

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

Ángel J. RODRIGO HERNÁNDEZ*

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. I. HEGEMONÍA Y DERECHO INTERNACIONAL. A. Los conceptos de hegemonía. 1. *La hegemonía como poder*. 2. *La hegemonía como una función social*. B. La paradoja de la hegemonía y el Derecho internacional. C. El concepto de Derecho internacional hegemónico. II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO. A. La oposición a las normas imperativas y a las normas universales de Derecho internacional. 1. *El rechazo a las normas de ius cogens*. 2. *El escepticismo sobre la existencia de normas consuetudinarias de carácter universal*. B. La reinterpretación de principios fundamentales del Derecho internacional público. 1. *El principio de igualdad soberana*. 2. *El principio de prohibición del uso de la fuerza*. 3. *La noción, estatuto y trato a los prisioneros de guerra*. C. La preferencia por los procedimientos de creación de normas más permeables al poder hegemónico. 1. *La desconfianza hacia los tratados internacionales multilaterales*. 2. *La costumbre hegemónica*. D. La hegemonía institucionalizada. 1. *La hegemonía institucionalizada en materia de relaciones económicas internacionales*. 2. *La hegemonía institucionalizada en materia de seguridad*. III. LOS LÍMITES DEL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO. A. Los límites materiales. B. Los límites políticos. C. Los límites jurídicos. 1. *Los límites jurídicos derivados del Derecho internacional público*. a) Los límites sistémicos. b) Los límites sustantivos. c) Los límites formales. 2. *Los límites jurídicos derivados del derecho norteamericano*. a) Una tradición jurídica mayoritariamente respetuosa con las obligaciones internacionales. b) El control del Tribunal Supremo sobre los poderes ejecutivo y legislativo. CONSIDERACIONES FINALES

INTRODUCCIÓN

Uno de los principales debates científicos que se está desarrollando en la doctrina iusternacionalista en el primer decenio del siglo XXI es, paradójicamente, el relativo a la propia ontología del Derecho internacional público, más aún cuando hace tan sólo unos pocos años se anunciaba, ahora sabemos que de forma prematura, que la batalla por el ordenamiento jurídico internacional estaba ganada y que, dada su madurez, se había entrado en una fase postontológica que permitiría plantear cuestiones relativas a la justicia e im-

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia, "La construcción del orden mundial del siglo XXI: actores, autoridades y patrones políticos y jurídicos de la gobernanza global" (referencia: SEJ2007-66424).

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

parcialidad (*fairness*) del mismo¹. Pero las circunstancias han cambiado desde entonces y el Derecho internacional opera en la actualidad en un nuevo contexto de las relaciones internacionales que se caracteriza, entre otros rasgos, por el desequilibrio de poder entre los Estados, por la globalización económica y por la progresiva construcción de una Comunidad internacional. En primer lugar, el desmoronamiento del bloque comunista a finales de los años ochenta creó una situación de gran desequilibrio de poder en la sociedad de Estados y abrió la puerta a la hegemonía de los Estados Unidos. Esta hegemonía, que es enorme en materia militar y menos abrumadora en materia económica, política e ideológica, ha sido ejercida en los últimos años de distinta manera según los casos, imponiéndola en unos y compartiéndola en otros, de forma unilateral o bien por medio de instituciones internacionales multilaterales. Asimismo, el desequilibrio de poder a favor de Estados Unidos llevó a un grupo de políticos y pensadores neoconservadores, primero a formular un proyecto imperial y, después a ponerlo en práctica tras la llegada al poder del presidente George W. Bush en el año 2000. En segundo lugar, se ha producido una intensificación de la globalización económica que, favorecida por importantes avances en materia de tecnología, información y comunicaciones, ha llevado a la creación de un gran mercado global de bienes y servicios, en particular de los financieros, en el que las economías de los Estados están interrelacionadas. Y, por último, y a diferencia de otros momentos de la historia de las relaciones internacionales en los que también había una potencia hegemónica, en la actualidad existe una Comunidad internacional que ya no tiene exclusivamente una naturaleza interestatal sino que está integrada también por otros actores no estatales; que desempeña importantes funciones en materia de identificación y reconocimiento de intereses y valores colectivos y de deliberación y legitimación de objetivos políticos, sociales y morales; que es, a la vez, una comunidad jurídica parcial; y que puede representar un límite para la hegemonía de los Estados Unidos.

El proyecto imperial actual tiene entre sus objetivos, unas veces formulados de manera explícita y otras inducidos de la práctica internacional e interna americana, el intento de cambiar el orden internacional² y de utilizar al Dere-

1. Vid. FRANCK, Th. M., "Fairness in the International Legal and Institutional System. General Course on Public International Law", *R. des C.*, vol. 240 (1993-III), pp. 9-498, en particular, pp. 23-28. El propio Th. Franck, en "The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium", *AJIL*, vol. 100 (2006), pp. 88-106, ha reconocido su especial responsabilidad en este anuncio prematuro (p. 91, nota 12).

2. Vid. IKENBERRY, G. J., *Liberal Order and Imperial Ambition. Essays on American Power and World Politics*, Polity Press, Cambridge, 2006.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

cho internacional como un instrumento más al servicio del poder y para la satisfacción de los intereses nacionales de los Estados Unidos que en ningún caso habría de suponer una restricción o un límite para el Estado hegemónico. Este proceso de legalización de la hegemonía se lleva a cabo por medio de diversas estrategias: el rechazo a las normas imperativas de Derecho internacional general, la reinterpretación de algunos principios fundamentales del Derecho internacional o el recurso a los procedimientos de creación de normas jurídicas más permeables al poder con el fin de incorporar en el ordenamiento internacional de ventajas jurídicas específicas para los Estados más poderosos bien modulando el contenido de las reglas generales, bien por medio de excepciones a éstas o bien mediante la creación de normas específicas que protejan sus intereses. El reconocimiento jurídico de las diferentes manifestaciones que puede tener la hegemonía no es inmediato ni global sino que puede ser el resultado de un largo proceso que tendrá más o menos éxito en función del contexto existente en las relaciones internacionales, del poder jurídico del hegemón y de la respuesta de la Comunidad internacional a este intento de transformar el Derecho internacional en un Derecho internacional hegemónico. La reconceptualización del ordenamiento jurídico internacional en este sentido se encuentra, entre otros y con distintos matices y aspectos, en la práctica internacional e interna de los Estados más poderosos (estrategias nacionales de seguridad de Estados Unidos de 2002 y 2006, en leyes internas y actos de la administración), en pensadores neoconservadores (J. Bolton), en juristas vinculados a la administración Bush (J.C. Yoo) y en iusinternacionalistas neorealistas (M.J. Glennon) o defensores de la teoría de la elección racional (J.L. Goldsmith y E.A. Posner). Entre los motivos invocados para justificar la reformulación de las normas jurídicas internacionales destacan el cambio en la distribución de poder en la sociedad de Estados y la aparición de nuevas amenazas, desafíos y tipos de conflictos. Esta doctrina destaca *los límites del Derecho internacional* para incorporar la nueva distribución de poder, para garantizar la seguridad de Estados Unidos y para satisfacer los intereses nacionales. Por ello, abogan por una nueva concepción del Derecho internacional para que éste sea un instrumento del poder y para la consecución de los intereses norteamericanos a corto plazo que se puede denominar Derecho internacional hegemónico.

El objetivo de este trabajo es analizar en qué consiste el Derecho internacional hegemónico e identificar y describir sus límites. Para ello, por un lado, se examina la relación entre hegemonía y Derecho internacional a partir de diferentes concepciones de aquélla y de las implicaciones que tiene la paradoja de la hegemonía y se propone una definición de carácter descriptivo del Derecho internacional hegemónico (Parte I). Por otro lado, se analizan

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

sus principales características: el rechazo de las normas de *ius cogens* y de las normas universales de Derecho internacional general, la reinterpretación de principios fundamentales del Derecho interancional público, la preferencia por los procedimientos de creación de normas más permeables al poder hegemónico y la instrumentalización selectiva de las Organizaciones internacionales, en especial, en materia de relaciones económicas y de seguridad (Parte II). Y, por último, se identifican los límites materiales, políticos y jurídicos derivados tanto del Derecho internacional público como del propio derecho norteamericano que tiene el Derecho internacional hegemónico (Parte III).

La tesis que se defiende en este trabajo es que el Derecho internacional hegemónico acaba pareciendo, con distintas variantes, una reactualización del viejo positivismo voluntarista que, aunque su rendimiento explicativo y su elaboración conceptual no son muy elevados, si se consolida, puede poner en peligro la autonomía de las normas jurídicas internacionales respecto al poder y, por tanto, la propia normatividad del Derecho internacional. Por ello, es muy importante la respuesta crítica de la Comunidad internacional y, en particular, de la doctrina iusinternacionalista frente a este proceso, más o menos intencional, de convertir el ordenamiento jurídico internacional en un Derecho internacional hegemónico.

I. HEGEMONÍA Y DERECHO INTERNACIONAL

La relación entre hegemonía y Derecho internacional tiene a la vez aspectos positivos y problemáticos ya que está condicionada de forma directa por las tensiones entre el poder y el Derecho. Por un lado, la hegemonía no puede ser sólo el resultado del poder y necesita al Derecho internacional. Pero, por otro lado, el Derecho internacional no puede ser sólo la voz del poder, aunque le proporcione relevancia, ya que necesita autonomía y ésta implica límites para el poder. Por ello, conviene examinar las concepciones de la hegemonía y los conflictos que generan sus relaciones con el Derecho internacional para intentar definir qué se puede entender por Derecho internacional hegemónico.

A. *Los conceptos de hegemonía*

1. *La hegemonía como poder*

La mayoría de las definiciones de hegemonía que se han propuesto en la Teoría de las Relaciones internacionales, a pesar de la diferente concepción

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

de la misma que tienen los autores, están basadas en el poder ya sea éste militar o también económico y tecnológico y con independencia de que sea ejercido de forma directa mediante la coacción o bien de forma indirecta a través de instituciones o incentivos y penalizaciones.

Para los autores realistas, incluidos los más recientes como J.J. Mearsheimer, la hegemonía significa el dominio del sistema, es decir, del mundo entero; y, hegemón es un Estado que es tan poderoso que domina todos los demás Estados del sistema. No obstante, este autor reconoce que, salvo que acaezcan acontecimientos extraordinarios, es casi imposible la existencia de un hegemón global y que en la práctica suelen existir hegemones regionales³.

Entre los autores más destacados de la teoría de la estabilidad hegemónica, R. Gilpin define un sistema hegemónico como aquél en el que un único Estado poderoso controla o domina a los Estados más débiles y en el que el gobierno del sistema depende de la posibilidad de que el Estado dominante utilice de forma efectiva sus capacidades militares, económicas y tecnológicas y su voluntad para inducir o forzar a otros Estados a satisfacer sus preferencias⁴.

Dentro del institucionalismo racionalista, R. Keohane concibe la hegemonía como aquella situación que se da en el sistema internacional en la que un Estado tiene el control preponderante sobre algunos recursos materiales fundamentales: las materias primas, las fuentes de capital, los mercados y posee ventajas competitivas en la producción de bienes altamente valiosos⁵. Advierte, no obstante, que la hegemonía no es suficiente para mantener un orden estable ya que para ello es necesaria también la cooperación que puede reforzar la hegemonía del Estado preponderante y ésta, a su vez, puede incrementar la cooperación. Es decir, que hegemonía y cooperación no son alternativas, sino que a menudo se encuentran en una relación simbiótica⁶.

En la teoría crítica, R.W. Cox defiende una concepción marxista de la hegemonía al concebirla como el poder basado en el dominio racionalizado

3. Vid. MEARSHEIMER, J. J., *The Tragedy of Great Power Politics*, W.W. Norton, New York, 2001, pp. 40-42.

4. Vid. GILPIN, R., *War and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, pp. 13 y 29.

5. Vid. KEOHANE, R. O., *After Hegemony. Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton University Press, Princeton, 1984, pp. 31-38. Un concepción similar es la de J. NYE, *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power*, Basic Books, New York, 1990, que entiende la hegemonía como una situación de poder desigual en la que un Estado tiene un alto grado de control sobre otros (p. 87).

6. Vid. KEOHANE, R. O., *op. cit.*, 1984, p. 46.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

sobre la producción a través de una ideología que incorpora el compromiso o consenso entre grupos subordinados y dominantes. Este autor describe la hegemonía global como “una estructura social, una estructura económica y una estructura política; y no puede ser sólo una de ellas sino que ha de tener las tres. La hegemonía global, por tanto, es expresada en mecanismos, instituciones y normas universales que imponen reglas generales de comportamiento para los Estados y para aquellas fuerzas de la sociedad civil que actúan a través de las fronteras nacionales, reglas que refuerzan el modo dominante de producción”⁷.

En todo caso, conviene advertir que en todas estas concepciones se reconoce que la hegemonía de un Estado tiene límites para el control total del sistema internacional, sea por falta de capacidad militar, por la necesidad de recurrir a la cooperación o porque exige contar con el reconocimiento y aceptación del papel de hegemonía por los demás Estados. Tales límites muestran que la hegemonía de un Estado exige dos condiciones: las capacidades materiales (militares, económicas, tecnológicas, culturales, etc.) y la capacidad de liderazgo derivada de su autoridad.

2. La hegemonía como una función social

B. Cronin, en cambio, defiende que “la hegemonía no es un atributo de un país particular sino que es un tipo de relación que existe entre un grupo de países”; que se trata de “una forma de liderazgo y no de dominación”. La autoridad hegemónica no deriva del poder sino de su papel dentro de un grupo de grandes potencias. Es decir, es una *propiedad social* que puede tener el Estado hegemón y que le proporciona legitimidad respecto a los demás Estados. Para ello, es imprescindible que tales Estados acepten el programa que el hegemón les propone para la sociedad de Estados y crean que el Estado líder tiene los medios y la voluntad de promoverlo y defenderlo⁸. La hegemonía, continúa este autor, es una institución que surge dentro de una sociedad internacional de Estados y consiste en un conjunto de roles reconocidos, de prácticas generalmente aceptadas y de procedimientos. En suma, la hegemonía es también una *función social* que genera normas específicas de comportamien-

7. Vid. COX, R. W. con SINCLAIR, Th. J., *Approaches to World Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 135-136.

8. Vid. CRONIN, B., “The Paradox of Hegemony: America’s Ambiguous Relationship with the United Nations”, *European Journal of International Relations*, vol. 7, n. 1 (2001), pp. 107-108.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

to. “En un sistema hegemónico –continúa–, el hegemón es reconocido como un líder en virtud de su rol en la institución. Este rol conlleva un cierto tipo de prerrogativas y obligaciones que un actor que posee la identidad de hegemón puede llevar a cabo. Por un lado, las otras potencias reconocen que un hegemón tendrá una mayor influencia en cuestiones sistémicas que otros Estados, pero también esperan que proporcionará bienes colectivos y ofrecerá liderazgo en la gestión de la seguridad y asuntos económicos incluso en los casos en los que no estén involucrados sus intereses vitales”⁹. A la vez, los Estados menos poderosos esperan que el hegemón respetará ciertos límites como la igualdad soberana formal, que cumplirá las reglas y evitará actos unilaterales, que limitará su libertad de maniobra en función de sus responsabilidades y que respetará los límites procedimentales y las reglas de decisión antes de actuar¹⁰.

B. *La paradoja de la hegemonía y el Derecho internacional*

Un Estado hegemónico en la sociedad internacional de Estados, como ya se ha señalado, es aquella potencia que, además de poseer las capacidades materiales, goza de capacidad de liderazgo para desempeñar la función de líder sistémico. Descritos con más detalle, estos requisitos implican, por un lado, que el Estado hegemónico es aquel Estado que tiene el poder, las capacidades materiales para configurar el orden internacional de acuerdo con normas y reglas que, aunque en la mayoría de los casos son adecuadas para sus intereses, también son defendidas y aceptadas en mayor o menor grado como universales. Y, por otro lado, la función de líder sistémico obliga al Estado hegemónico a conformarse a tales normas y reglas para proporcionar expectativas estables y mantener la legitimidad del orden internacional, incluso cuando puedan entrar en conflicto con sus intereses a corto plazo.

La hegemonía, concebida como una función social, proporciona una gran influencia sobre normas y reglas multilaterales y, a la vez, lleva aparejada una mayor responsabilidad para respetar dichas reglas generalizadas de conducta. Esta tensión entre el incremento de oportunidades y unas mayores constricciones es lo que B. Cronin denomina *la paradoja de la hegemonía*. Ésta consiste en la tensión a la que tiene que hacer frente el Estado hegemón entre la satisfacción de sus intereses nacionales y sus responsabilidades inter-

9. Vid. CRONIN, B., *op. cit.*, 2001, p. 110.

10. *Ibid.*, pp. 110-111.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

nacionales; en la tensión entre la posibilidad, en cuanto Estado más poderoso con capacidades materiales suficientes, de actuar de forma unilateral en la persecución de sus propios intereses y su rol de Estado hegemónico del que se derivan expectativas sociales de que se acomodará a las reglas generales de conducta, incluso aunque perjudiquen a veces sus intereses a corto plazo, que sostienen un orden internacional percibido como legítimo y estable en el que satisfará sus intereses a largo plazo¹¹.

La tensión, inherente a la paradoja de la hegemonía, puede explicar la conducta contradictoria del Estado hegemónico respecto a algunos de los principales medios de los que dispone dicho Estado para ejercer su poder respecto a otros Estados, satisfacer sus intereses nacionales, configurar un orden internacional estable y legítimo y desempeñar la función de líder sistémico. En definitiva, la paradoja de la hegemonía puede ayudar a explicar las contradicciones del hegemón respecto al Derecho internacional y a las instituciones multilaterales, a los que, en unas ocasiones ayuda a crear y configurar, desarrollar y funcionar y, en otras en cambio, ignora, ningunea e incluso socava mediante su conducta unilateral.

El Derecho internacional, por tanto, es uno de los primeros afectados por la paradoja de la hegemonía. Por un lado, el Derecho internacional puede ser un recurso muy útil tanto para satisfacer sus intereses nacionales más inmediatos como para desempeñar la función de líder sistémico, ya que a la vez que puede incorporar sus intereses materiales puede proporcionar seguridad jurídica, expectativas estables y legitimidad para mantener el orden hegemónico en el sistema de Estados. Pero, por otro lado, el Derecho internacional tiene un carácter ambivalente para el poder puesto que no sólo es un instrumento extraordinariamente útil de estabilización de las relaciones internacionales sino que es también un límite, un elemento de resistencia frente al poder¹². El Derecho internacional, en muchas ocasiones, supone para los Estados más poderosos, incluido el hegemón, importantes límites sistémicos (igualdad soberana), sustantivos (prohibición del uso de la fuerza salvo en legítima defensa) y procedimentales (las reglas sobre creación de normas o sobre adopción de decisiones).

Por ello, el Estado hegemónico intenta, con distintos argumentos y estrategias, reconfigurar el Derecho internacional para hacerlo más dúctil y permeable a sus intereses, para convertirlo en un instrumento más de su po-

11. *Ibid.*, pp. 104-105 y 111-112.

12. *Vid.* KRISCH, N., "International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of International Legal Order", *EJIL*, vol. 16, n. 3 (2005), pp. 376-380.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

der. El hegemon suele invocar diferentes justificaciones para explicar su proyecto de instrumentalización del Derecho internacional. Así, unas veces argumenta que necesita reglas especiales o excepciones a las reglas generales para poder hacer frente a las especiales responsabilidades internacionales que tiene como líder sistémico como son proporcionar orden, seguridad¹³, estabilidad financiera, incremento del comercio internacional, etc. Y, en otras ocasiones, recurre al mito del excepcionalismo de la creación y proyecto de los propios Estados Unidos¹⁴ para obtener una posición privilegiada en las instituciones multilaterales y en las Organizaciones internacionales¹⁵. E.C. Luck ha identificado cuatro características del excepcionalismo americano en éstas últimas: la voluntad de ir solo en una variedad de temas; la asunción de que sus prácticas y valores nacionales son universalmente válidos y sus posiciones políticas son auténticas y morales y no sólo adecuadas; una fuerte tendencia a tener en cuenta sólo consideraciones internas cuando actúa en los foros internacionales, incluida la adopción de normas internas contrarias a sus obligaciones internacionales; y la creencia de sus dirigentes y legisladores de que tienen varias opciones para alcanzar sus intereses nacionales y que actúan a través de instituciones multilaterales es una opción y no una obligación¹⁶.

13. Cfr. REISMAN, W. M., "Towards a Normative Theory of Differential Responsibility for International Security Functions: Responsibilities of Major Powers", ANDEO, N. (ed.), *Japan and International Law: Past, Present and Future*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1999, pp. 43-58.

14. Vid. GARCÍA, C., "Los efectos del 11 de septiembre en la política exterior de los Estados Unidos", en GARCÍA, C. y RODRIGO, A. (eds.), *El imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 81-82; también LIPSET, S. M., *American Exceptionalism: A Double-Edged Sword*, W.W. Norton, London, 1996.

15. A. REMIRO, en su obra *La hegemonía norteamericana, actor de crisis de la O.E.A.*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1972, definió a un Estado como hegemon cuando su preponderancia en la misma se traduce en la imposibilidad de que la Organización internacional actúe en su contra; de que actúe de forma eficaz sin su cooperación; y de que su actitud no condicione la de la mayoría de los demás miembros (p. 30). Más recientemente, ha señalado que dicha definición sería igualmente apropiada para una Organización internacional universal como las Naciones Unidas. Vid. REMIRO, A., "Carta de las Naciones Unidas-Nuevo Orden: ida y vuelta", en *El Derecho internacional: Normas, hechos y valores*. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2005, p. 362, nota 10.

16. LUCK, E. C., "American Exceptionalism and International Organization: Lesson from the 1990s", en FOOT, R., MACFARLANE, S.N. y MASTANDUNO, M., *U.S. Hegemony and International Organizations. The United States and Multilateral Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 25-48, en especial pp. 27-29. Un desarrollo de esta tesis puede verse en la obra de este autor *Mixed Messages: American Politics and International Organization 1919-1990*, Brookings Institution Press for the Century Foundation, Washington DC, 1999.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

Ahora bien, si los intentos de los Estados más poderosos, y en especial del hegemón, de instrumentalizar el Derecho internacional por medio de diferentes estrategias y técnicas tienen límites, como ya se ha apuntado y se analizará más adelante, y no obtienen todo el éxito esperado, tales Estados, como ha advertido con acierto N. Krisch, se han retirado del Derecho internacional y lo han reemplazado por su propio derecho interno en aquellos ámbitos en los que aquél no ha sido suficientemente permeable a sus intereses. De esta forma, en ocasiones, el derecho norteamericano se ha convertido en un instrumento para regular y dominar distintos aspectos de las relaciones internacionales por medio del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción, de los mecanismos de certificación, de las sanciones unilaterales, de los tribunales internos que han actuado como tribunales internacionales o de la utilización de la constitución estadounidense como parámetro del Derecho internacional¹⁷.

En este trabajo se va a examinar sólo la primera opción, el intento de las grandes potencias, en especial del Estado hegemónico actual, Estados Unidos, de reconfigurar y modelar el Derecho internacional como un Derecho internacional hegemónico al servicio más de sus intereses nacionales que de cumplir el rol de líder sistémico que proporciona bienes colectivos al sistema de Estados.

C. *El concepto de Derecho internacional hegemónico*

A lo largo de la historia del Derecho internacional, desde los siglos XV y XVI hasta la actualidad, los Estados más poderosos en cada momento han intentado moldear las instituciones y normas jurídicas internacionales para que sirvieran a sus intereses¹⁸. El jurista alemán W. Grewe ha sistematizado la historia del Derecho internacional en varias épocas en función de quién era la potencia hegemónica en cada una ellas: España desde 1494 a 1648, Fran-

17. Vid. KRISCH, N., "More equal than rest? Hierarchy, equality and US predominance in international law", en BYERS, M. y NOLTE, G. (eds.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 135-175; y en *op. cit.*, 2005, 369-408.

18. Un magnífico estudio que muestra este objetivo permanente de las grandes potencias de conseguir reglas especiales y el reconocimiento jurídico de la jerarquía y de la desigualdad material es el de SIMPSON, G., *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, en particular, los capítulos 4 a 7, pp. 91-223.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

cia desde 1648 a 1815 y Gran Bretaña desde 1815 a 1919¹⁹. Más tarde, después de la II Guerra mundial y, en especial, tras el fin de la guerra fría, la potencia que está intentando reconfigurar los fundamentos del Derecho internacional es Estados Unidos²⁰.

La idea que subyace detrás de estos intentos es que el Derecho, en este caso el Derecho internacional, es un instrumento, uno más, al servicio del Estado o Estados más poderosos, junto a otros como la economía, el uso de la fuerza, la diplomacia o el comercio, bien para mantener un orden internacional que satisfaga los intereses de dicho Estado o Estados o bien para cambiar dicho orden de forma que incorpore las aspiraciones del hegemón y sea sensible a la nueva distribución de poder. Este carácter instrumental del Derecho implica que el Derecho internacional debería ser un reflejo de las relaciones de poder existentes en el sistema internacional, de unas relaciones desiguales entre el hegemón y los demás Estados que el ordenamiento jurídico debería jerarquizar y legalizar.

La hegemonía es una cuestión de grado que tiene un carácter contextual y dinámico, de forma que pueda dar lugar a modelos organizativos que varían desde el imperio, el equilibrio de poder entre grandes potencias ejercido por medio de un *directorío* similar al *Concierto europeo*²¹ o bien una especie de *primus inter partes*. Otro tanto puede ocurrir en el caso de la incidencia de la hegemonía sobre el Derecho, ya que podría tener manifestaciones extremas como serían el Derecho imperial²² o la consideración del Derecho como un epifenómeno del poder del que no tendría autonomía y supondría, en última instancia, el fin del Derecho internacional²³. En medio de uno y otro, po-

19. Vid. GREWE, W., *The Epochs of International Law*, trad. y rev. al inglés de M. Byers, W.de Gruyter, Berlín, 2001.

20. Vid. BYERS, M. y NOLTE, G. (eds.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

21. Vid. CHACES, J. y RIZOPOULOS, N. X., "Toward a New Concert of Nations: An American Perspective", *World Policy Journal*, n. 3, otoño (1999), pp. 9 y ss.

22. Vid. KRISCH, N., "Imperial International Law", *Global Law Working Paper* 01/04. Una crítica a esta tendencia puede verse en LAGHMANI, S., "Du droit international au droit imperial? Réflexions sur la guerre contre l'Iraq", *Actualité du droit international* (2003, abril), disponible en <http://www.ridi.org/adi>.

23. Esta concepción del Derecho internacional se puede encontrar en SCHMITT, C., *Nacional-Socialismo y Derecho internacional*, Ed. Nueva Epoca, Avila, 1938; "El concepto de Imperio en el Derecho internacional", *Revista de Estudios Políticos*, n. 1 (1941), pp. 83-101; *Cambio de estructura del Derecho internacional*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1943 para el que el Derecho internacional tradicional que regulaba las relaciones entre Estados habría fenecido dejando paso a un Derecho que regularía las relaciones entre grandes áreas territoriales de influencia controladas por los Estados más poderosos de cada hemisferio.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

drían operar diferentes grados de lo que se ha denominado Derecho internacional hegemónico²⁴.

El Derecho internacional hegemónico podría definirse de forma descriptiva, a partir de las propuestas doctrinales y, sobre todo, de la práctica interna (legislativa, ejecutiva y judicial) e internacional de los Estados más poderosos, en especial de Estados Unidos, como una determinada concepción del Derecho internacional que tiene por objeto el reconocimiento jurídico de las diferencias de poder existentes entre los Estados. El pretendido Derecho internacional hegemónico podría ser el resultado de un conjunto de prácticas internacionales e internas, del rechazo a las normas imperativas de Derecho internacional general, de la reformulación de otras normas jurídicas internacionales y de la utilización selectiva de normas e instituciones que tiene por objeto el reconocimiento jurídico de la diferencia de poder entre los Estados y de la hegemonía y su ejercicio legitimado por el Derecho internacional mediante la incorporación en el ordenamiento jurídico internacional de ventajas jurídicas específicas para los Estados más poderosos, bien modulando el contenido de las reglas generales, bien por medio de excepciones o bien a través de normas específicas que protejan sus intereses. De forma más sintética, el Derecho internacional hegemónico puede definirse como la hegemonía legalizada²⁵. El profesor A. Remiro lo define, con la expresión más grá-

Vid. sobre la concepción del Derecho en este autor MONACO, R., "Carl Schmitt i il diritto internazionale", *Quaderni costituzionale*, n. 3 (1986), pp. 511-523; SCHEURMAN, W.E., *Carl Schmitt: The End of Law*, Rowman and Littlefield, Lanham(MA), 1999; y KOSKENNIEMI, M., "Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations", en BYERS, M. (ed.), *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 17-34.

En la actualidad la negación de la existencia del Derecho internacional en las relaciones internacionales la defienden significativos representantes de la Administración Bush como el antiguo embajador en las Naciones Unidas BOLTON, J.R., "Is There Really 'Law' in International Affairs", *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 10 (2000), pp. 1-48, para el que el "International Law is not law; it is a series of political and moral arrangements that stand or fall on their own merits, and anything else is simply theology and superstition masquerading as law" (p. 48).

24. *Vid.* VAGTS, D., "Hegemonic International Law", *AJIL*, vol. 95 (2001), pp. 843-848. Un análisis sintético de este concepto puede verse en GINTHER, K., "Hegemony", en BERNHARD, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Amsterdam, 1986, pp. 158-161.

25. *Vid.* STIMPSON, G., *op. cit.*, 2004 define la *hegemonía legalizada* como "the existence within an international society of a powerful elite whose superior status is recognised by minor powers as a political fact giving rise to the existence of certain constitutional privileges, rights and duties and whose relations with each other are defined by adherent to a rough principle of sovereign equality" (p. 68); también KRISCH, N., *op. cit.*, 2005, pp. 389-399.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

fica e impactante, como el “instrumento de ocupación del mundo útil por la tribu opulenta”²⁶.

El reconocimiento jurídico de las diferentes manifestaciones que puede tener la hegemonía no se produce por medio de una revolución jurídica sino que puede ser el resultado de un largo proceso más o menos exitoso en función del contexto existente en las relaciones internacionales, de la capacidad persuasiva del hegemon y de la respuesta de la Comunidad internacional. El resultado final esta tendencia imperial²⁷ no está predeterminado, por ello conviene identificar las características y estrategias jurídicas que utiliza el Estado hegemon para transformar el Derecho internacional en un Derecho internacional hegemónico para someterlas a crítica y debate y para descubrir sus límites.

II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO

El Derecho internacional hegemónico se caracteriza por: 1) la oposición a las normas imperativas y a las normas consuetudinarias de carácter universal; 2) por la reinterpretación de algunos principios fundamentales del Derecho internacional con el fin de reducir las limitaciones que tales princi-

26. REMIRO BROTONS, A., “Desvertebración del Derecho internacional en la sociedad globalizada”, *CEBDI*, vol. V (2001), pp. 45-381, en particular, pp. 329-341.

27. La doctrina ha enumerado diferentes manifestaciones de la tendencia imperial norteamericana en el ámbito jurídico: el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción, la concepción de la legítima defensa preventiva, el trato dado a los prisioneros de guerra, su influencia determinante en algunas Organizaciones internacionales, su posición respecto a tratados internacionales multilaterales de naturaleza casi-legislativa, etc. *Vid.*, por ejemplo, ZEMANEK, K., “Is the Nature of International Legal System Changing?”, *Austrian Review of International and European Law*, vol. 8 (2003), pp. 3-10, donde sugiere que los Estados deberían “reconocer el papel único de Estados Unidos en lugar de persistir en la fantasía de un orden mundial basado sobre la igualdad ante el Derecho de todos los miembros del sistema internacional” (p. 10).

A. REMIRO, “Carta de las Naciones Unidas...”, *op. cit.*, 2005 identifica los siguientes síntomas de transición de un Derecho internacional hegemónico a un pretendido Derecho imperial: la sustitución de normas e instituciones jurídicas por compromisos políticos, la negación de la Carta de las Naciones Unidas como fundamento exclusivo de legitimación del uso de la fuerza armada salvo la legítima defensa, la sustitución de la diplomacia por las medidas de retorsión o represalia, el situar su política exterior y de seguridad por encima de las Naciones Unidas, el sometimiento de personas, bienes o hechos que no guardan una conexión razonable con Estados Unidos a leyes y jueces americanos, la identificación del poder con la supremacía militar y con la disposición a usar al fuerza tratando de poner a su servicio las instituciones internacionales y actuando unilateralmente en otro caso (p. 364).

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

pios pudieran suponer para la satisfacción de los intereses del Estado hegemón; 3) por la preferencia por unos procedimientos de creación de normas internacionales (la costumbre internacional) en detrimento de otros (los tratados internacionales multilaterales); y, d) por la invocación y aplicación selectiva de normas e instituciones jurídicas en los regímenes internacionales que contribuyen a consolidar la hegemonía del Estado más poderoso, como son los relativos a las relaciones económicas internacionales y a la seguridad.

A. *La oposición a las normas imperativas y a las normas universales de Derecho internacional*

Algunos iusinternacionalistas norteamericanos, que consideran que el trabajo de los juristas y diplomáticos consiste en “tratar con el mundo tal como es y no tal como les gustaría que fuera”, se oponen a la existencia en el Derecho internacional de normas imperativas y, además, piensan que es muy improbable que se puedan crear normas consuetudinarias de alcance universal. La importancia de estas tesis no reside tanto en su solidez argumentativa ni en su potencial explicativo como en la favorable acogida que han tenido en la Administración Bush.

1. *El rechazo a las normas de ius cogens*

M.J. Glennon considera que la noción de derecho imperativo es una “invención confusa”, “una doctrina anacrónica, incoherente y autorreferente” que debe ser descartada. Afirma que el *ius cogens* es incompatible con los fundamentos positivistas del sistema jurídico internacional moderno. Para este autor, la única fuente de la obligatoriedad de las normas jurídicas internacionales es el consentimiento de los Estados, como para el positivismo voluntarista tradicional. Los Estados no estarían obligados por ninguna norma a la que no hubieran consentido y el consentimiento no puede presumirse. Por ello, el *ius cogens*, que tiene su origen en el derecho natural, no se puede reconciliar con el principio básico del positivismo que sitúa en la voluntad de los Estados el fundamento de la obligatoriedad de las normas²⁸.

28. Vid. GLENNON, M.J., “De l’absurdité du droit imperative (*ius cogens*)”, *RGDIP*, T. 110, n. 3 (2006), pp. 529-536, en particular, pp. 531-532.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

Este autor destaca que una parte importante de Estados no han ratificado la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 en la que se introdujo esta noción y que, en particular, Estados Unidos y Francia se han opuesto a los artículos sobre el *ius cogens*. Esta oposición impediría la existencia de un régimen general relativo a las normas imperativas, que se pretenden obligatorias para todos los Estados, ya que se aplicaría sólo a los Estados parte de la convención pero no a los Estados terceros a la misma.

Señala, asimismo, que existirían importantes dificultades para la creación de normas imperativas. Su creación por medio de la costumbre sería ontológicamente imposible, ya que “todos sabemos que las nuevas normas imperativas se forman cuando las antiguas son violadas”. Pero la violación inicial de una norma imperativa está prohibida ya que no admite ninguna derogación (art. 53 CVDT). En el caso de los tratados, dada la irretroactividad de la Convención de Viena (art. 4), no se podrían crear normas imperativas por medio de tratados anteriores a la entrada en vigor de la mencionada convención²⁹.

Arguye, además, que el contenido de estas normas es “elástico y *flou*”; y que nadie sabe qué es lo que constituye o puede constituir una norma imperativa debido a que se trata de una transposición incompleta de los sistemas jurídicos internos. Esto dificulta su identificación que, en el fondo –afirma–, reposa sobre las preferencias personales y políticas de cada autor o sujeto, lo que en nada contribuye a promover la estabilidad o previsibilidad diplomáticas³⁰.

Por último, ilustra las dificultades que plantea la aplicación de estas normas con el caso de Kosovo de 1999. La posible existencia en paralelo de normas imperativas (la que prohíbe el uso de la fuerza y la que obliga a proteger los derechos humanos básicos) lleva a una situación paradójica cuya solución lleva a hipótesis poco plausibles: la nulidad de la Carta de las Naciones Unidas, la existencia de jerarquía entre normas imperativas, etc.³¹.

2. *El escepticismo sobre la existencia de normas consuetudinarias de carácter universal*

J.L. Goldsmith y E.A. Posner consideran que el Derecho internacional es un instrumento del poder del Estado y para la satisfacción de los intereses

29. Vid. GLENNON, M.J., *op. cit.*, 2006, pp. 532-533; también GLENNON, M., *Limits of Law. Prerogatives of Power: Interventionism After Kosovo*, Hampshire, New York, 2001.

30. Vid. GLENNON, M.J., *op. cit.*, 2006, p. 534.

31. *Ibid.*, pp. 534-535.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

estatales y utilizan un enfoque metodológico basado en la teoría de la elección racional (*rational choice theory*) para analizar esos factores³². Dados los presupuestos de su concepción del Derecho, estos autores son muy escépticos sobre la posibilidad de que el Derecho internacional consuetudinario “refleje regularidades de comportamiento universales”, ya que tan sólo refleja “o coincidencia de intereses o coordinación, coerción o cooperación *bilaterales*”³³. Según ellos, “su teoría muestra cómo algunas aparentes regularidades de comportamiento universal cooperativo pueden ser un hecho ilusorio”. Las regularidades de comportamiento no son el resultado “de un sentido de la obligación jurídica”, sino de la coincidencia de las conductas de los Estados que maximizan sus intereses. Por ello, “las regularidades de comportamiento asociadas con el Derecho internacional consuetudinario carecen de universalidad o solidez”³⁴.

B. *La reinterpretación de principios fundamentales del Derecho internacional público*

La reinterpretación de algunos principios fundamentales del Derecho internacional público consiste en su reformulación mediante una estrategia interpretativa en la que se destaca la importancia que tienen algunos de los elementos integrantes del principio, el desafío que plantean al ordenamiento jurídico internacional las nuevas necesidades surgidas en el contexto cambiante de las relaciones internacionales y la necesidad de adaptar el contenido del principio en cuestión con el objetivo bien de eliminar las restricciones que pudieran suponer al Estado hegemón o bien de ampliar su ámbito de aplicación para que sirvan a las necesidades estratégicas de dicho Estado. El objetivo último de esta estrategia reinterpretativa no es conseguir un cambio de las normas sino *en* el contenido de las normas.

32. Vid. GOLDSMITH, J.L. y POSNER, E.A., *The Limits of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005. Para estos autores, el Derecho internacional es *endógeno* a los intereses estatales, ya que “no es un control sobre los intereses egoístas de los Estados; es un producto del interés nacional”. “International law –afirmar– especially treaties, can play an important role in helping states achieve mutually beneficial outcomes by clarifying what counts as cooperation or coordination in interstate interactions. But under our theory, international law does not pull states toward compliance contrary to their interests, and the possibilities for what international law can achieve are limited by configurations of state interests and the distribution of state power” (p. 13).

33. Vid. GOLDSMITH, J.L. y POSNER, E.A., *op. cit.*, 2005, pp. 23-25.

34. *Ibid.*, pp. 35-43.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

Algunos de los principios y normas básicas que están siendo objeto de esta reinterpretación, en la que colabora la Administración norteamericana actual y algunos sectores de la doctrina estadounidense, son el principio de igualdad soberana y su corolario el principio de no intervención en los asuntos internos, el principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza y sus excepciones y algunas normas básicas del Derecho internacional humanitario relativas a la noción, estatuto y trato a los prisioneros de guerra.

1. *El principio de igualdad soberana*

La reinterpretación del principio de igualdad soberana realizada en la *Estrategia Nacional de Seguridad de los Estados Unidos de América* aprobada por el presidente G.W. Bush el 17 de septiembre de 2002, pretende transformar la soberanía de los demás Estados en una *soberanía condicionada* al respeto de unos determinados valores que se declaran como universales (la libertad, la democracia y la libre empresa) y de un modelo concreto de Estado basado en la primacía del Derecho, la separación de poderes, la igualdad social y de género, la tolerancia étnica y religiosa y el respeto a la propiedad privada. Según dicho documento, el primer imperativo de Estados Unidos es defender la libertad y la justicia porque son adecuados y verdaderos para todos los pueblos y en todo lugar. Aquellos Estados que tiranizan a su propio pueblo y se aprovechan de sus recursos naturales, que no cumplen el Derecho internacional y amenazan a sus vecinos, que están empeñados en adquirir armas de destrucción masiva, que patrocinan el terrorismo global y que rechazan los valores humanos básicos y odian a Estados Unidos son calificados como Estados canallas o díscolos (*rogue states*), frente a ellos, y para impedir que lleven a cabo actos hostiles, Estados Unidos podría actuar, si fuera necesario, de forma preventiva incluso mediante el uso de la fuerza³⁵. Esta exigencia de respeto a unos valores y a un modelo de Estado supone una reinterpretación paradójica de la soberanía, ya que, por un lado, se pide que el Estado sea eficaz en el cumplimiento de sus deberes internos y obligaciones internacionales; y, por otro, dicha soberanía es *contingente*, puesto que está condicionada a la aprobación unilateral de Estados Unidos del respeto a tales valo-

35. *The National Security Strategy...*, *op. cit.*, en especial la introducción y los capítulos II y V.

Vid. ÖSTERDAHL, I., "...But Some Are More Equal than Others – On Weak and Rogue States in the National Security Strategy of the United States", *Nordic Journal of International Law*, vol. 73 (2004), pp. 247-263.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

res y modelo. Asimismo, esta reinterpretación supone atribuir a la soberanía de los Estados un determinado contenido sustantivo³⁶. De este modo, parece que el único Estado verdaderamente soberano es Estados Unidos. Los Estados que no se acomodan a tal dimensión sustantiva, si Estados Unidos así lo considera, pueden perder la protección derivada de la dimensión formal de la soberanía.

2. *El principio de prohibición del uso de la fuerza*

La reinterpretación del principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza está siendo más intensa y más polémica como consecuencia de las diferencias culturales y de poder existentes en la Comunidad internacional, en especial por la indiscutida supremacía militar norteamericana, y de la aparición de nuevos riesgos y amenazas para la seguridad de los Estados derivados de la proliferación de armas de destrucción masiva y del terrorismo internacional³⁷. La norma básica sobre la materia tiene carácter imperativo y establece una prohibición general de usar la fuerza en las relaciones internacionales. Dada su importancia y las dificultades para su modificación, tras el fin de la guerra se está reinterpretando, fundamentalmente, una de sus excepciones, la legítima defensa, con el fin de incrementar la posibilidad de usar la fuerza, ya sea como respuesta o incluso con carácter preventivo, ya sea contra Estados o bien directamente contra actores no estatales. Tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 cometidos por Al Qaeda, Estados Unidos invocó su derecho a la legítima defensa para explicar el uso de la fuerza contra el régimen talibán de Afganistán³⁸. Esta invocación, según la doctrina que la ha de-

36. RABKIN, J.A., "Recalling the Case for Sovereignty", *Chicago Journal of International Law*, vol. 5 (2004-2005), pp. 435-460 defiende que, en términos morales, la soberanía es la primera línea de defensa nacional de los Estados Unidos; en términos políticos, la soberanía es la precondition para el mantenimiento de la constitución americana; y, en términos jurídicos, la constitución americana es o debe ser mejor garantía de los derechos de los ciudadanos que cualquier *higher law* como el derecho de la humanidad. El desarrollo de esta tesis puede verse en su obra *The Case for Sovereignty: Why the World Should Welcome American Independence*, American Enterprise Institute, 2004; también en *Law without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States*, Princeton University Press, Princeton, 2005.

37. *Vid.* el examen de este principio en el nuevo contexto de O. CASANOVAS y LA ROSA, "El principio de prohibición del uso de la fuerza tras el conflicto de Irak de 2003", en GARCÍA SEGURA, C. y RODRIGO HERNÁNDEZ, A.J. (eds.), *El imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 125-140.

38. La decisión de los Estados Unidos de justificar la respuesta militar contra Al Qaeda y los talibanes que le apoyaban fue una opción de política jurídica, ya que la resolución 1368

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

fendido, supone una reinterpretación de los requisitos de la legítima defensa para justificar la legalidad de la respuesta armada contra el terrorismo. Ello exige, por un lado, ampliar la noción de ataque armado que habilita la respuesta mediante la legítima defensa, de forma que se consideren los ataques terroristas, dada su envergadura, como una modalidad de ataque armado³⁹. Y, por otro lado, se ha destacado la necesidad de flexibilizar las reglas relativas a la atribución del ataque armado, de forma que la conducta de un Estado consistente en permitir el uso de su territorio a grupos terroristas pueda ser calificada como agresión indirecta, o mejor como un uso indirecto de la fuerza atribuible a dicho Estado⁴⁰. Aún más, se pretende ampliar el contenido de la legítima defensa para que ampare el uso de la fuerza más allá del ámbito interestatal e incluya su uso contra los grupos terroristas directamente.

Pero la propuesta más perturbadora para el ordenamiento jurídico internacional es la de la legítima defensa preventiva, contenida tanto en la *Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América* de 17 de septiembre de 2002 como en la de 16 de marzo de 2006, a pesar de que no es totalmente nueva⁴¹, con el objetivo de ayudar a prevenir las amenazas derivadas del terrorismo, de los Estados canalla y de la proliferación de armas de destrucción masiva. En el Derecho internacional actual, la legítima defensa sólo es posible frente a un ataque armado previo. En todo caso, como señala M. Pérez González, en el Derecho internacional consuetudinario parece apuntarse la tendencia a justificar la legítima defensa *anticipada* “en aquellos ca-

(2001), de 12 de septiembre, en la que el Consejo de Seguridad condenó los atentados y reconoció el derecho inmanente de los Estados a la legítima defensa, también los calificó como una amenaza para la paz y seguridad internacionales y declaró que estaba dispuesto para adoptar todas las medidas que fueran necesarias. Por tanto, Estados Unidos tenía abiertas las dos opciones: la de la reacción unilateral justificada por medio de la legítima defensa y la reacción dentro del marco multilateral del Consejo de Seguridad y sus autorizaciones para el uso de la fuerza.

39. REISMAN, W.M., “In Defense of World Public Order”, *AJIL*, vol. 95 (2001), pp. 833-835. CONDORELLI, L., “Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?”, *RGDIP*, T. 105 (2001), pp. 829-848, en particular, p. 843.

En la doctrina española BERMEJO GARCÍA, R., “El Derecho internacional frente al terrorismo: ¿nuevas perspectivas tras los atentados del 11 de septiembre?”, *ADI*, vol. XVII (2001), pp. 5-24, en particular, pp. 19-22.

40. FRANCK, Th., “Terrorism and the Right to Self-Defence”, *AJIL*, vol. 95 (2001), pp. 839-843, en pp. 840-841; BYERS, M., “Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September”, *ICLQ*, vol. 51 (2002), pp. 401-414, en particular, pp. 406-410; y “Not yet havoc: Geopolitical change and international rules on military force”, *Review of International Studies*, vol. 31 (2005), pp. 51-70, en particular, pp. 55-59.

41. El presidente B. Clinton adoptó en diciembre de 1999 el documento *A National Strategy for a New Century* en el que se preveía la posibilidad de recurrir a la fuerza contra grupos terroristas en legítima defensa (vid. http://www.dtic.mil/doctrine/jel/other_pubs/nssr99.pdf).

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

sos en que el ataque está preparándose o, en otras palabras, es inminente, existiendo certeza sobre su desencadenamiento, a condición de que se cumplan los requisitos de necesidad y proporcionalidad⁴². Ahora bien, la doctrina de la legítima defensa preventiva va más allá porque flexibiliza, por un lado, el requisito tradicional de la inmediatez: “Debemos adaptar el concepto de amenaza inminente a las capacidades y objetivos de los adversarios de hoy”; y, por otro lado, el requisito de la necesidad: “Estados Unidos ha mantenido durante mucho tiempo la opción de acciones preventivas para contrarrestar una amenaza suficiente para nuestra seguridad nacional. Cuanto mayor sea la amenaza, mayor es el riesgo de la inacción y más imperiosa la necesidad de tomar medidas preventivas para defendernos, incluso si la incertidumbre permanece respecto al tiempo y al lugar del ataque del enemigo. Para impedir o prevenir tales actos hostiles de nuestros adversarios, si es necesario, Estados Unidos actuará de forma preventiva⁴³. La ampliación del uso de la fuerza por medio de la legítima defensa preventiva contenida en dichos documentos tiene un carácter abstracto y general que puede tener efectos desestabilizadores para el sistema jurídico⁴⁴.

W.M. Reisman y A. Armstrong han defendido que el Derecho internacional está incorporando una norma consuetudinaria en proceso de formación con un contenido más restringido al de la formulación inicial en la *Estrategia Nacional* de 2002. Por un lado, señalan que desde esa fecha varios Estados, colaboradores o no de Estados Unidos en la intervención en Irak, han debatido y aprobado la posibilidad de recurrir a la legítima defensa preventiva (Australia, Gran Bretaña, Francia, India, Irán, Israel, Rusia). Y, por otro lado, las reivindicaciones de los Estados relativas a la legítima defensa se reducen a dos supuestos: frente a entidades no estatales que poseen o puedan poseer armas de destrucción masiva y frente a Estados en los que exista el riesgo de que los terroristas adquieran armas de destrucción masiva⁴⁵.

42. PÉREZ GONZÁLEZ, M., “La legítima defensa puesta en su sitio: Observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva”, *REDI*, vol. LV, n. 1 (2003), pp. 192 y 195.

43. *The National Security Strategy...*, *op. cit.*, Capítulo V, p. 15; también *The National Security Strategy of the United States of America*, march 16, 2006, Capítulo V, p. 23, disponible en <http://www.whitehouse.org>.

44. Para limitar los efectos desestabilizadores del sistema jurídico internacional de esta transformación de la legítima defensa, W.M. Reisman ha propuesto que sea considerada como una regla especial aplicable exclusivamente a los Estados Unidos, como una doctrina estadounidense situada entre el poder y el derecho. *Vid.* REISMAN, W.M., “Assesing Claims to Revise the Laws of War”, *AJIL*, vol. 97 (2003), pp. 82-90, en particular p. 90.

45. *Vid.* REISMAN, W.M. y ARMSTRONG, A., “The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense”, *AJIL*, vol. 100 (2006), pp. 525-550.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

En definitiva, su aceptación bien como norma general o bien como una norma específica implicaría un paso más en la evolución hacia un Derecho internacional hegemónico.

3. *La noción, estatuto y trato a los prisioneros de guerra*

Además, como consecuencia de los ataques de Estados Unidos a Afganistán en 2001 y a Irak en 2003, desde la Administración norteamericana se han reinterpretado algunas normas básicas del Derecho internacional humanitario relativas a la noción, estatuto y trato a los prisioneros de guerra. Estados Unidos ha negado el estatuto de prisioneros de guerra a los combatientes talibanes mediante la estrategia de considerarlos “combatientes ilegales”. Además, rechazó la posibilidad de que los tribunales competentes que prevé al art. 5 de la III Convención de Ginebra sobre los prisioneros de guerra de 1949 pudieran revisar el estatuto jurídico de tales personas y, en su lugar, estableció unas Comisiones militares especiales⁴⁶. Esta nueva noción de “combatientes ilegales”, inexistente en el Derecho internacional humanitario, ha situado a las personas afectadas en una especie de limbo jurídico en el que desaparecían en un “agujero negro legal” las normas que garantizan los derechos básicos de toda persona humana y las garantías procedimentales e institucionales para su protección. Asimismo, siguiendo una discutible interpretación de la noción de “tortura”⁴⁷, el trato otorgado a tales personas en los diferentes centros de detención y en los traslados a ellos no es compatible con los artículos 2, 13 y 14 de la III Convención de Ginebra sobre los prisioneros de guerra y, en todo caso, con independencia de las dudas suscitadas por la administración americana sobre su estatuto jurídico, con el art. 3 común de los Convenios de Ginebra y con el art. 1 de la Convención contra la tortura y otras penas y tratos degradantes, inhumanos o crueles⁴⁸.

46. Estas comisiones fueron creadas mediante la Orden presidencial de 13 de noviembre de 2001 sobre *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism* (vid. *Fed. Reg.* 57833).

47. Vid. el memorandum de 1 de agosto de 2002 elaborado por el entonces consejero jurídico del presidente G. W. Bush y, después, Fiscal General Alberto Gonzales (el texto completo puede verse en <http://www.findlaw.com>).

48. Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, M. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J.L., “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”, *REDI*, vol. LIV, n. 1 (2002), pp. 11-40; POZO SERRANO, P., “El Estatuto jurídico de las personas detenidas durante el conflicto armado internacional en Afganistán”, *ADI*, vol. XVIII (2002), pp. 171-204.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

B. *La preferencia por los procedimientos de creación normas más permeables al poder hegemónico*

El Derecho internacional hegemónico se caracteriza también por la preferencia de aquellos procedimientos de creación de normas jurídicas más adaptables a las necesidades geopolíticas y a la capacidad de influir de los Estados más poderosos (la costumbre internacional y los tratados bilaterales) en detrimento de otros en los que la igualdad soberana, al menos en sentido formal, puede suponer alguna restricción. En suma, se caracteriza por la preferencia por aquellos procedimientos de creación de normas que son más permeables a la incorporación en el ordenamiento jurídico de las diferencias de poder entre los Estados y les permiten obtener ventajas jurídicas que legitiman jurídicamente sus intereses ya sea por medio de reglas generales, de reglas específicas o de excepciones a las reglas generales. Asimismo, se caracteriza por la preferencia, no siempre ejercida de forma coherente y sistemática sino más bien de forma selectiva en función de los intereses en juego, por los instrumentos de *soft law* y por las normas indeterminadas en aquellos regímenes internacionales en los que el Estado hegemón quiere una baja juridificación de las relaciones internacionales (la protección del medio ambiente) y por normas muy específicas y detalladas en aquellos otros que considera prioritarios (comercio internacional, derecho de la propiedad intelectual).

1. *La desconfianza hacia los tratados internacionales multilaterales*

El Derecho internacional hegemónico que intenta modular Estados Unidos se caracteriza a la vez por una gran desconfianza hacia los tratados internacionales multilaterales y por la preferencia por los tratados bilaterales. Los tratados internacionales multilaterales son el procedimiento de creación de normas jurídicas más adecuado para la regulación y protección de intereses comunes de los Estados y de los intereses generales de la Comunidad internacional. Sin embargo, Estados Unidos los percibe, en muchas ocasiones, como poco permeables a sus intereses hegemónicos porque la participación en la negociación es universal y está basada en el principio de igualdad soberana y la adopción del texto se puede hacer, en última instancia, por votación en la que el voto de cada Estado es formalmente igual. Los tratados bilaterales, en cambio, debido a que son más permeables a las diferencias de poder negociador, permiten incorporar de forma más directa a las normas convencionales las condiciones especiales, las ventajas jurídicas, las excep-

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

ciones, la especial responsabilidad u otros conceptos de la misma familia a través de los que el hegemón obtiene el reconocimiento jurídico de la hegemonía.

La desconfianza norteamericana en los tratados internacionales multilaterales se manifiesta en diversos momentos (tanto en su conclusión como en su aplicación) y por medio de diferentes estrategias: en la negociación de los tratados, mediante la adopción de declaraciones que califican a los tratados como *non-self-executing*, por medio de la formulación de reservas, a través del recurso a la regla *later in time* en sus tribunales, rechazando ratificar o seguir siendo parte en los tratados y, a veces incluso, oponiéndose a sus posibles efectos tanto por medio de tratados bilaterales o resoluciones del Consejo de Seguridad como por normas internas. En la fase de conclusión, Estados Unidos utiliza su enorme capacidad de influir en los demás Estados negociadores para que el contenido del tratado regule y proteja los intereses americanos⁴⁹. Si a pesar de todo su poder de negociación no consigue que el texto refleje sus intereses, Estados Unidos, después de firmar la adopción del texto para poder continuar en el subsiguiente proceso de negociación para el desarrollo normativo del tratado y para poder ejercer su influencia en él, opta por no ratificar los tratados internacionales multilaterales⁵⁰. Así ha ocurrido a partir del fin de la guerra fría en los casos, de gran transcendencia simbólica, del Convenio sobre la diversidad biológica de 1992, del Tratado de prohibición de ensayos nucleares de 1996, de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción de 1997, del Protocolo de Kioto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1997, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 y la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006. El principal argumento alegado para justificar la opción de no ratificar algunos de estos tratados ha sido que, dadas las especiales responsabilidades globales que tiene Estados Unidos en materia mili-

49. Vid. KLEIN, P., "The effects of US predominance on the elaboration of treaties regimes and on evolution of the law of treaties", en BYERS, M. y NOLTE, G. (eds.), *op. cit.*, 2003, pp. 363-391, en particular, pp. 364-371.

50. KRISCH, N., "Weak as Constraint, Strong as Tool: The Place of International Law and U.S. Foreign Policy", en MALONE, D.M. y KHONG, Y.F. (eds.), *Unilateralism and U.S. Foreign Policy: International Perspectives*, Lynne Rienner, Boulder, 2003, pp. 45-47 señala que desde el final de la II Guerra mundial hasta enero de 2004, Estados Unidos es parte en tratados internacionales multilaterales depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas en un porcentaje significativamente menor (60 %) que los demás Estados occidentales (entre el 79 y el 93 %).

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

tar, necesita reglas especiales para él que se adapten a la singularidad de su posición en el mundo⁵¹.

Si, por el contrario, Estados Unidos acaba manifestando su consentimiento a este tipo de tratados, la desconfianza se manifiesta en la fase de aplicación mediante diferentes estrategias que tienen el objetivo de adaptar el contenido a su intereses hegemónicos y hacerlo compatible con el derecho americano. Una de ellas es mediante la adopción por el Senado americano de declaraciones interpretativas que califican las obligaciones derivadas del tratado como *non-self-executing*. Esto impide su aplicabilidad directa por los órganos internos y exige la elaboración de nuevas normas internas o bien la remisión a las ya existentes que cumplen la función de ejecución normativa pero, a la vez, reformulan el contenido de las obligaciones internacionales. Esto es lo que ha ocurrido en los casos de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1966 y de la Convención contra la tortura de 1984, en los que el Senado, para su ratificación en 1994, impuso sendas declaraciones en las que los consideraba con tratados *non-self-executing*⁵².

Otra estrategia utilizada por Estados Unidos para mitigar los efectos de los tratados internacionales multilaterales, en especial los de protección de los derechos humanos, ha sido la formulación de reservas que limitan o excluyen los efectos de determinadas disposiciones con la justificación de hacerlos compatibles con las constitución y las leyes americanas⁵³. Especialmente grave, por su importancia simbólica, es el caso del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de 1966 que fue ratificado por Estados Unidos el 8 de junio de 1992. El instrumento de ratificación incluye cinco reservas que limitan o excluyen los efectos del art. 6 (establece limitaciones a la pena de muerte), del art. 7 (precisa el sentido de lo que son las torturas, pe-

51. Vid este argumento *in extenso* para el caso del Estatuto de la Corte Penal Internacional expuesto por el representante oficial americano SCHEFFER, D. J., "The United States and the Criminal Court", *AJIL*, vol. 93, n. 1 (1999), pp. 12-22; y con carácter más general REISMANN, W. M., *op. cit.*, 1999, pp. 43-58.

52. El texto en español de estas declaraciones puede verse en la resolución de 29 de septiembre de 1995 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores (*BOE*, de 18 de octubre de 1995, núm. 249). Vid. la incisiva crítica que hace HENKIN, L., "U.S. Ratification on Human Rights Conventions: The Ghost of Senator Bricker", *AJIL*, vol. 89, n. 2 (1995), pp. 341-350; y SLOSS, D., "The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties", *Yale Journal of International Law*, vol. 24 (1999), pp. 129-221.

53. Vid. REDGWELL, C., "US reservations to human rights treaties: all for one none for all?", en BYERS, M. y NOLTE, G. (eds.), *op. cit.*, 2003, pp. 392-415.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

nas, tratos crueles, inhumanos o degradantes), del art. 10.2.b/ y 10.3 (regula el trato a los menores delincuentes), del art. 15.1 (regula la reducción de penas) y del art. 20 (prohíbe la propaganda de la guerra y la apología del odio nacional, racial o religioso). Como advierte C. Redgwell, la práctica americana en esta materia, dada su posición de superpotencia y de abanderada de los derechos humanos, pone en riesgo no sólo la integridad del tratado sino también el principio básico del Derecho internacional de establece que el derecho interno no puede prevalecer sobre las obligaciones jurídicas internacionales⁵⁴.

Una tercera estrategia es el recurso de los tribunales americanos a la regla *later in time* para resolver los conflictos entre tratados internacionales y leyes federales. La regla *later in time* está siendo invocada de forma tan frecuente como impetuosa por destacados representantes de la administración americana para intentar eximirse de las obligaciones financieras que se derivan de la pertenencia a las Naciones Unidas⁵⁵. Ahora bien, se trata de una regla que se explica no sólo por la situación hegemónica sino también por la tradición jurídica americana, ya que tiene su origen en el art VI de la constitución y fue reconocida por el Tribunal Supremo americano en el asunto *Dred Scott v. Sandford* de 1857⁵⁶. De acuerdo con el art. VI.2 de la constitución americana, los tratados internacionales tienen el carácter de *law of the land* y son considerados *federal law*⁵⁷ con el mismo rango, por lo que las relaciones entre ellos se regulan por la regla *lex posterior derogat priori* (*later in time* en el derecho americano). De esta forma, mediante una ley posterior se puede dejar inaplicado un tratado con los consiguientes problemas políticos y jurídicos que conlleva⁵⁸.

Una última estrategia utilizada por Estados Unidos respecto a los tratados multilaterales de los que es parte es el recurso a tratados bilaterales firmados tanto con Estados parte como no parte del tratado multilateral para

54. Vid. REDGWELL, C., *op. cit.*, 2003, p. 399.

55. Vid la declaración de 20 de enero de 2000 del senador Jesse Helms ("treaty obligations can be superseded by a simple act of Congress. This was the intentional design of our founding fathers...") en S.D. Murphy, "Contemporary Practice of the United States", *AJIL*, vol. 94 (2004), p. 352.

56. Vid. 60 U.S. 393 (1857). Vid. sobre la regla *later in time* VAGTS, D.F., "The United States and its Treaties: Observance and Breach", *AJIL*, vol. 95 (2001), pp. 313-334, en particular, pp. 313-321.

57. Vid. *Rest. 3rd. Restatement of Foreign Relations Law of the United States*, vol. I, The American Law Institute, Washington D.C., 1986, párrafo 111(1), Comment d, p. 44.

58. Así ocurrió en el asunto *Whitney v. Robertson* 124 US 190 (1888). Vid. *Restatement, op. cit.*, párrafo 115(1) (a), p. 63.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

elevant el estándar de protección establecido por el régimen multilateral. Este es el caso de los denominados *Acuerdos ADPIC Plus*, que tienen el objetivo de introducir garantías adicionales en las relaciones bilaterales, en particular en materia de invenciones biotecnológicas, para la protección de los derechos de propiedad intelectual por encima de los previstos en el Acuerdo sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) integrante del sistema multilateral del comercio⁵⁹. El efecto de estos tratados bilaterales, resultado de la desigual capacidad negociadora de las partes, es la erosión del régimen multilateral al obtener el hegemon unas ventajas que en la negociación multilateral no ha podido conseguir.

La desconfianza del hegemon hacia los tratados internacionales multilaterales, en ocasiones, va más allá de su rechazo a ser parte o de la adaptación de su contenido a sus intereses en el momento de la aplicación por medio de diferentes técnicas jurídicas, pasa a la oposición frontal. Este es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998. Estados Unidos, después de rechazar su ratificación y tras su entrada en vigor, ha recurrido a diversos instrumentos jurídicos para limitar al máximo su funcionamiento y sus posibles efectos sobre los ciudadanos norteamericanos: tratados bilaterales, resoluciones del Consejo de Seguridad y leyes internas. Por un lado, Estados Unidos ha concluido más de un centenar de acuerdos bilaterales tanto con Estados parte como no parte del Estatuto, llamados *Bilateral Immunity Agreements*, al amparo del art. 98 del mismo y cuya denominación más correcta sería la de *acuerdos bilaterales de inmunidad*, ya que su objetivo es obtener el compromiso de los otros Estados parte de no transferir a la Corte a los ciudadanos americanos que se encuentren en su territorio. Se trata, por tanto, de tratados que buscan garantizar la inmunidad de ciudadanos americanos frente a la Corte Penal Internacional⁶⁰. Por otro lado, Estados Unidos ha forzado la adopción de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) del Consejo de Seguridad en las que éste pide a la Corte, según el art. 16 del Estatuto de Roma,

59. Vid. sobre los *Acuerdos ADPIC Plus* X. HERNÁNDEZ, S., "Los *Acuerdos ADPIC Plus* y el acceso a productos farmacéuticos", *Temas de Derecho industrial y de la competencia*, 2006, n. 8.

60. Vid. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva de la Corte Penal Internacional: la resolución 1422 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los acuerdos bilaterales celebrados por Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, n. 2 (2002), pp. 999-1003; ALCOCEBA GÁLLEGO, M.A., "La ilicitud internacional de los *Acuerdos Antídoto* celebrados por Estados Unidos para evitar la jurisdicción de la CPI", *ADI*, vol. XIX (2003), pp. 349-372; y COULÉE, F., "Sur un état tiers bien peu discret: Les États Unies confrontés au Statut de la Cour Pénale Internationale", *AFDI*, vol. XLIX (2003), pp. 32-70.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

que si surge algún caso de agentes y funcionarios de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto (por ejemplo Estados Unidos), que participen en operaciones de mantenimiento de la paz, no inicie ni prosiga investigaciones durante un período de un año a partir de la fecha que establece cada resolución⁶¹. Y, por último, el Congreso americano ha adoptado la *American Servicemembers' Protection Act*, que fue firmada por el presidente Bush el 2 de agosto de 2002, que prohíbe a todos los tribunales americanos, a los gobiernos locales y al gobierno federal cualquier tipo de cooperación con la Corte Penal Internacional, sean comisiones rogatorias, ayuda financiera, entrega o extradición de cualquier persona americana o extranjero residente en Estados Unidos (sección 2004). Asimismo, salvo excepciones, prohíbe la asistencia militar en beneficio de Estados parte en el Estatuto (sección 2007) y autoriza al presidente a usar “todos los medios necesarios y apropiados” para liberar a ciudadanos americanos o de países aliados retenidos o encarcelados por la Corte (sección 2008), por lo que también es conocida esta ley como *The Hague Invasion Act*⁶².

Por último, ante la proliferación de la tecnología militar nuclear y la posibilidad de que misiles balísticos puedan estar a disposición de grupos terroristas o de Estados canalla, Estados Unidos está desarrollando una iniciativa estratégica de defensa antimisiles. Ahora bien, debido a las restricciones que suponía para sus nuevos objetivos el Tratado bilateral con la URSS relativo a los misiles antibalísticos (ABM) de 1972 (al que consideraba como contrario a sus intereses nacionales), Estados Unidos anunció su retirada el 13 de diciembre de 2001 y, tras, un preaviso de seis meses, el 13 de junio de 2002 denunció dicho tratado de acuerdo con el art. XV del mismo⁶³.

61. Vid. ESCUDERO ESPINOSA, J.F., “Los poderes del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma”, *ADI*, vol. XIX (2003), pp. 185-261; y BOLLO AROCENA, M., “La adopción de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXV (2004), pp. 375-408.

Cfr. con carácter general GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La disputada posición del Consejo de Seguridad”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII (2002), pp. 3-61.

62. El texto de la *American Servicemembers' Protection Act* puede verse en la página web <http://www.iccnw.org>.

63. MÜLLERSON, R., “The ABM Treaty: Changed Circumstances, Extraordinary Events, Supreme Interest and International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50 (2001), pp. 509-539 examina dos tipos de argumentos como posible justificación de la terminación del tratado, el cambio fundamental de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión y el riesgo para los intereses esenciales de Estados Unidos; también CERVELL, M^a J., “La denuncia del tratado ABM (diciembre de 2001) por Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, n. 1 (2002), pp. 509-514.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

2. La costumbre hegemónica

Autores que defienden concepciones diferentes de la costumbre internacional y aun del Derecho internacional coinciden en que la formación de normas consuetudinarias es el resultado de un proceso que, aunque está abierto a la participación de todos los Estados de la Comunidad internacional, permite a los Estados más poderosos crear, mantener o cambiar tales normas con mayor discrecionalidad que otras fuentes del ordenamiento jurídico internacional. Esta mayor facilidad para que las normas consuetudinarias incorporen las preferencias de los poderosos se explican porque tales Estados poseen un cuerpo diplomático más amplio que genera más práctica, porque tienen capacidad de objetar el nacimiento de nuevas normas y porque disponen de la capacidad militar, económica y política necesaria para discrepar de los demás, para presentar reclamaciones, para aplicar las decisiones judiciales y para imponer sanciones llegado el caso⁶⁴. Dada la naturaleza de proceso no formalizado y la receptividad de la costumbre internacional a las necesidades del poder, el Estado hegemónico la percibe como un mecanismo permeable porque su apoyo, abstención u oposición pueden servir para crear nuevas normas, bloquear el proceso de formación o bien impedir que les aplicables y para modular la interpretación y la evolución del contenido de las normas consuetudinarias. La costumbre, por tanto, es para el hegemón un instrumento útil para incorporar al contenido de la regla sus preferencias o intereses y su poder o bien para el reconocimiento de excepciones que le eximan de la regla general (teoría del objetor persistente)⁶⁵.

64. *Vid.*, entre otros, D'AMATO, A., *The Concept of Custom*, Ithaca, Cornell University Press, 1971, pp. 96-97; SCHACHTER, O., "New Custom: Power, *Opinio Iuris* and Contrary Practice", en J. MAKARCZYK (ed.), *Theory of International Law and the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer, 1996, pp. 531-540, en particular, pp. 536-537; BYERS, M., *Custom, Powers and the Power of Rules. International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 35-40.

65. Esta es una idea que, sorprendentemente, comparten autores con enfoques diferentes del derecho internacional y de la costumbre internacional. Para KOSKENNIEMI, M., *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki, 1989, pp. 342-421, que utiliza un enfoque crítico, la costumbre internacional es poco más que una fachada para la imposición de preferencias políticas subjetivas argumentadas bien a partir de la práctica o bien desde la *opinio iuris*.

Para GOLDSMITH, J.L. y POSNER, E.A., "A Theory of Customary International Law", *The University of Chicago Law Review*, vol. 66 (1999), pp. 1113-1177, que emplean un enfoque basado en la teoría de juegos y de la elección racional, la costumbre internacional no tiene contenido normativo y explican la regularidad del comportamiento internacional asociado a ella bien como consecuencia de la coincidencia de intereses que produce beneficios a todos o

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

Esta percepción del proceso consuetudinario vinculado al poder presupone que el fundamento de su obligatoriedad es el consentimiento del Estado, bien a cada norma individual, como defendía la doctrina voluntarista clásica, o bien, como hacen autores neorrealistas contemporáneos, un consentimiento difuso o general al proceso de creación de normas consuetudinarias (*system consent*)⁶⁶. Asimismo, supone, como en la denominada *costumbre tradicional*, priorizar la práctica estatal tanto en forma de conducta activa de los Estados más poderosos como de reacción o aquiescencia de los demás en el proceso de formación de las normas consuetudinarias⁶⁷. La *opinio iuris* tendría un papel secundario y sería invocada para distinguir las obligaciones jurídicas de las que no lo son y ha sido concebida, por estos autores, como “un conjunto de acuerdos compartidos que permite a los Estados distinguir entre la práctica estatal jurídicamente relevante y la jurídicamente irrelevante”⁶⁸. En esta concepción de la costumbre, el proceso de infravaloración del

bien como resultado de la coerción derivada del poder. *Vid.* una crítica a esta concepción en D.F. VAGTS, “International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist’s Defense”, *EJIL*, vol. 5, n. 5 (2004), pp. 1031-1040.

KELLY, J.P., “The Twilight of Customary International Law”, *Virginia Journal Of International Law*, vol. 40 (2000), pp. 449-543 sostiene que, dada su flexibilidad e indeterminación, la costumbre como fuente de derecho es “una cuestión de gusto” (*matter of taste*) (p. 451), que debe ser desechada como fuente de Derecho internacional porque su uso y abuso promueve el cinismo y la desafección de muchas naciones y pueblos; porque no estimula el cumplimiento, porque crea inconsistencia y excepcionalismo; y porque existen otros modos más efectivos para crear normas jurídicas internacionales (pp. 535-543).

66. *Vid.* BYERS, M., *op. cit.*, 1999, pp. 142-146; LOWE, V., “Do General Rules of International Law Exist?”, *Review of International Studies*, vol. 9 (1983), pp. 208-209.

67. ROBERTS, A.E., “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, *AJIL*, vol. 95 (2001), pp. 757-791 distingue, por un lado, la *costumbre tradicional*, resultado primero de un proceso de inducción de la práctica consistente y general seguido por los Estados por su sentido de la obligación jurídica, en la que la *opinio iuris* juega una función secundaria para distinguir obligaciones jurídicas y no jurídicas; y, por otro lado, la *costumbre moderna* que es el resultado de un proceso deductivo que comienza con declaraciones generales de reglas más que de ejemplos concretos de práctica y en la que se prioriza la *opinio iuris* más que la práctica. Esta autora señala que ambos enfoques tienen graves problemas de legitimidad e integridad que erosionan a la costumbre internacional como fuente del Derecho internacional. Para evitar estos problemas propone un *enfoque interpretativo reflexivo*, basado en la teoría interpretativa del Derecho de Dworkin y en la noción de equilibrio reflexivo de J. Rawls, que reconcilia ambas concepciones y ofrece una explicación más sofisticada y coherente de la relación entre los elementos constitutivos de la costumbre.

68. *Vid.* BYERS, M., *op. cit.*, 1999, pp. 147-151. Este autor identifica como ejemplos de “acuerdos compartidos sobre la relevancia jurídica de la práctica estatal” el papel de la aquiescencia para el desarrollo, mantenimiento y cambio de las normas consuetudinarias y el de la posición del objeto persistente para la oposición al desarrollo o cambio de normas salvo que sean de *ius cogens*.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

elemento subjetivo lleva a considerar, como hace la resolución de la International Law Association sobre *Formación del Derecho internacional consuetudinario general*, que “no es necesaria para la formación de tal norma demostrar que dicha creencia [la *opinio iuris*] existe, ni con carácter general ni respecto a un Estado particular”⁶⁹.

Además, el estrecho vínculo entre poder y costumbre internacional permitiría a los Estados más poderosos el reconocimiento jurídico de sus intereses por medio de excepciones particulares a las reglas generales. Esta sería la función de la denominada *teoría del objeto persistente*. Según esta teoría, un Estado que ha objetado de forma persistente (y continua, sin decaer en la objeción) a una regla de Derecho internacional consuetudinario durante el periodo de emergencia de la regla no estaría obligado por ella. Según sus defensores, no impugna la validez de la regla general reconocida, sino que utiliza la vía de la excepción para defender intereses prácticos o ideológicos de los Estados⁷⁰ y es un instrumento esencial para defender la soberanía de los Estados como refugio último frente a la mayoría⁷¹. La doctrina señala como ejemplos de objeción persistente la oposición de Estados Unidos y de otros

ELIAS, O., “The Nature of the Subjective Element in Customary International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44 (1995), pp. 501-520 define la *opinio iuris* de forma aún más explícita como un elemento que “is no different from consent of States, or more precisely, consensual acceptance, in one form or another, of the legal character of a given course of conduct...” (p. 501). En otras palabras, la *opinio iuris* “is indistinguishable from will/consent” (p. 513).

69. Vid. la resolución 16/2000 de la International Law Association sobre *Formación del Derecho internacional consuetudinario general* y el Informe final del Comité sobre el tema *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, enmendado en la Conferencia de Londres (2000), sección 16, pp. 29-34 (disponible en <http://www.ila-hq.org>). En la redacción provisional aparecía una versión más fuerte sobre la infravaloración de la *opinio iuris*, ya que se afirmaba que no era necesaria en el proceso de formación del Derecho internacional consuetudinario. El informe está basado, en buena medida, en las ideas expuestas por el profesor MANDELSON, M., “The Formation of Customary International Law”, *R. des C.*, vol. 272 (1998), pp. 155-410, en especial para este aspecto, pp. 246-250 y 268-293.

Una crítica de esta preterición del elemento subjetivo puede verse en YEE, S., “The News taht *Opinio iuris* ‘Is Not Necessary Element of Customary [International] Law’ Is Greatly Exagerated”, *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), pp. 227-238.

70. Vid. STEIN, T., “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objeto in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 86, n. 2 (1985), pp. 457-482, en particular, pp. 457 y 467-468; también la Resolución de Londres de la International Law Association sobre *Formación...*, *op cit.*, 2000, sección 17.

71. Vid. WEIL, P., “Towards relative Normativity in International Law”, *AJIL*, vol. 77 (1983), pp. 413-442, en particular, pp. 433-434; y en “Le droit international en quête de son identité. Cours générale de droit international public”, *R. des C.*, vol. 237 (1992-VI), pp. 9-370, en concreto, en pp. 195 y 201.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

países desarrollados a las reglas sobre la Zona Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos sobre explotación de los recursos y sobre transferencia de tecnología y la oposición a la nueva regla sobre compensación por la expropiación y nacionalización de la propiedad privada de los extranjeros que proponían los países en vías de desarrollo (una “compensación adecuada” según el derecho interno) en sustitución de la regla *Hull* de una indemnización “justa, adecuada, pronta, efectiva y no discriminatoria”.

Este conjunto de herramientas conceptuales que integran esta concepción de la costumbre internacional, la *costumbre hegemónica*, es utilizado por Estados Unidos y por algunos autores, sobre todo en el ámbito del uso de la fuerza y de la intervención, para argumentar jurídicamente que determinadas prácticas permiten una ampliación del uso de la fuerza. Así ha sucedido respecto al uso de la fuerza como respuesta a atentados de grupos terroristas, que ha sido justificada como una interpretación evolutiva de la norma consuetudinaria de la legítima defensa, de forma que ahora incluiría “la respuesta militar contra países que voluntariamente han permitido o dado apoyo a grupos terroristas si se ha probado que los terroristas han golpeado al Estado que responde”⁷². Otro tanto ha sucedido, aunque en este caso la oposición ha sido mucho mayor, con la denominada *legítima defensa preventiva*, que supone una interpretación de la regla consuetudinaria que pretende ampliar el uso de la fuerza con carácter preventivo, antes incluso de que cualquier ataque haya comenzado o incluso antes de que sea inminente⁷³. Asimismo, como consecuencia de la intervención militar en Kosovo, se ha defendido que estaría en proceso de formación o incluso ya formada una norma consuetudinaria que sería una excepción a las reglas generales que prohíben el uso de la fuerza armada y la intervención en los asuntos internos de los Estados y que permitiría el uso de la fuerza armada por parte de un Estado o grupo de Estados, cuando el Consejo de Seguridad se mantuviera inactivo, en los casos de genocidio y de crímenes contra la humanidad⁷⁴.

En suma, la hegemonía de Estados Unidos es ejercida a través de la creación, evolución e interpretación de algunas normas consuetudinarias y por medio de su oposición a otras a lo largo de un proceso que afecta bien a las reglas generales o bien a las excepciones. Este proceso se manifiesta, antes que por un cambio radical, por medio “de la infiltración incidental de concep-

72. Vid. BYERS, M., *op. cit.*, 2005, pp. 55-59; BERMEJO GARCÍA, R., *op. cit.*, 2001, pp. 19-22.

73. Vid. *The National Strategy...*, *op. cit.*, 2002, Cap. V. p. 15; y *The National Strategy...*, *op. cit.*, 2006, Cap. V. p. 23.

74. Vid. ROBERTS, A.E., *op. cit.*, 785-788.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

tos, de la ‘flexibilización’ de la costumbre, de la maximización de los poderes discrecionales de los dirigentes políticos y del progresivo impacto de la sociedad sobre la *opinio necessitatis*⁷⁵.

D. *La hegemonía institucionalizada*

La hegemonía de un Estado, en contra de lo que a veces se afirma, no implica necesariamente el recurso al unilateralismo, al ejercicio unilateral del poder en las relaciones internacionales⁷⁶. Esto también es así en el caso de Estados Unidos, a pesar de la frecuente invocación y práctica del ya mencionado *excepcionalismo americano*, estimulado a partir de la postguerra fría por el incremento de las asimetrías de poder militar, económico y político respecto a los demás Estados de la Comunidad internacional. El hegemon utiliza medios multilaterales, bilaterales o unilaterales en función de su idoneidad para alcanzar los objetivos que se ha marcado⁷⁷. La práctica posterior a 1945 evidencia que Estados Unidos ha sido uno de los principales promotores de las Organizaciones internacionales de ámbito universal más relevantes que sirvieron para vertebrar el orden internacional a partir de dicha fecha, aunque el entusiasmo institucionalista americano ha disminuido a partir de 1990.

Uno de los rasgos que configuran el Derecho internacional hegemónico es el recurso a las instituciones internacionales multilaterales, entendidas en sentido amplio, comprensivo de las normas jurídicas internacionales y de las Organizaciones internacionales, para satisfacer los intereses hegemónicos. La hegemonía institucionalizada puede ejercerse por medio de varias técnicas: El reconocimiento jurídico de las aspiraciones del hegemon bien por medio de reglas generales o de excepciones a las mismas o bien a través de reglas específicas; la creación de mecanismos institucionales para reforzar la aplicación de las normas jurídicas de manera que a la vez que incrementan la efi-

75. Vid. SKORDAS, A., “Hegemonic Custom?”, en BYERS, M. y NOLTE, G. (eds.), *op. cit.*, 2003, pp. 317-347, en particular, p. 344.

76. Cfr. DUPUY, P.-M., “The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law”, *EJIL*, vol. 1 (2000), pp. 19-29 donde examina la nueva oleada de unilateralismo practicada tras el fin de la guerra fría (pp. 25-28) y las cuestiones que plantea (pp. 28-29).

77. REISMAN, M. y SCHUCHART, S., “Unilateral Action in an Imperfect World”, *Austrian Review of International and European Law*, n. 8 (2003), pp. 163-178, en particular, pp. 164-166, apuntan que el recurso al unilateralismo depende de la eficacia de los distintos modelos de orden internacional: cuanta mayor es la eficacia del sistema menor es el recurso al unilateralismo por parte de los Estados más poderosos y a la inversa.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

cia de la organización reducen los costes para el hegemón; y la posibilidad de adoptar una respuesta institucional (sanciones) en los supuestos de incumplimiento de las normas la organización.

La hegemonía institucionalizada se caracteriza por ser ambivalente para las propias instituciones internacionales y por ser selectiva. En primer lugar, la hegemonía institucionalizada es ambivalente (*a Janus-faced phenomenon*)⁷⁸ porque el ejercicio del poder hegemónico por medio de éstas tiene una doble dimensión en la que ventajas e inconvenientes van inexorablemente unidos. Por un lado, supone la participación del hegemón en las instituciones multilaterales dentro de las reglas procedimentales y sustantivas que las regulan y, en muchos casos, su reforzamiento normativo e institucional, la mejora de su eficacia y el incremento de la relevancia jurídica y política de la organización. Pero, por otro lado, la hegemonía institucionalizada representa también la disminución de la autonomía institucional de la organización debido a su supeditación a los intereses del hegemón, que obtiene legitimidad para su conducta a la vez que la pueden perder las instituciones internacionales con el consiguiente descrédito, erosión de su normatividad y de su eficacia. Un buen ejemplo de ello es el del Consejo de Seguridad. Como muy bien han examinado algunos autores, Estados Unidos y sus aliados occidentales, tras el fin de la guerra fría, han fortalecido el sistema de seguridad colectiva por medio de la ampliación *de facto* de las funciones del Consejo de Seguridad y del recurso a nuevas herramientas como medidas legislativas, sanciones selectivas y mecanismos de supervisión. Pero, a la vez, esto ha supuesto la caída de dicho sistema de seguridad colectiva por su marginación, instrumentalización y subordinación a los Estados más poderosos⁷⁹.

En segundo lugar, la hegemonía institucionalizada es selectiva. La práctica internacional enseña que no existe un rechazo generalizado de Estados

78. Vid. ALVAREZ, J. E., "Hegemonic International Law Revisited", *AJIL*, vol. 97 (2003), pp. 873-888, en particular, p. 874.

79. KRISCH, N., "The Rise and Fall of Collective Security: Terrorism, US hegemony, and the Plight of the Security Council", en WALTER, Ch., VÖNEKY, S., RÖBEN, V. y SCHORKOPF, F. (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty*, Springer, Berlin, 2004, pp. 879-907; CARDONA LLORENS, J., "La 'externalización'/'privatización' del uso de la fuerza por las Naciones Unidas", en *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, pp. 317-342, en especial, pp. 338-342; y, sobre todo, su trabajo específico sobre esta cuestión "La descentralización del sistema colectivo de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales", en H. Torroja (dir.) y S. Güell (coord.), *Los retos de la seguridad y defensa en el nuevo contexto internacional*, Barcelona, Publicacions de la Universitat de Barcelona, 2007, pp. 67-85; y PANIAGUA REDONDO, R. y PONS RÁFOLS, X., "El sistema de seguridad colectiva, el terrorismo internacional y la legítima defensa", *Agenda ONU*, n. 4 (2001), pp. 9-56, en particular, pp. 10-24.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

Unidos a las instituciones multilaterales, sino que dicho Estado elige y selecciona aquéllas en las que quiere participar de forma activa dependiendo de la función asignada a la organización, de sus intereses nacionales, del contexto interno e internacional y del análisis de los costes y beneficios que su participación puede ocasionarle. La actitud de Estados Unidos hacia las instituciones internacionales se puede calificar como *multilateralismo instrumental*, ya que la decisión de participar en ellas depende de en qué medida sean percibidas por importantes actores internos americanos como un instrumento efectivo para la promoción de los intereses nacionales norteamericanos⁸⁰. La hegemonía institucionalizada mediante este multilateralismo instrumental se manifiesta en aquellos regímenes internacionales y Organizaciones internacionales que tienen un especial interés para los Estados más poderosos en razón de la materia, de su capacidad de control y de la mejor relación de costes y beneficios como son los relativos a las relaciones económicas internacionales y a la seguridad.

1. *La hegemonía institucionalizada en materia de relaciones económicas internacionales*

Estados Unidos y sus aliados occidentales han recurrido en este ámbito, fundamentalmente, a dos regímenes internacionales para ejercer de forma institucionalizada su supremacía: el financiero, integrado por las instituciones de Bretton Woods, el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI)⁸¹, principalmente, como instrumentos del denominado *consenso de Washington*, y el régimen internacional del comercio integrado por la OMC y los acuerdos multilaterales que administra⁸². Los motivos que pueden explicar este ejercicio de hegemonía institucionalizada son, por un lado de tipo sustantivo, la defensa de intereses tan importantes para estos Estados basados en la libertad económica y la economía de mercado como son las finanzas y el incremento del comercio. Y, por otro lado de carácter procedi-

80. Vid. FOOD, R., MACFARLANE, S.N. y MASTANDUNO, M., "Conclusión: Instrumental Multilateralism in U.S. Foreign Policy", *op. cit.*, 2003, pp. 265-272; también LUCK, E.C., *op. cit.*, 2003, pp. 46-49.

81. Vid. LÓPEZ ESCUDERO, M., "El Derecho monetario internacional", en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2003*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 55-102.

82. Vid. el estudio clásico de RUGGIE, J. G., "International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order", en KRASNER, S. (ed.), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983, pp. 195-231.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

mental, el diseño institucional de dichos regímenes que les permite su control ya sea de forma directa (caso del BM y del FMI) o indirecta (OMC).

La hegemonía institucionalizada en materia de relaciones económicas se manifiesta mediante la creación de normas generales que recojan sus pretensiones, por medio del establecimiento de condiciones especiales para terceros Estados y a través del reforzamiento institucional del régimen en cuestión.

Una primera manifestación de hegemonía institucionalizada es la adopción de normas generales que responden a los intereses comerciales de Estados Unidos y de otros países desarrollados, como ha ocurrido en el sistema multilateral del comercio, que, al acuerdo básico, el GATT, se han unido cada vez más tratados multilaterales que regulan nuevas materias que se explican por el interés de tales Estados, como son, entre otros, el Acuerdo sobre la agricultura, el Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio, el Acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS) y el Acuerdo sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) y los que se pretende añadir otros en la Ronda de Doha sobre la cultura y otras materias⁸³.

En segundo lugar, la hegemonía institucionalizada puede operar mediante el establecimiento de condiciones especiales para los Estados en vías de desarrollo para la obtención de préstamos, ayuda financiera o reducción de deuda como son la condicionalidad ambiental, la exigencia de programas de ajuste estructural o de reestructuración de la deuda, la adopción de programas de privatización y desregulación financiera y ser un determinado modelo de Estado caracterizado por la separación de poderes, democracia y buena gobernanza⁸⁴.

Y, en tercer lugar, la hegemonía institucionalizada se ejerce por medio del reforzamiento institucional del régimen en cuestión. En el caso del régimen internacional del comercio, se adoptó el *Entendimiento relativo a las*

83. Vid. JACKSON, J.H., *World Trading System: Law and Politics of International Economic Relations*, MIT Press, Cambridge, 1997; ZAPATERO, P., *Derecho del comercio global*, Civitas/Thompson, Madrid, 2004.

84. Vid. WOODS, N., "The United States and the International Financial Institutions: Power and Influence Within the World Bank and the IMF", en FOOT, R., MACFARLANE, S.N. y MASTANDUNO, M., *U.S. Hegemony and International Organizations. The United States and Multilateral Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 92-114, que examina la influencia de USA en estas instituciones a partir de cuatro aspectos: cómo son financiadas las organizaciones, el control sobre el uso de los recursos, la influencia en el nombramiento de cargos directos y en la gestión y, por último, su poder en las estructuras formales de voto.

Vid. la crítica a esta influencia de los países occidentales de ANGHIE, A., "Time Present and Time Past: Globalization, International Financial Institutions and Third World", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32 (2000), pp. 243-290 desde una perspectiva histórica dentro del fenómeno del colonialismo y como parte de un proyecto más amplio de escribir una historia colonial alternativa del Derecho internacional.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias entre los Acuerdos de Marrakesh en 1994. En él se creó el Órgano de Solución de Diferencias con competencia obligatoria para conocer las violaciones de los acuerdos abarcados⁸⁵. Este mecanismo garantiza el cumplimiento de las normas del régimen y explica, por ejemplo, que normas internacionales que ya existían en el marco de tratados internacionales para la protección de la propiedad industrial e intelectual hayan sido incorporadas por referencia, de nuevo, dentro de uno de los acuerdos del sistema multilateral del comercio, el ADPIC⁸⁶.

2. *La hegemonía institucionalizada en materia de seguridad*

La seguridad se ha convertido en estos momentos en la principal preocupación del hegemón. Para conseguir este objetivo, está dispuesto a colaborar con las instituciones internacionales existentes en materia de seguridad (la ONU y la OTAN, entre otras) y con las coaliciones de voluntarios pero, llegado el caso, está dispuesto a actuar en solitario⁸⁷. En este ámbito, en el que algunos autores realistas clásicos consideraban que sólo servía el poder y que el Derecho pasaba a un segundo plano, Estados Unidos ha instrumentalizado a las organizaciones competentes en la materia para que le ayuden a conseguir sus propósitos. El caso de la OTAN es paradigmático ya que, dada su supremacía, la ha utilizado para complementar sus esfuerzos primero en la antigua Yugoslavia y después en Afganistán. Mayor interés tiene, desde el prisma del posible reflejo en el Derecho internacional, el ejercicio de hegemonía institucionalizada llevado a cabo desde el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁸⁸. La hegemonía institucionalizada en materia de seguridad tiene varias manifestaciones: la creación de normas generales universales, la búsqueda de excepciones a las reglas generales o de la exención de la competencia de otros Estados, la legalización *ex post facto* de situaciones que tenían

85. Vid. PETERSMANN, E.-U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System. International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, The Hague, Kluwer, 1997; y MONTAÑA, M., *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

86. Vid. MELGAR FERNÁNDEZ, M., *Biotecnología y propiedad intelectual: Un enfoque integrado desde el Derecho internacional*, UNAM, México, 2005, pp. 135-210.

87. Vid. las cartas del presidente G.W. Bush que sirven de presentación a las Estrategias Nacionales de Seguridad de 2002 y de 2006.

88. Vid. un examen general en MALONE, D. M., "US-UN Relations in the UN Security Council in the Post-Cold War Era", en FOOT, R., MACFARLANE, S. N. y MASTANDUNO, M. (eds.), *op. cit.*, 2003, pp. 73-91.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

una dudosa legalidad internacional y la práctica interpretativa de la Carta para disponer de mayor discrecionalidad en el uso de la fuerza por medio de la técnica de las *autorizaciones*⁸⁹.

Una primera manifestación de la hegemonía institucionalizada por medio del Consejo de Seguridad ha sido su utilización para crear normas generales universales obligatorias para todos los Estados, lo que J.E. Álvarez denomina *Global Hegemonic International Law*⁹⁰. Los ejemplos más importantes son los de las resoluciones 1373 (2001) sobre el terrorismo y la resolución 1540 (2004) sobre la proliferación de armas de destrucción masiva. En estas resoluciones el Consejo de Seguridad, adoptadas a iniciativa de Estados Unidos con el objetivo de luchar contra dos de sus preocupaciones fundamentales, se ha convertido en un órgano legislativo mundial⁹¹. Las resoluciones citadas son un supuesto poco frecuente en el Derecho internacional, ya que establecen normas generales obligatorias para todos los Estados, crean mecanismos de supervisión y ejecución, imponen a todos los Estados la obligación de cooperar y de adoptar las medidas necesarias para su aplicación y no tienen limitaciones temporales ni geográficas. Estados Unidos ha instrumentalizado al Consejo de Seguridad para universalizar normas jurídicas que ya existían en tratados multilaterales, como en la Convención internacional para la supresión de la financiación del terrorismo de 9 de diciembre de 1999 o en la Convención para la protección física de los materiales nucleares de 1980. De esta forma, el hegemon utiliza las resoluciones del Consejo de Seguridad para establecer obligaciones para todos los Estados que responden a su interés primordial por la seguridad. La lucha contra el terrorismo y contra la proliferación de armas de destrucción masiva son objetivos de toda la Comunidad internacional, pero, en este caso, además de su regulación mediante los instrumentos más habituales para la protección de los intereses generales como son los tratados internacionales multilaterales, Estados Unidos ha dado un paso más, instrumentalizando al Consejo de Seguridad para crear normas

89. Vid. FREUDENSCHUSS, H., "Between Unilateralism and Collective Security: Authorizations of the Use of Force by the U.N. Security Council", *European Journal of International Law*, vol. 5 (1994), pp. 492-531; y CARDONA LLORENS, J., "La 'externalización'/'privatización' del uso de la fuerza por las Naciones Unidas", en *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Servicio de publicaciones de las Universidades de Córdoba/Málaga/Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 317-342, en particular, pp. 324-327.

90. ÁLVAREZ, J. E., *op. cit.*, p. 874.

91. Vid. SZASZ, P., "The Security Council Starts Legislating", *AJIL*, vol. 96, n. 4 (2002), pp. 901-905; y TALMON, S., "The Security Council as World Legislature", *AJIL*, vol. 99 (2005), pp. 175-193.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

generales obligatorias para todos⁹². Estas normas no suponen una violación de otras ya existentes sino que son una mezcla de poder hegemónico y de Derecho resultado de la posición privilegiada que tiene el hegemón en las normas e instituciones del Derecho internacional⁹³.

Una segunda manifestación de la hegemonía institucionalizada ha sido la utilización del Consejo de Seguridad para la adopción de resoluciones mediante las que obtiene excepciones, si no *ad nomine*, pensadas para Estados Unidos, respecto a normas generales creadas por medio de tratados multilaterales o incluso con el fin de lograr la exención respecto a los efectos de la jurisdicción interna de algunos Estados⁹⁴. Este es el caso, por un lado, de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) en las que el Consejo de Seguridad, en virtud del art. 16 del Estatuto de Roma, pide a la Corte Penal Internacional que, si conoce de algún asunto que afecte a agentes y funcionarios de cualquier Estado que no sea parte (Estados Unidos entre otros) que participen en operaciones de mantenimiento de la paz, no inicie ni prosiga las investigaciones durante un periodo de un año a partir de la fecha que establece cada resolución⁹⁵.

Por otro lado, Estados Unidos y algunos de sus aliados han promovido en el Consejo de Seguridad la adopción de resoluciones con el objetivo de establecer también excepciones a la jurisdicción exclusiva de los tribunales internos de algunos Estados concretos, ya sea con carácter preventivo o bien para exigir la entrega de algunas personas determinadas. El primer supuesto es el de las resoluciones 1497 (2003) sobre Liberia (pár. 7) y 1593 (2005) sobre Darfur (pár. 6), en las que no sólo se excluye la competencia de la Corte Penal Internacional respecto al personal integrante de la fuerza multinacional de Estados que no sean parte en el Estatuto (como Estados Unidos), sino que

92. *Vid.* el análisis de la estrategia norteamericana para la no proliferación de armas de destrucción masiva de uno de los entonces máximos responsables BOLTON, J.R., "The Bush Administration's Forward Strategy for Nonproliferation", *Chicago Journal of International Law*, vol. 5 (2004-2005), pp. 395-404. Un elemento de dicha estrategia, junto con otros como las medidas internas, era la adopción por el Consejo de Seguridad de una resolución que criminalizara la proliferación de armas de destrucción masiva, estableciera controles a la exportación y obligara a adoptar medidas para la seguridad de los materiales sensibles dentro de las propias fronteras. El mismo Bolton afirma que por medio de la resolución 1540 (2004) se ha conseguido "all of the goals set out by the President" (p. 398).

93. ALVAREZ, J.E., *op. cit.*, p. 887.

94. *Vid.* KLEIN, P., *op. cit.*, 2003, pp. 387-391.

95. *Vid.* los trabajos ya citados de ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, 2002, pp. 999-1003; Escudero Espinosa, J. F., *op. cit.*, 2003, pp. 185-261; y BOLLO AROCENA, M., *op. cit.*, 2004, pp. 375-408.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

se excluye también la competencia de los tribunales de terceros Estados que la tuvieran atribuida por sus leyes nacionales para juzgar las violaciones graves del Derecho internacional humanitario. En definitiva, Estados Unidos ha obtenido por medio de estas resoluciones una regla específica que le otorga la jurisdicción *exclusiva* para juzgar las conductas de los ex-funcionarios y oficiales y de los miembros de la fuerza multinacional de nacionalidad norteamericana que hayan intervenido o puedan intervenir en Liberia⁹⁶ o en Sudán⁹⁷. El segundo supuesto es el de resoluciones que exigen a un Estado la entrega de algunas personas determinadas a otros Estados. Éste es el caso, entre otros⁹⁸, de las resoluciones 731 (1992) y 748 (1992), adoptadas a instancias de Estados Unidos, Francia y de Gran Bretaña, que pedían a Libia la entrega de los presuntos responsables del atentado terrorista sobre el avión de la Pan Am (vuelo 103) sobre la ciudad escocesa de Lockerbie el 21 de diciembre de 1988 en contra de lo establecido en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, adoptada el 23 de septiembre de 1971 en Montreal⁹⁹. Mediante estas resoluciones, los Estados que las habían auspiciado conseguían dejar inaplicada la regla general prevista en los arts. 7 y 8 del convenio (el Estado en cuyo territorio se encuentren los presuntos responsables tiene la obligación de juzgar o de extraditar) y le imponían a Libia, a pesar de su disposición a someterlos a juicio, la obligación de entregar a los presuntos responsables.

96. *Vid.* las atinadas observaciones críticas de GARCÍA RICO, E., “La resolución 1497 (2003) del Consejo de Seguridad: ¿una vuelta al régimen de capitulaciones en el Derecho internacional?”, *REDI*, vol. LVI (2004), pp. 185-192.

97. La fórmula utilizada es la siguiente: El Consejo de Seguridad, en el párrafo 6 de la resolución 1593 (2005), decide que “los nacionales, los exfuncionarios o funcionarios o el personal de un Estado contribuyente que no sea el Sudán y no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se sometan a la jurisdicción exclusiva de ese Estado contribuyente respecto de todos los supuestos actos u omisiones derivados de las operaciones en el Sudán o relacionados con ellas establecidas o autorizadas por el Consejo o la Unión Africana, a menos que ese Estado contribuyente haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva”. *Vid.* sobre este caso LÓPEZ-JACOISTE, M^a E., “La resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la intervención de la CPI en la crisis de Darfur: ¡a la sexta va la vencida!”, *REDI*, vol. LVII, n. 1 (2005), pp. 489-495.

98. *Vid.*, entre otras, la resolución 1267 (1999), que su pár. 2 exige que los talibanes entreguen a Osama bin Laden al Estado en el que haya sido objeto de acusación o donde vaya a ser detenido y acusado.

99. La resolución 731 (1992) impone tal obligación de forma indirecta en su párrf. 3 (“*exhorta* al Gobierno libio a que proporcione una respuesta completa y efectiva a estas peticiones...”), ya que la exigencia de tal entrega se encuentra en las peticiones formuladas por dichos Estados en los documentos a los que se hace referencia en las notas a pie de página de la resolución y que forman parte de ella.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

Una tercera manifestación de la hegemonía institucionalizada por medio del Consejo de Seguridad ha sido su instrumentalización para la legalización tácita *ex post facto* de situaciones que tenían su origen en conductas de dudosa legalidad internacional. Los ejemplos más conocidos son los de Kosovo y de Irak. En el caso de Kosovo, después de la intervención armada por parte de los Estados miembros de la OTAN sin la previa autorización del Consejo de Seguridad, éste, una vez acabada la fase militar, adoptó la resolución 1244 (2000) por la que autoriza a desplegar en Kosovo, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, presencias internacionales (pár. 5), una de carácter militar para mantener la seguridad (pár. 7) y otra de carácter civil para la administración territorial internacional (párrs. 10 y 11). En el caso de Irak, tras el ataque y posterior invasión armada de las fuerzas angloamericanas sin autorización del Consejo de Seguridad, éste adoptó las resoluciones 1483 (2003), 1511 (2003) y 1546 (2004), fundamentalmente, con el fin de legalizar o al menos dar cobertura jurídica internacional a la presencia militar de tales tropas. De esta forma, ante el *fait accompli*, reconoce la autoridad y responsabilidad de la Autoridad Internacional de la Coalición en la administración efectiva del territorio (resolución 1483) y las fuerzas ocupantes pasaron a ser integrantes de una fuerza multinacional bajo un mando unificado establecida por la resolución 1511 (pár. 13), y su posterior presencia en Irak obedecía a la solicitud del nuevo gobierno provisional de dicho país (pár. 9 de la resolución 1546)¹⁰⁰.

III. LOS LÍMITES DEL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO

El Derecho internacional hegemónico, como ya se ha apuntado, es un intento de reconfiguración del Derecho internacional actual para convertirlo

Vid. sobre los importantes problemas de legalidad que suscitan tales resoluciones ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, M. P., “¿*De maximis non curat praetor...*? El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto *Lockerbie*”, *REDI*, vol. XLIV, n. 2 (1991), pp. 327-350; y ORIHUELA CALATAYUD, E., “La actuación del Consejo de Seguridad de la ONU en el asunto *Lokerbie*: Paradigma de ‘incontrolable’ abuso de poder”, *REDI*, vol. XLV, n. 2 (1992), pp. 395-415.

100. *Vid.* los análisis críticos de ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, M. P., “El Consejo de Seguridad en la guerra contra Irak: ¿ONG privilegiada, convalidador complaciente u órgano principal?”, *REDI*, vol. LV (2003), pp. 205-222; GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La ‘contaminación’ de Naciones Unidas o las resoluciones 1483 y 1511 (2003) del Consejo de Seguridad”, *ADI*, vol. XIX (2003), pp. 71-88; PANIAGUA, R. y PONS, X., “La guerra y ocupación de Irak: legalidad internacional y posición de las Naciones Unidas”, *Agenda ONU*, n. 6 (2003-2004), pp. 13-111; y REMIRO BROTONS, A., “Guerras del *Nuevo Orden*: Irak, la agresión de los democráticos señores”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2003*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 17-53, en particular, pp. 44-50.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

en un instrumento del poder y para la satisfacción de los intereses nacionales más inmediatos de los Estados más poderosos y, en especial, de Estados Unidos, el hegemón. Ahora bien, la práctica interna, internacional e institucional, la propia dinámica de las relaciones internacionales y la respuesta de la Comunidad internacional, ya sea por parte de Estados, ONG's o, con distintos matices, desde la doctrina iusinternacionalista mayoritaria muestra que el Derecho internacional hegemónico está encontrando fuertes resistencias y que tiene importantes límites. Tales limitaciones se pueden sistematizar en tres tipos: materiales, políticas y jurídicas.

A. *Los límites materiales*

Autores de referencia de la Teoría de las Relaciones Internacionales han reconocido que la hegemonía global, salvo algún acontecimiento imprevisto, es casi imposible¹⁰¹ y que la hegemonía no es suficiente para mantener un orden estable ya que necesita, además, la cooperación de los demás Estados¹⁰². Estas limitaciones materiales las tiene también el Derecho internacional hegemónico. Tales límites son especialmente visibles en materia de seguridad y respecto a algunos regímenes internacionales a los que el Estado hegemón se ha opuesto. En el caso de la seguridad, a pesar de las reinterpretaciones del principio de prohibición del uso de la fuerza para explicar la ampliación del recurso a la misma parte de Estados Unidos y de sus aliados, la percepción actual es la de un mundo más inseguro en el que las amenazas a veces son difusas y respecto a las que nadie puede hacer frente en solitario, ni siquiera el Estado más poderoso¹⁰³, como ha reconocido la propia Administración estadounidense¹⁰⁴. Los ejemplos de Afganistán, Irak¹⁰⁵ o la mal denominada "guerra contra el terrorismo" son bien ilustrativos de tales límites, ya que los problemas que se pretendía solucionar siguen e incluso se han agravado, como ocurre con Irak.

Además, la oposición de algunos de los Estados más poderosos, en especial de Estados Unidos, a la creación y desarrollo de algunos regímenes in-

101. Vid. MEARSHEIMER, J.J., *op. cit.*, 2001, p. 41.

102. Vid. KEOHANE, R.O., *op. cit.*, 1984, p. 46.

103. Vid. GARCÍA, C. y RODRIGO, A.J. (eds.), *La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*, Tecnos, Madrid, 2008.

104. Vid. la carta de presentación del presidente G. W. Bush a *The National Security...*, *op. cit.*, 2006 y el Cap. III, pp. 8-13.

105. Vid. GARCÍA SEGURA, C. y RODRIGO HERNÁNDEZ, A.J. (eds.), *El imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak*, Tecnos, Madrid, 2004.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

ternacionales como son el de la responsabilidad internacional penal de los individuos institucionalizada por medio de la Corte Penal Internacional de 1998 y el de la Convención sobre la prohibición, almacenamiento, fabricación y destrucción de las minas antipersonas de 1997, no ha impedido la entrada en vigor de los tratados básicos. Como ha señalado P. Malanczuk, la oposición de Estados Unidos ha supuesto dificultades para su implementación y supone un mal ejemplo al pedir privilegios e inmunidades, pero no ha imposibilitado su funcionamiento y aplicación y, como ya ocurrió con los tratados de Derecho internacional humanitario primero y protección de derechos humanos después, a largo plazo es posible que decida unirse a tales regímenes internacionales¹⁰⁶. Otro tanto se puede afirmar del régimen internacional sobre el cambio climático, en el que Estados Unidos no es parte del Protocolo de Kioto de 1997 que le establecía una obligación de reducción de un 7% su nivel de emisiones de gases de efecto invernadero respecto a las del año de referencia que es 1990¹⁰⁷. Su autoexclusión del régimen no ha impedido su entrada en vigor y su funcionamiento inicial, aunque hace más difícil el éxito del mismo en su lucha contra el calentamiento global.

En suma, el Derecho internacional hegemónico no es eficaz para conseguir los objetivos pretendidos a pesar del poder excepcional de Estados Unidos, ya que la coerción y la instrumentalización del Derecho no son suficientes para imponer a los demás nuevas normas jurídicas, para garantizar su cumplimiento o impedir que el resto de la Comunidad internacional adopte otras sin su consentimiento o, incluso, con su oposición.

B. *Los límites políticos*

El Derecho internacional hegemónico tiene también límites políticos porque no tiene legitimidad. Esta concepción del ordenamiento jurídico internacional, como ya se ha apuntado, está basada en el poder o en la satisfacción egoísta de los intereses del hegemón por lo que su cumplimiento por los demás depende de la coerción, es decir, de la capacidad intimidatoria del poder del Estado hegemónico o de la coincidencia de intereses entre éste y los demás Estados, lo que no suele ser frecuente. En suma, si el Estado hegemón no cumple su función social de líder sistémico y las normas jurídicas internacio-

106. Vid. MALANCZUK, P., "The International Criminal Court and Landmines: What Are the Consequences of Leaving the United States Behind?", *EJIL*, vol. 11 (2000), pp. 77-90.

107. Vid. el art. 3.1 del Protocolo de Kioto y el Anexo B.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

nales son sólo un instrumento de su poder o el resultado de un cálculo racional para la satisfacción de sus intereses nacionales más inmediatos en lugar de servir para proporcionar un orden estable y bienes colectivos a toda la Comunidad internacional después de un proceso abierto a la participación de todos, el Derecho internacional hegemónico no será percibido por los demás miembros del sistema internacional como legítimo y, por tanto, salvo coerción o retribución del hegemón, no se verán compelidos a aceptarlo y cumplirlo de forma voluntaria.

La legitimidad del orden internacional¹⁰⁸ y, en particular, del Derecho internacional consiste en la cualidad normativa que contribuye a su cumplimiento voluntario por los destinatarios por razones internas, ya no por el temor a la coerción del poder ni por la retribución o satisfacción de los propios intereses sino por la creencia subjetiva de que debe cumplirse, por un sentido interno de obligación moral. La legitimidad del Derecho internacional, según Th. Franck, es una percepción subjetiva que se deriva de una serie de requisitos que pueden poseer las normas jurídicas: determinación, validación simbólica, coherencia y adherencia como inserción en un sistema jurídico¹⁰⁹.

Entendida de esta forma la legitimidad, el Derecho internacional hegemónico carece de legitimidad y, por tanto, salvo coerción o difícil coincidencia de intereses no será cumplido de forma voluntaria por los demás Estados. Al revés, el Derecho internacional hegemónico es percibido como un mal ejemplo, como un intento basado en el poder del Estado hegemónico que busca el reconocimiento jurídico de las desigualdades entre los Estados y significa la legalización de la hegemonía. Como la práctica interna, internacional e institucional de estos últimos años muestra, la mayoría de los miembros de la Comunidad internacional rechazan esta concepción del Derecho internacional.

El cambio de las normas jurídicas internacionales, su interpretación evolutiva para hacer frente a nuevas necesidades, la reinterpretación de otras y el recurso a las instituciones multilaterales en el Derecho internacional actual no puede ser impuesto ni realizarse al margen de algunos procedimientos ya establecidas para ello. Al contrario, exige, al menos, dos requisitos básicos,

108. Vid. CLARK, I., "Legitimacy in a Global Order", *Review of International Studies*, vol. 29 (2003), pp. 75-95; y *Legitimacy in International Society*, Oxford, Oxford University Press, 2005; también HURD, I., "Legitimacy and Authority in International Politics", *International Organization*, vol. 53, n. 2 (1999), pp. 379-408.

109. Vid. sobre la legitimidad del Derecho internacional los trabajos de referencia de FRANCK, Th., "The Legitimacy in the International System", *AJIL*, vol. 82 (1988), pp. 705-759; y *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford University Press, New York, 1990.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

uno de carácter formal y otro sustantivo. El primero, como se verá más adelante, obliga a que los cambios normativos e institucionales se hagan de conformidad con los cauces procedimentales previstos en cada caso, sean las normas secundarias de cambio sobre los tratados o las previstas en el seno de cada Organización internacional. El segundo, el requisito sustantivo, consiste en la necesidad de persuadir y convencer a los demás Estados miembros de la Comunidad internacional de la conveniencia y de la necesidad, si es el caso, del cambio y del contenido de la reformulación del Derecho internacional. Se trata de una condición fundamental porque, en la actualidad, a diferencia de otros momentos de la historia de las relaciones internacionales, el Derecho internacional opera en un contexto muy diferente. Ahora existe una Comunidad internacional universal y heterogénea, que es también una comunidad jurídica parcial, que puede desempeñar varias funciones¹¹⁰. Una de ellas es ser una *comunidad dialógica*¹¹¹, un espacio público para el debate, persuasión y argumentación de las propuestas de cambio, interpretación, reinterpretación y uso del Derecho internacional.

C. *Los límites jurídicos*

El Derecho internacional hegemónico tiene también límites jurídicos en el Derecho internacional público y, aunque parezca paradójico, en el propio derecho norteamericano.

1. *Los límites jurídicos derivados del Derecho internacional público*

El reconocimiento jurídico de las aspiraciones del hegemón, como ya se ha señalado, no se produce por medio de una revolución jurídica sino que es el resultado de un largo proceso. Ahora bien, la práctica internacional e institucional de estos últimos años muestra que el intento, más o menos intencional, de reconfigurar el ordenamiento jurídico internacional como una Dere-

110. RODRIGO, A.J., "Comunidad internacional y Sociedad internacional en la doctrina iusinternacionalista contemporánea", en GARCÍA, C. y VILARIÑO, E. (coords.), *Comunidad internacional y Sociedad internacional después del 11 de septiembre de 2001*, UCM/UPF/UPV, Madrid/Barcelona/Bilbao, 2005, pp. 143-162 identifica varias dimensiones de la noción de Comunidad interancional: la descriptiva, la prospectiva o utópica, la normativa y la constructiva (pp. 159-160).

111. Vid. LINKLATER, A., *The Transformation of Political Community. Ethical Foundations of the Post-Westphalian Era*, Cambridge, Polity Press, 1998, pp. 85-87.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

cho internacional hegemónico tiene importantes límites sistémicos, sustantivos y formales en el Derecho internacional público.

a) *Los límites sistémicos*

Los presupuestos metodológicos del Derecho internacional hegemónico se pueden reconstruir de forma deductiva a partir de las formulaciones explícitas de algunos autores y de forma inductiva a partir de la práctica interna, internacional de los Estados más poderosos, en particular de Estados Unidos. Esta concepción del Derecho internacional toma del positivismo voluntarista que la única fuente de la obligatoriedad de las normas es el consentimiento de los Estados y de la teoría de la elección racional el carácter *endógeno* del Derecho internacional, esto es, el carácter instrumental del poder y de los intereses estatales, puesto que, según este enfoque, no condiciona la conducta de los Estados sino que es el resultado de su poder e intereses. Sin entrar en un análisis detallado de estos enfoques, el Derecho internacional hegemónico es difícilmente compatible con la concepción predominante (*mainstream*) del Derecho internacional e incluso con el propio ordenamiento jurídico internacional tal como opera en la realidad, por lo que encuentra una importante resistencia a algunas de sus características fundamentales. El reconocimiento de que el único fundamento de la obligatoriedad de las normas jurídicas internacionales no es la voluntad de los Estados y de que existen normas a las que los Estados están obligados sin necesidad de haber participado en su creación o sin haberlas consentido es bastante mayoritario entre la doctrina iusinternacionalista contemporánea¹¹². Asimismo, la aparición, identificación, reconocimiento y formalización jurídica de intereses globales de la Comunidad internacional ha supuesto una evolución cualitativa en el Derecho internacional y, junto a la tradicional estructura bilateral, se ha desarrollado una cada vez más amplia y compleja estructura comunitaria¹¹³. Estas dos características básicas del ordenamiento jurídico internacional actual suponen límites muy importantes de carácter sistémico para el Derecho internacional hegemónico.

La noción de normas imperativas, bien es verdad que no está exenta de problemas, ha sido acogida por el derecho positivo internacional (arts. 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969), por la jurisprudencia internacio-

112. Vid. TOMUSCHAT, Ch., "Obligations Arising for States without or against their Will", *R. des C.*, vol. 241 (1993-V), pp. 194-374.

113. Vid. SIMMA, B., "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *R. des C.*, vol. 250 (1994-VI), pp. 217-384.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

nal¹¹⁴, por la Comisión de Derecho internacional en su proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hecho internacionalmente ilícito del que la Asamblea General tomó nota¹¹⁵ y por gran parte de la doctrina iusinternacionalista, incluida, aunque parezca sorprendente, la norteamericana por medio del *Restatement*¹¹⁶. La existencia de normas imperativas, que protegen intereses de la Comunidad internacional en su conjunto y que son reconocidas por ella, que no admite acuerdo en contrario y cuya violación por los Estados tiene unas consecuencias agravadas dentro del régimen de responsabilidad internacional y si el incumplimiento grave lo llevan a cabo individuos puede generar responsabilidad internacional penal que se les puede exigir por medio de instituciones internacionales, suponen un límite muy importante frente a la instrumentalización del Derecho internacional por parte del hegemon y su utilización como una herramienta del poder al servicio de sus intereses estatales. Los problemas que suscitan las normas imperativas no se derivan tanto de la oposición de algún autor o Estado concreto como de las dificultades para su identificación, de las relaciones entre normas imperativas, de la relación con las normas sobre las inmunidades y de la polémica distinción dentro de este ámbito entre normas primarias y normas secundarias para la aplicación de las primarias que, según algunos autores, no tendrían carácter imperativo¹¹⁷.

La existencia de normas consuetudinarias de alcance universal, es decir, de Derecho internacional general es más la regla general en este tipo de normas que una excepción, como se puede ver claramente enumerando las principales normas que regulan la conducta de los Estados en ámbitos como el derecho del mar, los derechos humanos, el derecho diplomático y consular,

114. Vid. la sentencia de 10 de diciembre de 1998 del Tribunal Penal Internacional sobre la ex-Yugoslavia en el asunto *Furundzija*, pár. 153; y la sentencia de 21 de noviembre de 2001 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, pár. 61.

La Corte Internacional de Justicia ha reconocido de forma implícita su existencia aunque nunca ha utilizado las expresiones *ius cogens* o normas imperativas. En su lugar, en diversos asuntos bien conocidos ha recurrido a la noción de obligaciones *erga omnes* o a las expresiones “principios fundamentales” o “principios intransgredibles” de Derecho internacional.

115. Vid. A/RES/56/83, de 12 de diciembre de 2001, en especial los artículos 26, 40, 41 y 50.1.d/.

116. Vid. *Restatement (Third) on Foreign Relations Law of the United States*, 1986, párrafo 331 (2).

117. Vid. la interesante obra editada por TOMUSCHAT, Ch. y THOUVENIN, J.-M. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Ius Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006; en la doctrina española GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Sobre las normas imperativas del Derecho internacional”, en *Pacis Arts...*, op. cit., 2005, pp. 273-290.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

entre otros, y como reconoce la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia internacional¹¹⁸. Son normas que obligan a todos los Estados, respecto a las que es posible el cambio de las normas y en las normas y admiten acuerdo en contrario para la incorporación de nuevos intereses y responder a las necesidades actuales pero, todo ello, según los requisitos procedimentales previstos en el ordenamiento jurídico internacional.

El Derecho internacional también supone un límite de carácter sistémico para el intento de reinterpretar el principio de soberanía para condicionar la soberanía al cumplimiento por parte de algunos Estados de unos determinados requisitos sustantivos, introduciendo una cierta jerarquía *de facto* en los Estados. El principio de soberanía ha sido objeto de múltiples reinterpretaciones y matizaciones a lo largo de su historia¹¹⁹ pero, en todo caso, sigue teniendo una función constitutiva del actual sistema interaccional. Sin él, la estructura del mismo sería bien diferente cualquiera que fuere, desde un imperio a una democracia global. La soberanía, como advierte P.M. Dupuy, es una ficción legal pero, a diferencia de otras, es una *ficción legal constituyente* para el ordenamiento jurídico internacional que exige su aceptación por todos si no se quiere poner en cuestión todo el edificio del Derecho internacional¹²⁰.

b) *Los límites sustantivos*

Los límites sustantivos derivan del propio contenido del Derecho internacional, en especial de aquellas normas que regulan intereses y valores comunitarios. Tales normas representan también una resistencia destacable al proceso de reinterpretación de algunos principios y normas básicas que tiene el objetivo de incorporar ventajas jurídicas específicas para el hegemón mediante el reconocimiento bien de excepciones a la regla general, de exenciones a su cumplimiento o de reglas específicas para la protección de sus intereses. Se trata de restricciones al cambio *dentro* de las normas derivadas del propio contenido de algunos principios y de la importancia que tienen para la

118. *Vid.*, entre otros asuntos, los de la *Plataforma continental del Mar del Norte (I.C.J. Reports, 1969, párs. 71-74)* y el relativo a la *delimitación de la frontera marítima en el área del Golfo de Maine (I.C.J. Reports, 1984, p. 111)*.

119. *Vid.* sobre las reinterpretaciones de las que está siendo objeto el principio de soberanía RODRIGO HERNÁNDEZ, Angel J., "Soberanía y administración de territorios", *ADI*, vol. XX (2004), pp. 279-326, en particular, pp. 282-296; también FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., "La soberanía poliédrica", en *Soberanía del Estado...*, *op. cit.*, 2005, T. I, pp.

120. DUPUY, P.M., "Comments on chapters 4 and 5", en BYERS, M. y NOLTE, G. (eds.), *op. cit.*, 2003, pp. 178-179.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

Comunidad internacional. Como se examinará más adelante, las dificultades procedimentales para el cambio *de* las normas hace que los Estados más poderosos, con frecuencia, opten por intentar un cambio *dentro* de las normas consuetudinarias por medio de su interpretación evolutiva o incluso creativa.

Bien es verdad que la costumbre internacional, como proceso no formalizado, es más permeable al poder material de los Estados para modular el contenido de las normas. Pero, como bien advierte S. Toope, precisamente porque se trata de un proceso relativamente fluido, permite la participación de individuos, actores no estatales y Estados menos poderosos, no exige el consentimiento continuado de cada Estado y permite que se puedan formar nuevas normas obligatorias globalmente incluso cuando un actor poderoso disiente. Y es que, continúa este autor, a pesar de la desigualdad de poder, el hegemon no puede controlar toda la agenda normativa; Estados Unidos es ambivalente respecto a los asuntos mundiales; el derecho consuetudinario es el resultado de un proceso que “no requiere el consentimiento continuado y unánime de todos los Estados, ni siquiera de aquéllos más directamente interesados en la norma en cuestión; la nueva concepción de la *opinio iuris* permite concluir que los Estados, en ocasiones, pueden estar obligados por normas que no han consentido”¹²¹. Concluye este autor que ni el poder material ni la fuerza bruta del Estado más poderoso son suficientes para consolidar ni un cambio *en* las normas ni *de* las normas consuetudinarias, porque su práctica y la coerción subsiguiente no serán compartidas por los demás Estados y deslegitimará el proceso consuetudinario. Estados Unidos debe persuadir a los demás Estados de la necesidad del cambio o consolidación normativa. El poder jurídico reside en la capacidad para persuadir¹²².

La práctica más reciente muestra, por un lado, los límites sustantivos del Derecho internacional frente al intento de reinterpretación de algunos principios y normas básicas del ordenamiento jurídico, en particular, en el caso de la excepción de la legítima defensa al principio de prohibición del uso de la fuerza y en el de la noción de prisioneros de guerra y su consiguiente estatuto jurídico. Y, por otro lado, enseña que es posible la reinterpretación parcial de la primera si se consigue persuadir a los demás Estados y actores de la Comunidad interancional de la necesidad y justificación del cambio *en* la norma para hacer frente a los nuevos retos.

121. Vid. TOOPE, S., “Powerful but unpersuasive? The role of the United States in the evolution of customary international law”, en BYERS, M. y NOLTE, G. (eds.), *op. cit.*, 2003, pp. 287-316, en particular, pp. 289-290.

122. Vid. TOOPE, S., *op. cit.*, p. 316.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

Estados Unidos ha intentado reinterpretar la excepción de la legítima defensa, como ya se ha señalado, para hacer frente a las amenazas latentes (la legítima defensa preventiva) y como respuesta al terrorismo internacional. En el primer caso, la respuesta de la mayoría de los Estados, de la doctrina y de los miembros no estatales de la Comunidad internacional ha sido contraria a la misma. En cambio, cada vez goza de mayor apoyo la interpretación de la excepción del uso de la fuerza en legítima defensa para hacer frente a las amenazas inminentes¹²³. En suma, el poder material del hegemón no ha sido suficiente para la ampliación legal del uso de la fuerza mediante la legítima defensa preventiva porque no ha tenido la capacidad de persuasión suficiente. En el segundo caso, como respuesta al terrorismo internacional, está en proceso de consolidarse, no sin objeciones¹²⁴, la reinterpretación de la legítima defensa que permitiría considerar determinados ataques terroristas como ataques armados atribuibles al Estado que hospeda al grupo terrorista¹²⁵.

123. Vid. FRANCK, Th., *Recourse to Force: State Actions against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 97-108.

En la doctrina española PÉREZ GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, 2003, pp. 192 y 195; y BERMEJO GARCÍA, R., “Guerra y paz (el palo y la zanahoria) en la nueva Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de marzo de 2006”, *REDI*, vol. LVIII, n. 1, pp. 574-580, en particular, p. 577.

También el Informe del Grupo de Alto Nivel, *Un mundo más seguro. La responsabilidad que compartimos* (doc. A/59/565, de 2 de diciembre de 2004, pár. 188); y el informe del Secretario General, *Un concepto más amplio de la libertad: Desarrollo, seguridad y Derechos Humanos para todos* (doc. A/59/2005, de 21 de marzo de 2005, pár. 124).

124. CARDONA LLORENS, J., “Las excepciones al principio que prohíbe el uso de la fuerza: Reflexiones a la luz de la práctica reciente”, en *Völkerrecht als Wertordnung/Common Values in International Law. Festschrift für/Essays in Honour of Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, Kehl, 2006, pp. 723-748 advierte que no es realista afirmar que los precedentes son suficientes para considerar que los actos ataques terroristas son “ataques armados”. Ahora bien, reconoce que dicha calificación apunta una tendencia y que, dado que la noción de “ataque armado” es un concepto jurídico indeterminado que debe determinarse caso por caso, “si la práctica de la Organización (y la de sus Estados miembros) termina aceptando que un acto terrorista, ya sea en general, ya sea en determinadas circunstancias (por ejemplo cuando sea de carácter masivo y de excepcional gravedad) pueda ser considerado un ‘ataque armado’, no podrá hacerse ninguna objeción jurídica (otra cosa será desde el punto de vista de la razón)” (pp. 738-739).

125. Esta interpretación plantea un buen número de interrogantes que, en estos momentos, son difíciles de responder. Vid. las atinadas reflexiones de A. Sanjosé, “Algunas reflexiones sobre el informe del Grupo de Alto Nivel creado por el Secretario General y el futuro del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas”, *Agenda ONU*, n. 7 (2005), pp. 315-319.

STANH, C., “‘Nicaragua is dead, long live Nicaragua’, the Right to Self-Defense under Art. 51 UN Charter and International Terrorism”, en WALTER, Ch., VÖNEKY, S., RÖDEN, V. y SCHORKOPP, F. (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security*

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

La reinterpretación de la noción de prisionero de guerra mediante la creación de una nueva noción, la de *combatiente enemigo ilegal*, para excluirlos del estatuto jurídico que regula sus derechos y obligaciones por medio de actos legislativos y ejecutivos de los distintos órganos del Estado norteamericano no ha persuadido a la Comunidad internacional de tal cambio en la norma. Al contrario, la III Convención de Ginebra sobre prisioneros de guerra de 1949 ha supuesto un límite firme a tal intento y, con desgana y de forma parcial, la Administración Bush tuvo que modificar sus decisiones para acomodarse a lo prescrito por el Derecho internacional¹²⁶.

c) *Los límites formales*

El Derecho internacional, en cuanto Derecho, tiene también una dimensión formal que le proporciona autonomía respecto al poder y a la moral. Esta dimensión formal supone importantes límites al intento de instrumentalización por parte de los Estados Unidos ya sea en defensa de valores que se pretenden universales o bien de sus intereses materiales más egoístas. Esta dimensión formal, entre otras funciones, proporciona al Derecho autonomía respecto al poder y a la moral. Por ello, como ha sugerido M. Koskeniemi, frente a la cultura del dinamismo, que pretende convertir al Derecho internacional en un mero instrumento del poder o de la moral para la satisfacción de intereses particulares, es necesario reivindicar la *cultura del formalismo*. Y es que, aunque el regreso al formalismo kelseniano ya no es posible porque ahora sabemos que las normas formales son tan capaces de convivir con la injusticia como los principios informales y que no existe un terreno neutral, el formalismo es una condición necesaria aunque no suficiente para el Derecho internacional. Aquel puede ser entendido como “una cultura de resistencia al poder, como una práctica de responsabilidad social, de apertura e igualdad” que no puede reducirse a las posiciones políticas de las partes cuyas demandas son introducidas dentro de él¹²⁷. El formalismo “constituye un horizonte

versus Liberty, Springer, Berlin, 2004, pp. 827-877 ha propuesto tres principios aplicables a esta reinterpretación para evitar peligros: el reconocimiento de la primacía del sistema de seguridad colectiva de la Carta que implica que los Estados deben buscar el mandato o la autorización del Consejo de Seguridad; la interpretación razonable de la doctrina del *harbouring*, basada en la distinción del uso de la fuerza contra actores terroristas y Estado huésped; y la dependencia del ejercicio de la legítima defensa del concepto de inminencia.

126. Vid. FINAUD, M., “L’abus de la notion de ‘comabattant illégal’: Une atteinte au droit internationale humanitaire”, *RGDIP*, n. 4 (2006), pp. 861-890.

127. Vid. KOSKENIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 494-509.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

de universalidad, incrustado en una *cultura* de resistencia, un *acuerdo* para escuchar las demandas de los demás e intentar tomarlas en cuenta¹²⁸.

Esta dimensión formal del Derecho internacional se manifiesta, entre otros aspectos, en los límites procedimentales que tiene también el Derecho internacional hegemónico. El ordenamiento jurídico internacional está integrado no sólo por normas primarias que prescriben o prohíben conductas a los destinatarios, sino que también existen un número cada vez mayor de normas secundarias de cambio y adjudicación que establecen los procedimientos e instituciones y regulan su funcionamiento. Estos límites pueden verse con claridad en el caso de la adopción de tratados internacionales multilaterales y del funcionamiento de las Organizaciones internacionales, en especial, en materia de adopción de decisiones y, en algún caso, de aplicación del derecho sustantivo de la misma.

La adopción de tratados internacionales multilaterales con el objetivo de proteger intereses comunes de los Estados o intereses generales de la Comunidad internacional, regulada por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, está basada en el principio de igualdad soberana. La regla general básica del proceso de celebración de tales tratados, a pesar de la desigual capacidad negociadora de los Estados y de las múltiples posibilidades de persuadir, influir y condicionar las decisiones que tienen los Estados más poderosos, es que cada Estado tiene un voto de igual valor y que la adopción del texto se realiza, salvo acuerdo específico en contrario, por mayoría de dos terceras partes de los Estados presentes y votantes (art. 9.2). Los procesos de celebración de algunos de los tratados multilaterales más importantes del último decenio muestran que, aunque en ellos se han incorporado muchas de las pretensiones de los Estados Unidos, este Estado no ha podido imponer completamente sus tesis a pesar de su inmenso poder. Así ha sucedido en los casos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el Convenio sobre la diversidad biológica o de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción.

128. Vid. KOSKENNIEMI, M., “‘The Lady Doth Protest Too Much’. Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law”, *The Modern Law Review*, vol. 65, n. 2 (2003), pp. 159-175, en particular, p. 174.

ORFORD, A., “The Gift of Formalism”, *EJIL*, vol. 15, n. 1 (2004), pp. 179-195 deduce del comentario de la Carta de Naciones Unidas que la doctrina alemana ha realizado (SIMMA, B. [ed.], *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd. ed., Oxford University Press, Oxford, 2002) que ésta considera a la Carta como un *regalo del formalismo* que puede servir para proporcionar resistencia frente al imperialismo americano.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

La hegemonía institucionalizada por medio de Organizaciones internacionales, como ya se ha señalado, se caracteriza por su ambivalencia. Como advierte, G.J. Ikenberry, la actitud norteamericana hacia las Organizaciones internacionales refleja el dilema inherente a todas ellas. Por un lado, el atractivo de estas instituciones para los Estados más poderosos es que inmovilizan potencialmente a otros Estados a través de orientaciones políticas predecibles y estables, lo que supone que se reduce la necesidad de usar la coerción para mantener la hegemonía. Pero, por otro lado, el precio que el Estado hegemónico debe pagar por esta cooperación institucionalizada es una reducción de su propia autonomía política y de la posibilidad de ejercer todo su poder¹²⁹. Los Estados más poderosos, a la vez que intentan instrumentalizar las instituciones internacionales para la satisfacción de sus propios intereses, utilizan medios multilaterales y no unilaterales para ello y obtienen legitimidad al recurrir a la cooperación institucionalizada. Pero, al mismo tiempo, supone la participación del hegemón con y dentro de las reglas procedimentales y sustantivas de la Organización internacional. Esto limita la libertad de decisión y acción del hegemón. Así se puede interpretar también la práctica institucional de las Naciones Unidas en materia de paz y seguridad de estos últimos años, en los que el Consejo de Seguridad, junto a la adopción de *Derecho internacional hegemónico global* por medio de algunas resoluciones¹³⁰, se ha opuesto en varias ocasiones a legalizar de forma expresa el uso de la fuerza que pretendía Estados Unidos y alguno de sus aliados¹³¹. Asimismo, en materia de relaciones económicas internacionales, a pesar de la preponderancia y de que las Organizaciones internacionales económicas responden a los intereses de Estados Unidos, la hegemonía institucionalizada también tiene límites. En el caso de la OMC, Estados Unidos es el Estado contra el que más demandas se han presentado ante el Órgano de Solución de Diferencias por incum-

129. Vid. IKENBERRY, G.J., "State Power and Institutional Bargain: America's Ambivalent Economic and Security Multilateralism", en FOOT, R. *et al.* (eds.), *op. cit.*, 2003, pp. 49-70, en particular, p. 50.

130. Vid. ÁLVAREZ, J.E., *op. cit.*, 2003, pp. 873-888. Este autor concluye que de la práctica del Consejo de Seguridad en materia de creación de *Global Hegemonic International Law* se pueden extraer tres lecciones: que, desde una perspectiva política, no todas las formas de hegemonía son malas o igual de malas; que no es suficiente con impeler al hegemón a que utilice las Naciones Unidas sino que lo importante es *cómo* las usa; y que el Consejo de Seguridad debe estar bien aconsejado cuando adopte una resolución de naturaleza legislativa para que refleje la voluntad de toda la Comunidad internacional, incluidos los Estados no miembros del mismo y la sociedad civil internacional mediante la realización de consultas y permitiendo su participación (pp. 886-888).

131. Vid. CRONIN, B., *op. cit.*, 2001, pp. 115-121.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

plimiento de los acuerdos abarcados¹³². Incluso el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, a pesar de la preponderancia del hegemón, tienen, como ha señalado N. Woods, “autonomía relativa”, entendida ésta como la extensión en la que organización no es dominada por entero por el miembro o miembros más poderosos. Por ello, concluye que “ni el BM ni el FMI disfrutan de la independencia que proclaman sus tratados constitutivos pero tampoco se puede decir que estén ‘controlados’ por Estados Unidos”¹³³.

2. Los límites jurídicos derivados del derecho norteamericano

El derecho norteamericano también supone límites al pretendido Derecho internacional hegemónico derivados de la propia constitución de los Estados Unidos y de su tradición jurídica constituida por medio de sus principales normas y por la forma en la que los tribunales interpretan y aplican las normas jurídicas internacionales, en especial el Tribunal Supremo, que, con carácter general, ha sido respetuosa con el Derecho internacional.

a) Una tradición jurídica mayoritariamente respetuosa con las obligaciones internacionales

El art. VI.2 de la Constitución federal de 1787 declara que “los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos”. Esta disposición, conocida como la cláusula de supremacía, de acuerdo con la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo¹³⁴ y la doctrina americana¹³⁵, atribuye a los tratados internacionales el mismo rango que a las leyes federales, primacía respecto a las leyes de los estados federados y la obligación de que sean aplicados por los tribunales americanos. Como ya se ha apuntado, algunas de las estrategias utilizadas por los órganos internos para adaptar, acomodar o, a veces, directamente eludir las obligaciones inter-

132. Vid. la práctica del OSD en <http://www.wto.org>.

133. Vid. WOODS, N., *op. cit.*, pp. 96 y 113.

134. Vid., entre otras, algunas de las sentencias de referencia en esta materia como son *McCulloch v. Maryland* (17 U.S. 316 [1819]), *The Paquete Habana.*; *The Lola* (175 U.S. 677 [1900]) y *Banco Nacional de Cuba v. Sabatino* (376 U.S. 398 [1964]).

135. Vid. *Rest. 3rd, Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, vol. I, The American Law Institute, Washington D.C., 1986, párrafo 111; y, por todos, HENKIN, L., “International Law as Law in the United States”, *Michigan Law Review*, vol. 82, n. 5-6 (1984), pp. 1555-1569.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

nacionales derivadas de los tratados internacionales multilaterales en los que es parte han sido el recurso a la calificación de algunos de ellos como *non-self-executing* y el recurso a la regla *later-in-time*.

La distinción conceptual entre tratados que son directamente aplicables y aquellos otros que necesitan ejecución normativa interna tiene su origen en el asunto *Foster v. Neilson* (1829) del Tribunal Supremo¹³⁶ y la distinción terminológica, que reserva la expresión *self-executing* para los primeros y *non-self-executing* para los segundos, en el asunto *Bartram v. Robertson* (1887)¹³⁷. La doctrina norteamericana sostenía, hasta fechas recientes de forma mayoritaria, que existía una presunción de que los tratados internacionales eran *self-executing* salvo que fuera manifiesta la intención de no ser aplicables hasta que se promulgara la legislación interna de ejecución normativa (*implementing legislation*), existiera la exigencia expresa de los órganos legislativos, en particular del Senado, al autorizar la manifestación del consentimiento o exigencia constitucional¹³⁸. Ahora bien, los tribunales americanos han utilizado en ocasiones razones que nada tenían que ver con el texto de los tratados para rechazar su aplicación directa y considerarlos *non-self-executing*¹³⁹, en especial en los tribunales inferiores a lo largo de los últimos años¹⁴⁰ e incluso la práctica reciente del Tribunal Supremo parece alejarse de tal pre-

136. *Vid.* 27 U.S. 253 (1829). En dicha sentencia el juez Marshall afirmó que: “Our constitution declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the legislature, whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision”.

137. *Vid.* 122 U.S. 116 (1887). *Vid.* sobre la invención judicial de dichos términos Paust, J.J., “Self-Executing Treaties”, *AJIL*, vol. 82, n. 4 (1988), pp. 760-783, en especial pp. 766-767.

138. *Vid.* *Restatement, op. cit.*, pár. 111. (2); por todos, IWASAWA, Y., “The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, n. 3 (1986), pp. 627-692, en particular, p. 656; y VÁZQUEZ, C.M., “The Four Doctrines of Self-Executing Treaties”, *AJIL*, vol. 89, n. 4 (1995), pp. 695-723.

139. BUERGENTHAL, Th., “Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law”, *R. des C.*, vol. 253 (1992-IV), pp. 370-380 apunta los casos *Foster v. Neilson* (1829) y *United States v. Percheman* (1833) del Tribunal Supremo y el asunto *Sei Fujii v. State* (1952) del Tribunal Supremo de California como ejemplos de tratados cuya aplicación fue rechazada y fueron calificados *non-self-executing* por motivos que nada tenían que ver con la redacción de las obligaciones internacionales en ellos contenidas.

140. *Vid.* algunos ejemplos en MCKENZIE, M.A., “Treaty Enforcement in U.S. *United States v. Noriega*, 808 F. Supp. 791 (S.D. Fla. 1992)”, *HILJ*, vol. 34 (1993), pp. 601-602; y en C.M. Vázquez, *op. cit.*, p. 708.

Más recientemente, el Tribunal del Cuarto Circuito, en el asunto *Hamdi v. Rumsfeld*, consideró que el art. 5 de la Convención de Ginebra sobre prisioneros de guerra no era *self-executing* porque no proporciona “a private right of action” (*vid.* *Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F3d 450 [4th Cir., 2003], p. 468).

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

sunción¹⁴¹. A esta práctica jurisprudencial se ha añadido, como ya se ha señalado, la de los órganos legislativos y ejecutivo que han incluido declaraciones en tal sentido en los instrumentos de ratificación de algunos convenios. No obstante, conviene relativizar las consecuencias de dicha práctica porque, como ha mostrado D. Sloss, el efecto de tales declaraciones, que tienen como objetivo evitar la aplicación de los tratados frente al derecho interno, no ha impedido su aplicación directa por parte de los tribunales americanos, dependiendo de la naturaleza de las reclamaciones y de la identidad de los litigantes¹⁴², sin necesidad de adaptación previa al derecho americano porque las normas internas preexistentes “casi siempre cumplen los requisitos de los tratados y porque las reservas que se formulan excluyen completamente las discrepancias” entre unas y otros¹⁴³.

Los tratados internacionales son *supreme law of the land* y tienen el mismo rango que las leyes federales por lo que sus relaciones están reguladas por la regla *later-in-time* equivalente a nuestra *lex posterior derogat priori*. La primacía de una ley federal posterior respecto a un tratado internacional es, por tanto, una posibilidad factible en el derecho norteamericano que, con el argumento de aplicar las leyes internas posteriores, puede implicar el incumplimiento de los tratados y la consiguiente responsabilidad internacional. Ahora bien, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo existe desde 1804 una regla de interpretación bien establecida, denominada la regla *Charming Betsy*, según la cual “una *act of Congress* nunca debe ser interpretada en violación del derecho de las naciones si alguna otra interpretación es posible”¹⁴⁴. Esta regla de interpretación permite a los tribunales tener en cuenta las orientaciones de los órganos políticos y evitar, siempre que sea posible de una forma razonable, que la aplicación de las leyes internas puedan suponer una vio-

141. Vid. en este sentido el análisis y valoración que hace PEYRÓ LLOPIS, A., “La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour Suprême des Etats-Unis”, *RGDIP*, n. 3 (2005), pp. 609-642, en particular, pp. 632-636.

En contra de tal presunción y a favor de un sentido contrario, es decir, que todos los tratados, en principio, son *non-self-executing* ya que no se trata de un cuestión meramente técnica o constitucional sino que afecta al principio de separación de poderes vid. YOO, J.C., “Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self-Execution, and the Original Understanding”, *Columbia Law Review*, vol. 99, n. 8 (1999), pp. 1955-2094, en especial, pp. 290-294.

142. Vid. SLOSS, D., *op. cit.*, 1999, pp. 149-152.

143. *Ibid.*, pp. 183-188.

144. La regla *Charming Betsy* fue formulada por el juez Marshall en la sentencia de 22 de febrero de 1804 del Tribunal Supremo en el asunto *Alexander Murray, Esq v. Schooner Charming Betsy* (vid. 6 U.S. 64 1804).

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

lación de obligaciones internacionales convencionales¹⁴⁵. En todo caso, D. Vagts concluye tras el examen de la práctica norteamericana sobre la materia que “aunque Estados Unidos ha buscado modificar sus obligaciones convencionales en ocasiones, el número de casos que realmente pueden ser considerados como violaciones no es tan elevado en relación con la cantidad de sus obligaciones”. Por tanto –continúa– la práctica muestra que no existe una especial crisis relativa al cumplimiento de los tratados internacionales en los que es parte, salvo dos excepciones: el pago de las cuotas derivadas de su condición de miembro de las Naciones Unidas y la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963¹⁴⁶. En el primer caso se invoca la doctrina de la *political question* y en el segundo el Tribunal Supremo, en el asunto *Breard v. Greene* y en otros, ha invocado la doctrina de la ausencia de procedimiento (*procedural default doctrine*). Según dicha doctrina, en ausencia de disposición expresa que establezca lo contrario, los tratados deben aplicarse de acuerdo a las reglas de procedimiento interno, lo que ha llevado al tribunal en dichos asuntos a aplicar el procedimiento previsto en una ley de 1996, la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, en detrimento de la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963¹⁴⁷.

b) *El control del Tribunal Supremo sobre los poderes ejecutivo y legislativo*

Los límites jurídicos al Derecho internacional hegemónico se encuentran también en el control que el Tribunal Supremo ejerce sobre los órganos políticos (*political branches*)¹⁴⁸, es decir, sobre los poderes ejecutivo y legislativo de los Estados Unidos. Éste ha reconocido que, en situaciones de guerra, es necesario defender el interés nacional y que sería posible flexibilizar las restricciones sobre los actos de tales poderes. No obstante, también ha advertido que la protección de los intereses nacionales está sometida a límites y que, incluso en tales circunstancias, se deben respetar algunas reglas fundamentales que constituyen la esencia del Estado de Derecho. En este sentido,

145. Vid. BRADLEY, C.A., “The Charming Betsy Canon and Separation of Powers: Rethinking the Interpretative Role of International Law”, *Georgia Law Journal*, vol. 86 (1998), pp. 479-537.

146. Vid. D.F. Vagts, *op. cit.*, 2001, pp. 33s-334.

147. Vid. el asunto *Breard v. Greene* (523 U.S. 371 [1998]).

Vid. el exhaustivo análisis del caso desde un enfoque iusinternacionalista en AZNAR GÓMEZ, M., “A propos de l’affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d’Amerique”, *RGDIP*, T. 102, n. 4 (1998), pp. 915-950.

148. La expresión *political branches* la utiliza el propio Tribunal Supremo en diversas sentencias para hacer referencia a los poderes ejecutivo y legislativo.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo muestra que los actos del gobierno y las leyes del Congreso, incluso aunque formen parte de la denominada “guerra contra el terrorismo”, tienen límites y han de respetar derechos fundamentales reconocidos por la constitución americana y por el Derecho internacional.

Un primer ejemplo en este sentido es el asunto *Rasul et al. v. Bush* de 20 de abril de 2004. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo anuló la decisión de un tribunal de distrito, confirmada por el tribunal de apelación, que denegaba el *habeas corpus* a algunos de los detenidos en Guantánamo por falta de jurisdicción con el argumento de que tales personas habían sido detenidas fuera de Estados Unidos y estaban prisioneras en una base situada en territorio que no es de soberanía norteamericana. El Tribunal Supremo alegó que Estados Unidos ejercía su control y jurisdicción completos sobre la base militar y que su detención en el extranjero no excluía la base de la competencia de los tribunales americanos¹⁴⁹.

Pero la decisión de referencia que simboliza los límites jurídicos que el Tribunal Supremo puede suponer para el pretendido Derecho internacional hegemónico ha sido el asunto *Hamdan v. Rumsfeld*, de 29 de junio de 2006. En él, el Tribunal Supremo declaró que las comisiones militares creadas por la Orden presidencial de 13 de noviembre de 2001 carecían de poder para juzgar al Sr. Hamdan porque violaban el Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos y las Convenciones de Ginebra, no respetaban las garantías procedimentales legales y porque el delito de conspiración del que era acusado no está tipificado en las leyes de guerra y no puede ser juzgado por comisiones militares¹⁵⁰. Como consecuencia de esta sentencia, la administración americana, primero el Secretario de Defensa y después el presidente Bush, decidió aplicar los convenios de Ginebra a todos los detenidos en la base de Guantánamo y en otras bases militares americanas¹⁵¹. Asimismo, el presidente Bush firmó el 17 de octubre de 2006 la *Military Commissions Act*,

149. Vid. *Rasul et al v. Bush, President of United States et al.* (542 U.S. 466 [2004]). En contra de la decisión mayoritaria, puede verse el voto disidente del magistrado A. Scalia al que se unieron los magistrados Rehnquist y Thomas.

150. Vid. *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense et al.* (548 U.S. 184 (2006)). Vid. el completo análisis de esta sentencia de BOLLO AROCENA, M. D., “*Hamdan v. Rumsfeld*. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, n. 12 (2006), pp. 1-31.

151. El Secretario de Defensa adoptó el 7 de julio de 2006 un documento cuyo título era *Application of Common Article 3 of the Geneva Conventions to the Treatment of Detainees in the Department of Defense*, que fue la base de la declaración presidencial de 11 de julio de 2006 en la se reconoce la aplicabilidad de los convenios de Ginebra a tales detenidos.

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

que había sido aprobada por el Senado el 28 de septiembre anterior, en la que se reconoce la aplicación de dichos convenios a tales personas¹⁵². No obstante, esta ley contiene algunas restricciones de los derechos de los detenidos, entre otras, la imposibilidad de que puedan invocar el *habeas corpus*, que plantean importantes problemas jurídicos sobre los que tendrá que pronunciarse de nuevo el Tribunal Supremo¹⁵³.

En suma, aunque, como bien advierte A. Peyró, el Tribunal Supremo es “una suerte de laboratorio en el que se afrontan a la vez las incertidumbres y las posiciones contrastadas que prevalecen en Estados Unidos en este principio de siglo frente al Derecho internacional” y que en su seno coexisten varios tribunales que mantienen tesis contrapuestas sobre la cuestión¹⁵⁴, dicho tribunal está siendo el principal límite jurídico interno tanto del pretendido proyecto imperial como del Derecho internacional hegemónico.

CONSIDERACIONES FINALES

El fin de la guerra fría puso de manifiesto las enormes asimetrías de poder existentes en la Comunidad internacional y evidenció la hegemonía de Estados Unidos, que ha buscado la legalización de dicha hegemonía, lo que podría dar origen a un Derecho internacional hegemónico. Éste no sería el resultado de una imposición arrolladora sino más bien de un proceso lento y largo si tal tendencia continúa y no encuentra respuesta en la Comunidad internacional. El Derecho internacional hegemónico es ambivalente y selectivo respecto al propio Derecho internacional. En primer lugar, es ambivalente porque implica una concepción del Derecho internacional públicamente vinculada al poder, que ve en él un instrumento para legalizar las relaciones desiguales y para introducir la jerarquización entre Estados por medio de reglas generales, de excepciones a ellas o a través de reglas específicas. El Derecho internacional hegemónico es un Derecho internacional instrumenta-

152. Vid. dicha ley en <http://frwebgate.access.gpo.gov>.

153. El Tribunal Supremo, en una decisión de 29 de junio de 2007, decidió admitir a trámite y unir los casos *Boumediene v. Bush* y *Al Ödah v. U.S.* para examinar si la negación del *habeas corpus* a los “combatientes enemigos ilegales” extranjeros es o no es compatible con la constitución americana.

154. Vid. PEYRÓ LLOPIS, A., *op. cit.*, p. 609. Esta autora señala que los jueces Scalia y Thomas, de un lado, y Ginsburg y Breyer, de otro, mantienen posiciones radicalmente opuestas frente al papel del Derecho internacional en el orden interno y que el resto adoptan posiciones en función de los asuntos (p. 640).

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

lizado y sin autonomía respecto al poder. Y, en segundo lugar, el Derecho internacional hegemónico es selectivo porque reinterpreta algunos principios fundamentales del ordenamiento jurídico internacional que limitan el ejercicio de la hegemonía; porque da preferencia a aquellos procedimientos de creación de normas jurídicas más receptivos a los Estados más poderosos; e instrumentaliza a aquellas instituciones multilaterales que contribuyen a satisfacer el interés nacional del hegemón.

El pretendido Derecho internacional hegemónico, desde el punto de vista teórico, sería, en el enfoque de los autores neoconservadores y neorealistas, una reactualización del más estricto positivismo voluntarista y una versión más sofisticada en el caso de los autores seguidores de la teoría de la elección racional. Para todos ellos, las obligaciones de los Estados sólo dependen de su propia voluntad y, por ello, no estarían obligados a nada más de lo que tales Estados hayan consentido de forma expresa. Además, los Estados más poderosos prefieren aquellos procedimientos de creación de normas más permeables al poder como la costumbre internacional y los tratados bilaterales, de forma que el Derecho internacional tendría un carácter instrumental para la consecución de sus intereses. Se trata de una concepción estrictamente estatocéntrica que priva a las normas jurídicas de autonomía respecto al poder y, por tanto, socava la normatividad del Derecho internacional. El Derecho internacional hegemónico no supondría límites o restricciones a los intereses de los Estados más poderosos ya que sería el resultado de tales intereses. En suma, sería *endógeno* a los intereses de tales Estados.

No obstante, aunque el grado de elaboración conceptual del pretendido Derecho internacional hegemónico no es muy elevado y su rendimiento explicativo es limitado, puede llegar a tener una gran trascendencia por dos motivos: por la acogida que ha tenido en la administración Bush y por la percepción que se puede extender en la Comunidad internacional y en el ámbito científico respecto del Derecho internacional. Por un lado, algunas de las reinterpretaciones de principios jurídicos y de las propuestas de legalización de la hegemonía han llegado a tener mayor trascendencia porque han sido asumidas, defendidas y adoptadas por diferentes órganos del gobierno estadounidense a través de medidas ejecutivas y legislativas de alcance nacional y, a veces, también extraterritorial, y en ocasiones por algunos tribunales americanos. Y, por otro lado, el pretendido Derecho internacional hegemónico es, en cierta medida, un proyecto y un efecto (un *spin*) que puede convertirse en la profecía autocumplida en función de cómo sea percibida y de cuál sea la respuesta frente a él. Como advierte Th. Franck, la respuesta a este proyecto importa porque “depende de cómo éste sea percibido –entre los acadé-

ÁNGEL J. RODRIGO HERNÁNDEZ

micos, los estudiantes a los que aquéllos enseñan y los juristas en los gobiernos— se configurará en buena medida la realidad futura”¹⁵⁵. En este trabajo se ha demostrado que el Derecho internacional hegemónico tiene importante límites materiales, políticos y jurídicos tanto en el propio Derecho internacional, ya sean de carácter sistémico, sustantivo o formal, como en el derecho norteamericano. En suma, el Derecho internacional hegemónico no es eficaz ni legítimo e incluso, en ocasiones, es incompatible con la legalidad internacional y norteamericana.

Ahora bien, este intento fracasado de reconfigurar el ordenamiento jurídico internacional en un Derecho internacional hegemónico ha puesto de manifiesto la extraordinaria importancia y, a la vez, la gran dificultad del cambio *de y en* las normas, al menos, de algunas de ellas. Para dar respuesta a las nuevas necesidades de los Estados y de la Comunidad internacional en materia de seguridad, de comercio o de protección de intereses o valores generales, ni el inmovilismo ni la imposición del cambio son una alternativa adecuada. El inmovilismo lleva a las normas jurídicas a la irrelevancia porque no da respuestas a los nuevos desafíos y el cambio impuesto de forma unilateral desde el poder lleva al ordenamiento jurídico a la pérdida de su autonomía y ambos, inmovilismo e imposición, a la deslegitimación del Derecho internacional. El cambio *de y en* las normas ha de hacerse de acuerdo con los requisitos procedimentales y sustantivos básicos establecidos para que el resultado posea relevancia y autonomía y, en definitiva, legalidad y legitimidad.

En consecuencia, para Estados Unidos y para el resto de la Comunidad internacional la alternativa al Derecho internacional hegemónico no está fuera del Derecho internacional, como algunos representantes de la administración americana ha propuesto, sino dentro del propio Derecho internacional. Incluso la propia doctrina anglosajona, ya sea más¹⁵⁶ o menos¹⁵⁷ crítica con la conducta de Estados Unidos, ha señalado que el interés nacional americano puede satisfacerse mejor dentro de las instituciones y del Derecho internacional, promoviendo el imperio de la ley, ya que de esta forma podrá ejercer su

155. FRANCK, Th., *op. cit.*, 2006, pp. 91-94.

156. FRANCK, Th., “After Austerlitz: The International System in the Age of Rampant American Unilateralism”, *Austrian Review of International and European Law*, vol. 8 (2003), pp. 35-48 propone que Estados Unidos debería aprovechar “sus quince minutos de gloria imperial”, no para coaccionar mediante el unilateralismo rampante, sino para volver al Derecho y a las instituciones multilaterales para generar un nuevo consenso liderado por ellos que fuera percibido por los demás como comprensivo de objetivos comunes (p. 48).

157. *Vid.* BYERS, M., “International Law and the American National Interest”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 1 (2000), pp. 257-261; y SLAUGHTER, A. M., “Building Global Democracy”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 1 (2000), pp. 223-229.

EL DERECHO INTERNACIONAL HEGEMÓNICO Y SUS LÍMITES

influencia en la adopción de tratados, en la costumbre internacional y en las Organizaciones internacionales. Sin embargo, la alternativa al pretendido orden imperial¹⁵⁸, como advierte A. Remiro, no es aceptar un Derecho internacional hegemónico, sino que es necesario un Derecho internacional universal en una Sociedad internacional democrática e institucionalizada¹⁵⁹. En otras palabras, la alternativa al Derecho internacional hegemónico es un Derecho internacional que pueda ser concebido y percibido como el ordenamiento jurídico de la Comunidad internacional y que, a la vez que relevante y eficaz, tenga autonomía relativa respecto al poder y goce de legitimidad como resultado de la participación de todos en su creación y de la incorporación de las aspiraciones de justicia e imparcialidad existentes en ella.

158. Vid. sobre la inviabilidad del orden imperial GARCÍA SEGURA, C. y RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J. (eds.), *El imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 227-259.

159. Vid. REMIRO BROTONS, A., "New Imperial Order or (Hegemonic) International Law", *Austrian Review of International and European Law*, vol. 8 (2003), pp. 25-34, en concreto, pp. 31-33.

