión del poder constituyente, se consideraba el inicio de un proceso de desconexión democrática del Estado española, que no se supeditarían a las decisiones de las Instituciones del Estados español, en particular del Tribunal Constitucional, al que consideraban falta de legitimidad y de competencia a raíz de la sentencia de junio de 2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Sin entrar en mayores disquisiciones, todo esto, indica el TC, supone una *clara ruptura del orden constitucional*. La Constitución, indica tanto el TC como la propia constitución, es fruto de la determinación de la nación soberana por medio de un sujeto unitario, el pueblo español, en el que reside la soberanía y del que emanan los poderes del Estado (art. 1, 2). La soberanía de la nación residenciada en el pueblo español conlleva necesariamente su unidad y así lo proclama el art. 2. La unidad del sujeto soberano es fundamento de una Constitución mediante la que la nación se constituye, al propio tiempo, en Estado social y democrático de derecho (STC259/2015, de 2 de diciembre de 2015).

Todo lo sucedido en este ámbito es de cabo a rabo inconstitucional. Aún más, lo sucedido desde las leyes de 6-7 septiembre de 2017 y la declaración de independencia de 27 de octubre forma parte de una *rebelión-revolución, calificables de golpe de Estado*⁵³. En este sentido desde la perspectiva del Derecho internacional son hechos internos, que solo tienen relevancia jurídica caso de triunfar.

En breve, es el *principio de efectividad lo que funciona, en último término tanto para la unidad del Estado como para su división*. Decía Touscoz que el principio de efectividad puede ser calificado de principio informador del Derecho internacional (no de principio fundamental ni de principio general del derecho), en el sentido de que es muy relevante⁵⁴. La fuerza de los hechos es muy relevante en la creación de Estados, en la transformación de ANE en Estados. Por su parte

⁵³ Así, entre otros QUADRA-SALCEDO, T., «Un nuevo escenario», ¿Cataluña independiente?», *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, Iustel, n.º 71-72, octubre-noviembre de 2017, pp. 98 ss. Sobre el carácter revolucionario véase REMIRO BROTONS, A., «La independencia como un hecho revolucionario», *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º 34, diciembre de 2017.

⁵⁴ TOUSCOZ, J., *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, R⁷ DUpty préface, LGDJ, París, 1964, pp. 255 ss; Véase además SALMON, J., «La construction juridique du fait en droit international», *Archives de philosophie du droit*, t. 32, Le Droit international, Sirey, 1987, pp. 135 ss; MIAJA DE LA MUELA, A., *El principio de efectividad en derecho internacional*, Universidad de Valladolid, 1958, 114 pp.

Capotorti se refiere a las reglas de estructura, que por ello no se vinculan a ningún procedimiento formalmente considerado para producir reglas jurídicas, sino que reflejan espontáneamente la forma en que la estructura jurídica de un sistema se organiza. Por su parte Kelsen decía que el nacimiento de Estados es una cuestión de hecho⁵⁵.

Es decir, que un ANE adquiera la independencia de un Estado del que forma parte es una cuestión de hecho, no de derecho. Ciertamente que el Derecho internacional ha avanzado y, como es sabido, hay ciertas violaciones de normas imperativas que si se producen en momentos de creación de nuevos Estados pueden llevar a los Estados a tener la obligación de no reconocer al nuevo Estado, si se creó en contravención del principio que prohíbe usar la fuerza en las relaciones internacionales, o como resultado de graves crímenes internacional y violaciones graves y sistemática de derechos humanos, por ejemplo. Tampoco nos referimos ahora a los pueblos con derecho de libre determinación.

En definitiva y como decía Verhoeven⁵⁶, los Estados son sujetos primarios y originarios porque su «identificación no obedece a ninguna regla, sino que opera de manera empírica». Es cierto que el orden internacional precisa las condiciones de existencia de un Estado, pero su realización es una cuestión de puro hecho que el Derecho constata, razón por la cual el reconocimiento tiene efectos declarativos. En definitiva *la conversión de un ANE en Estado tiene elementos que escapan al derecho, lo cual depende de la historia y del poder*. Por ello los Estados si quieren sobrevivir no les queda otro remedio que defender su soberanía y el derecho a decidir de sus ciudadanos, frente a aquellos que lo contravienen.

No tenemos espacio para alargarnos en esto, pero no cabe duda de que ni el Derecho internacional de la democracia, ni el derecho internacional de los derechos humanos, ni el derecho internacional de las minorías ni el derecho de libre determinación de los pueblos corrigen en esencia, desde la perspectiva jurídica internacional, lo que acabo de decir. Las recientes elecciones del 21 de diciembre de 2017, en Cataluña, son unas elecciones autonómicas, no son un referéndum de autodeterminación ni de secesión. Elecciones que ha convocado el Gobierno de España, en aplicación del art. 155 de la Constitución, al estar en claro incumplimiento del orden constitucional los representantes del Estado en dicha comunidad autónoma y sus instituciones autonómicas.

⁵⁵ KELSEN, H., «La naissance de l'Etat et la formation de sa nationalité: les principes; leur application au cas de la Tchécoslovaquie», *Révue de Droit international* 3 année, vol. 4, 1929, pp. 613-641.

⁵⁶ VERHOEVEN, «L'Etat et l'ordre juridique international Remarques», *RGDIP*, t. 82, 1978/3, pp. 749 ss.

Pues bien, ante lo excepcional no cabe sino aplicar la ley y actuar con normalidad constitucional frente a los *que se han alzado contra un orden legal y legítimo*. Estamos ante un proceso revolucionario carente de sustento en el Derecho interno o internacional. La pura efectividad del poder. El Estado debe hacer efectivo el derecho (Estado de derecho) e intentar que se introduzca el pluralismo y la convivencia en una sociedad que, excitada por el nacionalismo excluyente, puede caer en el odio y el radicalismo.

IV. LAS INSUFICIENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A LOS ANE

1. *Los ODS, los principios Rectores y los ANE*

En el siglo XXI es conveniente y necesario que los ANE tengan de alguna manera una mayor presencia y acogida en el tejido del ordenamiento jurídico, porque eso podría mejorarlo y poner las bases para afrontar los retos de la humanidad con mejores herramientas jurídicas. Es decir, en definitiva es una necesidad.

Para alcanzar los grandes desafíos que la Comunidad internacional tiene ante sí, como los *objetivos de desarrollo sostenible (la Agenda 2030)*, es necesario que los ANE cumplan una labor esencial y mayor a la actual. No basta con los Estados, y con la clásica técnica derecho-obligación a través de los tratados internacionales. Llegar a los ODS requiere de la *participación activa de los ANE*. Entre otros, de la ciudadanía, los partidos políticos, la sociedad civil en general, las ciudades, las filosofías y religiones, los sindicatos y trabajadores, las empresas y otros actores económicos internacionales, las organizaciones no gubernamentales etc.. Afrontar los retos de la Humanidad requiere dar un papel distinto y mayor por la Comunidad internacional a los ANE insuficientemente reconocidos en el tejido jurídico internacional. Requiere grandes cambios. Funcionar por objetivos no es lo mismo que hacerlo con la técnica jurídica. Este cambio puede ser también una oportunidad, si se hace bien, o las bases del fracaso, si se hace mal, pero en todo caso exige dar un mayor papel a los actores no estatales en la realidad jurídica internacional.

2. *Los ANE en el Derecho internacional humanitario*

Los ANE siempre estuvieron presentes en el Derecho internacional y en el Derecho internacional humanitario, como evidencia la figura de los *beligerantes* o de los movimientos de liberación nacional, que tenía además el

reconocimiento de sujetos de derecho internacional, y determinadas manifestaciones.

La responsabilidad internacional de los ANE permanece en territorio apenas explotado, a pesar de que ONGs, compañías transnacionales y grupos armados juegan un papel creciente en la escena internacional⁵⁷. Si el orden jurídico les reconociera una cierta capacidad –indica Sassoli– se tendría la ventaja de exigirles el cumplimiento de estándares, mientras que en caso contrario se deja su regulación a los derechos internos, lo que es descartable en un conflicto armado. Hay que tener en cuenta que la mayor parte de los conflictos internacionales actuales son entre ANE (grupos armados no estatales) que combaten contra el Estado o entre ellos, para lo cual el Derecho internacional no está bien adaptado.

En este sentido destaca el debate sobre la *privatización del uso de la fuerza*. Ya en el pasado hubo normas jurídicas internacionales contra la piratería o los mercenarios. El Protocolo Adicional I al convenio de Ginebra, de 8 de junio de 1977, dispuso en el art. 47 que «los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra». En 1989 se aprobó el *Convenio internacional sobre el reclutamiento, la utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios*.

La actual preocupación por el fenómeno de las empresas militares y de seguridad privadas llevó al proyecto de *Convenio sobre regulación, vigilancia y supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas*, que debatió el Consejo de Derechos Humanos en septiembre de 2010⁵⁸; o posteriormente a la aprobación del *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales y las buenas prácticas*, a iniciativa de Suiza y de la Cruz Roja.

Estos ejemplos evidencian que en la era de los *non state actors* las reglas del Derecho internacional deben acomodarse a la realidad⁵⁹. Esta acomodación del Derecho internacional no va a producir una revolución del Derecho internacional. A pesar de las transformaciones del orden westfaliano coincidimos con

⁵⁷ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., «El Derecho internacional humanitario ante los desafíos que plantean los actores no estatales», *Revista española de Derecho internacional*, vol. 68/2, julio-diciembre de 2016, pp. 303-312; SASSOLI, M., «Actores no estatales y desafíos para el Derecho internacional humanitario», en la misma revista pp. 313-320.

⁵⁸ Vid. GÓMEZ DEL PRADO, J. y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, 10, Tribuna internacional, 2011, 199 pp.

⁵⁹ SLAUGHTER, A «International law and international relations», *RCADI*, 2000, t. 285, 2001, pp. 9-250, en especial capítulo III; HOFMAN, R. (dir.), *Non State actors as a new subjects of International law*, Berlín, 1999.

García Segura⁶⁰ cuando indica que la evolución es lenta. A finales del siglo XX también nos advertía el profesor Rodríguez Carrión (al hablar de la humanidad y su aplicabilidad a la zona de los fondos marinos) que las concepciones tan idealistas (la humanidad, nuevo sujeto de Derecho internacional) están alejadas de lo que los Estados quieren que sea la realidad de la práctica internacional⁶¹.

3. *Los ANE como instrumentos de los Estados*

En el ámbito del derecho de la *responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos*⁶² se considera hecho del Estado no solo los realizados directamente por sus órganos del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), sino también debidos a entidades que ejercen prerrogativas de poder público (como una Comunidad Autónoma), y también se atribuyen al Estado los actos realizados por particulares (actores no estatales), si se dan ciertas condiciones. Para que se produzca la atribución al Estado de actos del particular debe actuar bajo dirección o control, o recibir instrucciones, o ejercer de hecho funciones de poder público o actuar por cuenta del Estado. La práctica evidencia muchos casos diferentes. Por ejemplo, en el *asunto del personal diplomático en Teherán* se atribuyó a Irán la conducta de particulares, por cuanto el Estado se había abstenido de intervenir, incumpliendo su obligación de proteger la legación diplomática; en otros casos, como en el *Asunto Loizidou contra Turquía* se consideró que ésta era responsable de los actos cometidos en zonas bajo su control, y no solo en su territorio o jurisdicción. Es decir, un Estado tiene cierto nivel de responsabilidad por hecho ilícito y por acto no prohibido de las conductas de los particulares (de los ANE en las zonas bajo su jurisdicción o control).

De ahí el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* (nadie debe permitir en su territorio actividades que puedan causar daños transfronterizos), base en la responsabilidad por actos no prohibidos desde el célebre *Asunto de la Factoría del Trail* (Trail Smelter Case), que era una entidad contaminante de naturaleza no estatal, un actor no estatal.

⁶⁰ *Vid.* las reflexiones de GARCÍA SEGURA, C., «Westfalia, worldfalia, Eastfalia. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional», *REDI*, vol. 69/2, 2017, pp. 45-70, p. 69.

⁶¹ RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *El Derecho internacional en el umbral del siglo XXI*, Universidad de Málaga, 1999, 74 pp., p. 36.

⁶² Sobre el derecho de la responsabilidad internacional del Estado cabe traer aquí a colación los trabajos del profesor C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La responsabilidad internacional. Las consecuencias del hecho ilícito*, Murcia, 2005; del mismo autor, *La Responsabilidad internacional de Estados y organizaciones internacionales*, Diego Marin, Murcia, 2010

Pero también se da en la práctica la utilización de *los ANE por los actores estatales*, a través de medios más sutiles, de una *longa manu* para hacer cosas contrarias al orden jurídico, y en todo caso poco legítimas. Esto sucede hoy con las *empresas privadas de seguridad*, contratadas en ocasiones para hacer actos contrarios al Derecho. Veamos algunos ejemplos del ayer. El *tráfico de esclavos* se realizaba por empresas multinacionales y ANE, bien es cierto que sobre la base del asiento de negros que les daban los Estados⁶³. Ahora bien, cuando en la Comunidad internacional empieza el proceso de abolición de la esclavitud, desde principios del siglo XIX y finales del XVIII algunos Estados como España, con Carlos III y Carlos IV compraron factorías negreras para reducir la dependencia de otros países. España en esto fue a contracorriente por los intereses en Cuba, por lo que la Constitución de 1812 no suprimió la trata, a pesar de que fue objeto de debate. Se hicieron por los empresarios que gestionaban la trata, al margen del Estado, pero en conexión con el mismo, grandes fortunas particulares, tales como Juan Guell (conde de Guell), Esteve Gatell, Josep Xifré, los hermanos Vidal-Quadras, Miquel Biada, Salvador Samá y Martí, Jaume Torrens, Josep Baró, Pablo Epalza, Antonio López, Juan Manuel Manzanedo, entre otros, como han tenido ocasión de analizar los historiadores⁶⁴.

Durante la historia se han producido otros enriquecimientos por actividades ilícitas, de las que se han aprovechado los Estados, incluso se han hecho a su sombra. Los ANE a veces actúan por cuenta del Estado cuando este no se quiere ensuciar las manos. Pasa hoy y sucedía en el pasado con los *piratas*, en casos muy bien conocidos por los ingleses. Ha sucedido también en otros sectores del Derecho internacional, como con los *bandeirantes*, que *de facto* usurpaban territorios en la América Meridional, en zonas lindantes entre la Corona de España y la de Portugal. De ahí la controversia entre los Estados sucesores de ambas coronas, muchas veces ante el Tribunal Internacional de Justicia entre el *uti possidetis iuris* y el *uti possidetis de facto*. Buena prueba de otros comportamientos no estatales de la mano de los Estados son la actuación de *caballeros*, *corsarios*, y *otros agentes del Imperio*, como ha analizado Noel Malcolm⁶⁵, vínculos que abrí que destapar mediante el desarrollo del Derecho.

⁶³ Vid. por lo que se refiere a la Corona de España el estudio de PIQUERAS, J.A., *La esclavitud en las Españas. Un lazo transatlántico*, Catarata, 2011, 260 pp; FERNÁNDEZ DURAN, R., *La Corona de española y el tráfico de negros. Del monopolio al libre comercio*, 2011, 407 pp.

⁶⁴ Vid. PIQUERAS, *op. cit.*, pp. 107 ss.

⁶⁵ MALCOM, N., *Agentes del Imperio. Caballeros, corsarios, jesuitas y espías en el mediterráneo del siglo XVI*, Galaxia Gutenberg, 2016, 714 pp; vid. asimismo COLAS, A. y MABEE, B. (ed.), *Mercenaries, pirates, bandits and Empires. Private violence in historical context*, Londres, 2010, 244 pp

4. *Los ANE y el desarrollo progresivo del Derecho internacional*

No cabe duda de la importancia que debe darse a los ANE en la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional. De un lado, en la medida en que son motores de transformación del Derecho internacional. Tal vez en esto habría que canalizar de mejor manera sus iniciativas, y que se hubiera una mayor confluencia ANE –Actores estatales en el proceso de iniciativa y formación de las normas internacionales–.

Pero más allá de eso hay que realizar una labor codificadora que permita impulsar que los diferentes desafíos que tiene en la actualidad el orden internacional, en relación con los ANE encuentren una respuesta jurídica en el Derecho internacional. Así, por ejemplo, en el marco de la *ciberseguridad* no basta con las normas nacionales, sino que hay que desarrollar normas de Derecho internacional, marco en el que se pueden gestionar los bienes públicos globales⁶⁶; pues bien, al hacer esto la cuestión de cómo regular a los ANE en el ciberespacio, es muy difícil.

Como indica la doctrina, si las actividades de los ANE no pueden atribuirse a los Estados más que si se prueba la existencia de un control efectivo –como sucede en el ámbito del Derecho internacional de la responsabilidad– este criterio sería muy restrictivo; esta situación –indica Segura– solo podría superarse si se aplica el criterio de diligencia debida en el marco de la obligación consuetudinaria de no permitir el uso del territorio de un Estado para causar daños a otro Estado⁶⁷. La cuestión es como «controlar» a los ANE en el marco del Derecho internacional público. El mismo problema se da en el caso de las empresas multinacionales, y en general con los ANE.

Otra cuestión que exige desarrollos o, en todo caso, una concepción clara es la del papel de los ANE en la codificación y el desarrollo del Derecho internacional y, en particular en la teoría de las fuentes. ¿Es relevante la práctica de los ANE en la evolución del Derecho internacional? ¿Es jurídicamente relevante en la conformación de la *opinio iuris* la posición de los ANE? ¿Pueden intervenir y de qué manera en los procesos nomogenéticos del Derecho internacional? Todas estas cuestiones deberían ser objeto de mayores investigaciones y opiniones. En todo caso, creo que hasta el momento la práctica y la opinión

⁶⁶ En esta línea KETTEMANN, M., «Ensuring cybersecurity through International law», *REDI*, vol. 69/2, julio-diciembre de 2017, pp. 281-289, pp. 283-284.

⁶⁷ SEGURA SERRANO, A., «Ciberseguridad y Derecho internacional», *REDI*, vol. 69/2, 2017, pp. 291-299, p. 293.

relevante es la de los Actores estatales. La de los ANE, pudiendo tener una cierta relevancia jurídica es, en todo caso, menor. Sin duda que crean ambiente, y puede fortalecer o debilitar la posición de los actores estatales (si tienen en contra o a favor a la sociedad civil).

Por ejemplo, en la formación de las normas de *ius cogens*, ámbito examinado por la Comisión de Derecho Internacional desde 2015 por el relator Tladi se plantea cuál debe ser la relevancia jurídica de la práctica de los ANE. En el texto propuesto de arts. 4 a 9, relativos a la identificación de las normas de *ius cogens* se indica que para que existe una norma de *ius cogens* debe haber una norma de Derecho internacional general, que sea *aceptada y reconocida por la Comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite derogación*. En la formación del carácter imperativo de la norma, lo que cuenta es la opinión de los Estados en su conjunto, no por lo tanto, la de los ANE.

En esta línea el art. 7 se especifica que lo relevante es la actitud de los Estados de la Comunidad internacional (7.1); la actitud de los actores diferentes a los Estados no puede constituir la aceptación y reconocimiento de la Comunidad de Estados en su conjunto, pero pueden ser relevantes al evaluar la posición de aquellos (7.2). Por lo tanto el borrador admite que la posición de los ANE tiene una relevancia secundaria en el proceso nomogenético de identificación de las normas de *ius cogens*, probablemente como para verificar la práctica y opinión jurídica de los actores estatales.

