

USOS DE LA NOCIÓN DE JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL RELATIVISMO AXIOLÓGICO COMO PUNTO DE PARTIDA. 3. CRITERIOS DE JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL. 4. LA JUSTICIA COMO MITO Y UTOPIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL. 5. LA NOCIÓN DE JUSTICIA COMO MOTOR DE TRANSFORMACIÓN DEL ORDENAMIENTO.

1. INTRODUCCIÓN

Se ha indicado que hay una función genérica, propia o específica del Derecho¹ que, históricamente, se reconoce en la *justicia*. *¿Es predicable en el orden internacional la función de realizar la justicia en la sociedad internacional?* No existe un consenso doctrinal sobre el significado de la noción de justicia en el Derecho internacional. En la sociedad internacional, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades democráticas, no se pueden vincular los procesos de creación y aplicación de normas con los fines, los valores y con la idea de justicia del ordenamiento. La “justicia” no deriva, pues, de la existencia de un Poder legítimo, en la sociedad internacional, que produzca un Derecho que pueda ser considerado como “justo”². De ahí que la cuestión

1. LÓPEZ CALERA, N.: “Funciones del derecho”, en GARZÓN VALDÉ, LAPORTA (coords.), *El derecho y la justicia*, Edit. Trotta, CSIC-BOE, VV.AA., 1996, p. 458.

2. Esto es así, en nuestra opinión, con independencia del papel del consenso en la sociedad internacional, dado que ésta no es una sociedad que funcione democráticamente. Por lo demás, sobre el papel del consenso y su importancia en el derecho internacional puede consultarse, recientemente, FERRER LLORET, J.: *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho internacional*, Atelier. Libros jurídicos, Barcelona, 2006, 339 pp; desde otra perspectiva, KOSKENNIEMI, M.: *From apology to utopia. The Structure of international legal argument*. Reissue with new epilogue, Cambridge University Press, 2005, 689 pp., pp., 307-325. Sobre otros aspectos, en particular sobre la denominada idea mínima y máxima de moral y justicia en el ámbito internacional: WALZER, M.: *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, 137 pp; sobre las muy diversas tesis de la relación entre derecho y moral, muy sucintamente: GARZÓN VALDÉS, E.: *El Derecho y la justicia*, Editorial Trotta, Enciclopedia Iberoamericana de filosofía, CSIC, B.O.E., 1996, 553 pp., pp. 397-424.

de la justicia pueda y deba de ser analizada desde otras perspectivas, en el Derecho internacional.

La idea de justicia no tiene un significado unívoco ni en el Derecho internacional ni en los derechos internos. Si algunos autores la utilizan, en el contexto del Tribunal internacional de Justicia, como la formalización “jurídica de cuestiones de orden ético o político”³, otros ponen de relieve la diversidad de acepciones del término⁴. No cabe duda, por lo demás, de que la idea de justicia en el Derecho internacional no puede jugar sino un papel limitado, aunque diversas instituciones jurídicas y tratados internacionales y, muy excepcionalmente, en el marco de la *equidad* se acude a ella⁵. En este artículo abordamos los diferentes significados del término, para acercarnos a los distintos significados de su utilización en el Derecho internacional.

2. EL RELATIVISMO AXIOLÓGICO COMO PUNTO DE PARTIDA

No es sencillo ni vamos a entrar a analizar desde una perspectiva teórica la relación entre Derecho y moral en el Derecho internacional. En todo caso, en esa relación la idea de justicia ha tenido un papel muy relevante, sobre todo en la concepciones iusnaturalistas⁶. En nuestra opinión, cabe afirmar

3. La principal función manifiesta del TIJ sería el arreglo de controversias de acuerdo con el Derecho internacional. Así lo interpretan Corten y Klein en relación con el Asunto Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, o en el Asunto Interpretación y aplicación de la convención sobre genocidio, en los que el Tribunal habría “juridificado” hechos eminentemente políticos o éticos. Cfr. CORTEN, O., KLEIN, P.: “L’efficacité de la justice internationale au regard des fonctions manifestes et latentes du recours à la Cour Internationale de Justice”, *Justice et juridictions internationales*, Rencontres internationales de la Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Colloque des 13, 14, 15 avril 2000, dedicado al Decano Sadok Belaïd, Ben Achour, R., Laghmani, S. (dir.), Pedone, París, 2000, pp. 33-71, pp. 35-36, 58.

4. ZIEMBINSKI, Z.: “Justice among individuals and justice among nations”, en VV.AA., *Theory of international law at the threshold of the 21 century. Essays Skubiszewski*, Kluwer, 1996, pp. 337-349, p. 348.

5. Vid. sobre esto ROUSSEAU, C.: “Le droit international et l’idée de justice”, *Mélanges Virally. Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Edit. Pedone, 1991, pp. 399-403, p. 403.

6. Fiore, por ejemplo, estimaba que la moral funda todos los deberes internacionales que se denominan deberes de humanidad, cuyo incumplimiento permite una reacción colectiva en defensa de los intereses colectivos. Verdross, que admitía la distinción entre Derecho u moral, estimaba que la diferencia es relativa por el valor objetivo y absoluto de la justicia, independiente de la voluntad de los hombres. Cfr. FIORE, P.: *Tratado de Derecho internacional público*, tomo segundo, traducido por A. García Moreno, segunda edición, Madrid, 1894, pp. 31, 32; VERDROSS, A.: “Le fondement du droit international”, *RCADI* (1927), pp. 282; BOEGNER: “L’importance de la réforme sur le développement du Droit International”, *RCADI*, t. 26 (1925-2),

que el *Derecho existe con independencia del reconocimiento de una determinada concepción de la justicia, de tal modo que la moralidad no incorporada al Derecho no es Derecho*, la moralidad no legalizada mediante los procedimientos propios del Derecho internacional está fuera del ordenamiento.

Un buen ejemplo de este tipo de argumentación fue el que desarrolló el Tribunal internacional de Justicia en el *Asunto del Sud-oeste africano (segunda fase)*, en el que los demandantes alegaban infracciones del mandato de la sociedad de las Naciones para el Africa Sudoccidental, por parte de la República de Sudáfrica⁷. A pesar de que los demandantes intentaron deducir un derecho o interés jurídico en la administración del Mandato derivada de la *misión sagrada de civilización*, que implicaba que todas las “naciones civilizadas” estaban interesadas, el Tribunal estimó que para que ese interés no sólo fuese un ideal moral debía haber normas jurídicas destinadas a su puesta en práctica. El tribunal también rechazó el argumento de *necesidad* que invocaban los demandantes, en virtud del cual la carencia de medios del Consejo de la Sociedad para imponer sus opiniones a la Potencia mandataria, permitiría que cada miembro de la Sociedad tuviese derechos o intereses jurídicos, es decir, que habría una *actio popularis* que permitiría adoptar medidas jurídicas en defensa del interés público. El Tribunal rechazó esta línea de argumentación al entender que carecía de base en Derecho internacional, sobre la base de consideraciones extrajurídicas, pertenecientes, en su caso, al terreno político, siendo que la Corte no podía remediar las deficiencias del Derecho sobrepassando su función judicial. En definitiva, como indicaba el TIJ:

“Consideraciones humanitarias pueden inspirar reglas de Derecho; así, el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas constituye la base moral y política de las disposiciones jurídicas que se enuncian. Dichas consideraciones no son en sí mismas reglas de Derecho. Todos los Estados se interesan en esas cuestiones, tienen un interés. Pero no porque exista un interés éste tiene un carácter específicamente jurídico (...). Para engendrar derechos y obligaciones jurídicas debe tener una expresión y una forma jurídicas”⁸.

No parece conveniente poner en entredicho el Derecho internacional en beneficio de una moral, ética o religión determinada. Algunas corrientes de

p. 295; TRUYOL, A: *Historia del Derecho internacional*, pp. 49, 60; KOECK, H.F., VERDROSS, A.: “Natural law: The tradition of universal reason and authority”, *The structure and process of international law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 17-49, p. 42.

7. Etiopía y Liberia habían interpuesto una demanda frente a Sudáfrica en relación con los deberes y la actuación de ésta como potencia mandataria.

8. *Asunto del sud-oeste africano (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia C. Sudáfrica)*, segunda fase, sentencia de 18 de julio de 1966, TIJ, Rec. 1966, p. 49, 50, 51.

pensamiento apoyan más una determinada concepción moral que un orden internacional claro y preciso, buscando la sustitución del Derecho por la moral, lo que puede contribuir a debilitar el ordenamiento⁹. Las relaciones entre Derecho y moral, en el Derecho internacional, son siempre tema de actualidad y de difícil delimitación¹⁰.

Rawls ha reflexionado sobre “cómo los ciudadanos y los pueblos razonables pueden convivir pacíficamente en un *mundo justo*”¹¹. A su juicio el Derecho de gentes es una “concepción política particular de la equidad y la justicia que se aplica a los principios y las normas del derecho internacional y su práctica”. Sus reflexiones giran en torno a la cuestión de *cómo desarrollar el contenido del derecho de gentes a partir de una idea liberal de justicia similar*, pero más general, que la *justicia como equidad*, para lo cual establece una tipología de sociedades, distinguiendo entre pueblos liberales razonables, pueblos decentes, Estados proscritos, Estados lastrados por condiciones desfavorables y absolutismos benignos. El derecho de gentes sería la extensión a la *sociedad de los pueblos* de la concepción liberal de la justicia para la *sociedad doméstica*, lo que se desarrolla mediante principios de política exterior de un pueblo razonablemente justo.

El derecho de gentes se logrará, estima Rawls, entre sociedades con regímenes liberales o decentes. A su vez los pueblos liberales y los decentes, bajo la idea kantiana del contrato social (*foedus pacificum*), celebran acuerdos hipotéticos y ahistóricos, al provenir de la concertación entre iguales, simétricamente situados en la posición original, tras un velo de ignorancia, resultando equitativo el entendimiento entre los pueblos. Distingue entre pueblos que tienen naturaleza moral –al menos los liberales, que tratan de asegurar una justicia razonable y los decentes– y Estados, que no limitan sus intereses básicos como lo exige lo razonable, por lo que no tenderían a aceptar un justo derecho de gentes¹².

9. En esta línea esta actitud es habitual en algunos defensores de la “ética neoliberal occidental”. Véase CHARVIN, R.: *Rélations internationales, droit et mondialisation. Un monde à sens unique*, Préface de M. Bedjaoui, L’Harmattan, París, 2000, p. 19 y pp. 57 ss.

10. Vid., por ejemplo, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P.: “Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Córdoba, Sevilla, Málaga, Sevilla, pp. 155-176, p. 158, p. 159.

11. Vid. RAWLS: *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, Paidós, traducido por Hernando Valencia Villa, Barcelona, 2001, 224 pp. 10, 13, 14 ss, 19.

12. Desde otras perspectivas del mismo autor: RAWLS: *Justice et démocratie*, Seuil, 1993, 389 pp.; Vid. asimismo su clásico trabajo *Teoría de la Justicia* (de 1971), Fondo de Cultura económica, México, 1978.

Se trata de una reflexión filosófica que, a diferencia de las teorías kelsenianas, no parte de la utilización siquiera a efectos argumentativos de la práctica o de la teoría del Derecho internacional público, sino más bien de una reflexión filosófica o política y moral, no ya utópica sino desvinculada de la realidad histórica del ordenamiento, que no tiene en cuenta que la inclusión de los *valores de justicia o de criterios de moralidad* (como la libertad o la igualdad) depende de la voluntad del Poder que los asume e interioriza estos valores y estos fines como propios y acepta su incorporación al derecho positivo¹³, algo que también es predicable en el Derecho internacional.

En el orden internacional como en los ordenamientos internos, no cabe negar el nombre de Derecho a un sistema o a una norma (injusta) vigente porque no encarne (nuestra o su) concepción de justicia¹⁴, ni tampoco la validez o la eficacia de una norma dependen de postulados axiológicos, sino de que haya sido promulgada por los cauces pertinentes en el orden internacional, esté vigente y sea eficaz. En este sentido es más pertinente, a nuestro juicio, la clásica posición kelseniana de que la validez de las normas no depende de su contenido, debido a que:

“el Derecho puede recibir cualquier contenido (...) Una norma jurídica sólo es válida si ha sido creada de una cierta forma, si ha sido establecida según una regla determinada, si ha sido establecida conforme a un método determinado. El derecho sólo vale como derecho positivo, es decir, como derecho puesto (*ponere, positus*). En esto consiste la diferencia decisiva entre el derecho positivo y el derecho natural, cuyas normas, en tanto que normas de la moral y de la equidad, sólo valen por su contenido y no porque hayan sido puestas. La positividad del derecho consiste en que ha sido puesto. Es por ello que la norma fundamental de un orden jurídico es simplemente la regla fundamental según la cual las normas de este orden jurídico son creadas”¹⁵.

La *moral internacional* puede constituir el fundamento ideológico¹⁶ que hace posible la reivindicación de un cambio normativo, como ocurrió con el

13. Cfr. PECES-BARBA, G.: “Un définition normative du droit”, *Droits*, 11 (1990), p. 53.

14. Cfr. LATORRE, A.: *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 48-49.

15. KELSEN, H.: “Théorie du droit international coutumier”, *Révue internationale de la théorie du droit*, n° 4 (1939), traducido por Nicolás de Piérola, y publicado como *Teoría del Derecho internacional consuetudinario*, Cultural Cuzco, Lima, Perú, 1996, 86 pp., pp. 39 y 40. Desde la perspectiva iusinternacionalista véase LEBEN, C., KOLB, R.: *Controverses sur la théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Editions Pantheon Assas, 2005.

16. Así, por ejemplo, indica la Profesora Abellan Honrubia que en la base de la postulación del NOEI está la formación de una moral internacional de las relaciones económicas in-

Nuevo orden económico internacional, pero la moral no pueda fundamentar por sí sola los cambios normativos, como tampoco lo fundamenta la preocupación actual por el impacto de la globalización en la polarización socio económica entre Estados y dentro de los Estados¹⁷.

Es, por lo demás, razonable que exista un cierto escepticismo sobre la noción de justicia, porque las propias concepciones sobre la justicia pueden estar equivocadas (es lo que se denomina *falibilismo*¹⁸), siendo deseable no mantener posiciones absolutistas (de ahí la tolerancia). En esa situación se abre camino con más fuerza el *relativismo axiológico*, cuyo exponente central era Kelsen, que consideraba que la noción de justicia no era relevante a efectos de la determinación del concepto y de las funciones del Derecho. En el mismo sentido Rawls¹⁹ indicaba que al estar en discusión lo que es justo e injusto el *concepto* de justicia es distinto de las diferentes *concepciones* de justicia. Esta distinción, por tanto, no resuelve las cuestiones importantes, sino que sólo ayuda a identificar el papel de los principios de justicia social.

Kelsen²⁰ negaba la existencia de valores, de una fórmula de justicia válida para todo tiempo y lugar, inmutable, única y universal. La ciencia sería incapaz de decidir entre las diversas fórmulas de justicia, cual es la justa, de tal modo que la Justicia no podría ser un elemento de la definición del Derecho. Así, indicaba que:

ternacionales a partir del hecho de la interdependencia y la desigualdad. Moral que lleva consigo la consideración del desarrollo como un derecho humano y que presupone, como valores centrales los de la solidaridad y la equidad. Es a partir de esta nueva ideología y de los hechos económicos y políticos que conforman hoy las relaciones internacionales como se produce la reivindicación de un NOEI. En este contexto el NOEI se proyecta como una nueva organización fundada en una opción ética cuyas medidas son dictadas por la equidad apreciada con respecto a una sociedad global. ABELLÁN HONRUBIA, V.: "Algunas consideraciones sobre el nuevo orden económico internacional", ONU; Año XL, número monográfico 13, *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1987, p. 223. En el mismo sentido, más recientemente BENCHIKH, M.: ("Bilan du droit international du développement", *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, vol. II, Aranzadi, Cardona, J. [dir.], 1988, p. 291), ponía de relieve el fundamento moral en la formación y el contenido del Derecho internacional económico.

17. Vid. en este sentido, por ejemplo, CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Globalización y orden internacional*, Lección inaugural leída en la solemne apertura del curso académico 2004-2005 en la Universidad de Sevilla, 76 pp; FALK, R.: *La globalización depredadora. Una crítica*, Siglo XXI, Madrid, 2002.

18. Cfr. NINO, S.: "Justicia", *El derecho y la justicia*, GARZÓN VALDÉZ, E., LAPORTA (co-ords.), Edit. Trotta, CSIC, BOE, VV.AA., 1996, p. 471.

19. RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura económica, México, 1979, p. 22.

20. Vid. KELSEN, H.: *¿Qué es justicia?*, Editorial Ariel, Barcelona, 1992, y el *Estudio preliminar* de A. CALSAMIGLIA, en especial pp. 9-12.

“liberar el concepto del derecho de la idea de justicia es difícil, porque ambos se confunden constantemente en el pensamiento político no científico, así como en el lenguaje cotidiano, y porque esta confusión corresponde a la tendencia ideológica que trata de hacer aparecer el derecho positivo como justo (...). La justicia es un ideal irracional (...) no es accesible al conocimiento. Considerada la cuestión desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existe intereses y, por ende, conflictos de intereses. La solución de tales conflictos sólo puede lograrse por un orden que bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro, o bien trata de establecer una transacción entre los opuestos”²¹.

Es conveniente mantener un *cierto relativismo ante la noción de justicia*, en una sociedad con una estructura pluralista propia de las sociedades modernas, que no hace conveniente que una concepción del bien excluya a las otras como núcleo de la idea de justicia. Esta se construye sobre la base de doctrinas morales que no son incompatibles y que no pueden pretender el monopolio de la verdad. El relativismo, como señaló Radbruch²² no es ausencia de convicción o falta de carácter, sino que (la teoría del relativismo) por contraposición a la doctrina del derecho natural refuta la idea de un derecho justo, unívoco, reconocible y demostrable. El relativismo desemboca en el positivismo (al ser imposible verificar lo justo se debe establecer lo jurídico; en vez de un acto de verdad, que es imposible, es necesario un acto de autoridad por que, como indicaba Radbruch, la “fuerza obligatoria del derecho positivo sólo puede fundarse previamente en el hecho de que el derecho justo no es reconocible ni demostrable”).

3. CRITERIOS DE JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Aún partiendo de este relativismo cualquier ordenamiento jurídico *representa un punto de vista sobre la idea de justicia*. Así, como indica E. Díaz²³, en todo ordenamiento se puede establecer un número de valores –grande o pequeño–, de unos *criterios de justicia para una época determinada que tengan objetividad racional*.

21. KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, Textos universitarios Universidad Nacional Autónoma de México, 1969, pp. 6 y 15.

22. RADBRUCH, G.: *El relativismo*, *op. cit.* Este autor, después de la II Guerra Mundial y ante las atrocidades cometidas cambiaría de perspectiva, como muestra su artículo “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, Colección nueva teoría, Abeledo-Perrot, Argentina.

23. DÍAZ, E.: *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1980, pp. 343 y 395.

i) Una perspectiva para examinar el papel de la justicia en el orden internacional consiste en analizar la *correspondencia entre las normas y los valores que inspiran un ordenamiento*. En este supuesto el problema de la justicia, como señala Bobbio²⁴, “equivale a preguntarse si esa norma es apta para realizar los valores históricos que inspiran ese ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado; es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real, entre lo que debe ser y lo que es: norma justa es lo que debe ser; norma injusta es lo que no debería ser (es el *problema deontológico del Derecho*)”.

Mediante esta vía de análisis se desplaza el problema de la justicia al análisis de los *valores y de los fines del ordenamiento y de la correspondencia de las normas con los mismos*. La evolución del Derecho internacional muestra cómo se ha ampliado el círculo de los valores que protege el Derecho internacional. De los iniciales valores de seguridad jurídica e igualdad en el Derecho de la coexistencia, se ha pasado al desarrollo progresivo de los valores de la paz, la dignidad y la solidaridad, de manera desigual pero innegable.

En el Derecho internacional hasta filósofos escépticos como Rawls mantienen que “los *derechos humanos* constituyen un elemento central de la construcción (de una *teoría de justicia como equidad*) en la medida en que establecen los límites morales al pluralismo entre los pueblos”²⁵.

ii) Otra posibilidad es analizar en el propio *tejido del ordenamiento los principios y normas que cabe vincular a la realización de la justicia*.

En este sentido las normas de *ius cogens* tienen una dimensión ética porque, como indica Carrillo, “tiende a colocar por encima del poder a ciertos valores superiores”²⁶. Lo mismo sucede con algunas *normas consuetudinarias que constituyen preceptos fundamentales de la ética de las relaciones internacionales* –como el principio de protección internacional de los derechos humanos, o el principio que prohíbe recurrir a la fuerza en las relaciones internacionales–. En la identificación de esta última norma el procedimiento de “aparición” de la costumbre (en el asunto Nicaragua c. Estados Unidos, 1986) fue, como indicaba Dominicé, excepcional puesto que el Tribunal consideró como elemento de la práctica, pertinente y decisivo, afirmaciones y declaraciones estatales desmentidas en la práctica. Por ello, este autor estima que se

24. BOBBIO, N.: *Teoría general del derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1991, pp. 33-34.

25. Vid.: “El derecho de gentes”, *Isegoría*, 16, pp. 5-36, p. 5.

26. CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Droit international et souveraineté des Etats. Cours général de droit international public”, *RCADI*, n° 257 (1996), p. 115.

trató de un modo de formación particular de normas consuetudinarias como consecuencia del peso de la ética en la formación de las normas del derecho internacional general.

La dimensión ética de estos *principios fundamentales contribuye sin duda a la realización de la justicia en las relaciones internacionales*. Para Dominice²⁷ la superación del voluntarismo y del iusnaturalismo ha permitido al Derecho internacional, según sus propios métodos, desarrollar y consagrar ciertos principios inspirados en valores morales de alcance universal, consagrados jurisprudencialmente como principios fundamentales del derecho internacional general y que tienen una dimensión ética evidente. Constituirían el núcleo duro, el corazón profundo, de lo que constituye la ética internacional (fundamentalmente todo lo relativo a la dignidad humana). Este contenido axiológico se ha ido ampliando históricamente, como evidencia la evolución del principio democrático y del legitimismo democrático²⁸.

Ahora bien, aún estando de acuerdo con estas consideraciones *no cabe asimilar estos principios con la noción de justicia* aún cuando a través de los mismos se puede lograr una sociedad internacional más justa. La dignidad humana o la paz constituyen valores pero no principios fundamentales del orden internacional. Y, por otro lado, intentar resolver el problema de la justicia no constituiría un elemento diferenciador a la hora de interpretar o de aplicar en el Derecho internacional la noción de justicia.

La referencia a la moral en algunas normas internacionales está desvinculada de criterios de justicia. Así, la referencia a los daños morales en el régimen de responsabilidad internacional por hecho ilícito²⁹, cuya reparación se

27. Cfr. DOMINICE, C.: "La Cour internationale de Justice et l'éthique des relations internationales", *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (dir.), Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pp. 221-231, pp. 223-224; vid. asimismo sobre el "declive del elemento material" en la sentencia sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua y las cuestiones que plantea, HUESA VINAIXA, R., *El nuevo alcance de la "opinio iuris" en el Derecho internacional contemporáneo*, Tirant Monografías, 3, Valencia, 1991, pp. 127 ss.

28. D'ASPREMONT, J.: "La création internationale d'Etats démocratiques", *RGDIP*, t. 109 (2005), pp. 889-909.

29. Así, el régimen de responsabilidad internacional por hechos ilícitos la referencia a la moral significa que son indemnizables también los daños no materiales, es decir los que no se refieren a la propiedad o a otros intereses del Estado y de sus nacionales, que son cuantificables económicamente, sino también a los daños simbólicos como el honor, la dignidad o el prestigio del Estado. En este sentido, por ejemplo *Asunto Rainbow Warrior (Nueva Zelanda/Francia)*, UNRIAA, vol. XX (1990), p. 217, p. 267, párr. 109 y sobre la satisfacción párr. 122. Vid. art. 31, 2 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado aprobado por la CDI en el año 2001. Sobre la satisfacción DOMINICE, C.: "De la réparation

produce normalmente a través de una *satisfacción* proporcional al daño y no humillante para el Estado responsable (art. 37, 3 del proyecto). Otras referencias a la moral y el orden público se utilizan en caso justificado de restricción de los derechos³⁰.

Por otro lado la referencia del art. 1.1 –que establece que el arreglo de diferencias debe realizarse de acuerdo con el Derecho internacional y con los *principios de justicia*– o del art. 2, 3 de la Carta de las Naciones Unidas –los Estados arreglarán sus diferencias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que la paz y la seguridad internacional así como la *justicia* no se vean puestas en peligro–, evidencian la distinción entre los *principios de justicia* y los *principios fundamentales*.

La remisión a los principios de justicia se interpreta en ese contexto como un mandato a los Estados para actuar con un “espíritu de moderación en la búsqueda de una solución a la controversia”³¹. Introduce una dimensión finalista en la interpretación de los principios de arreglo de controversias que, como es sabido, sólo implican obligaciones de comportamiento para los Estados³². La remisión a la justicia sirve en ese caso para explicitar el *principio de buena fe en la interpretación y aplicación de los principios y de las normas internacionales*.

En el orden internacional hay *principios* utilizados para *interpretar el derecho positivo*. El Tribunal Internacional de Justicia acude a nociones como

constructive du préjudice inmatériel souffert par un Etat”, *L’ordre juridique international entre tradition et innovation*, Recueil d’études, París, Puf, 1997, p. 359 ss, p. 354; vid. también en cuanto a ejemplos de daños morales (como por ejemplo ultrajar los símbolos de un Estado, o al Jefe del Estado o a los representantes diplomáticos y consulares u otras peronas protegidas, o violar la residencia del Embajador o incluso la integridad territorial del Estado) PRZETACZNIK, F.: “La responsabilité internationale de l’Etat à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre Etat”, *RGDIP*, vol. 78 (1974), pp. 917ss, p. 951; MIGLIORINO, L.: “Sur la déclaration d’illeceité comme forme de satisfaction: à propos de la sentence arbitrale du 39 avril 1990 dans l’affaire du Rainbow warrior”, *RGDIP*, vol. 96 (1992), p. 61.

30. VIARENGO, I.: “Derogare e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia”, *RDI*, vol. LXXXVIII (2005), fasc.4., pp. 955 ss.

31. En este sentido CHARPENTIER, J.: “Article 2: Paragraphe 3”, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, COT, J.P., PELLET, A.: Préface de J. Pérez de Cuellar, Economica, París, 2 edition, 1991, p. 107.

32. En todo caso, parece tener un mayor sentido la omisión que sobre los principios de justicia se hace en el mismo párrafo primero del art. 1 cuando se mencionan las “medidas colectivas y eficaces en materia de mantenimiento de la paz, en alusión implícita al Consejo de Seguridad”. En esta omisión late el deseo de evitar que las decisiones del Consejo de Seguridad se pudiesen ver entravadas o dilatadas por las interpretaciones subjetivas que los Estados puedan hacer sobre los principios de justicia, como ha señalado BEDJAOUÏ, M.: “Article 1 (commentaire général)”, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, COT, J.P., PELLET, A., Préface de J. Pérez de Cuellar, Economica, París, 2 edition, 1991, p. 25.

las de *consideraciones elementales de humanidad*³³, *principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana*³⁴, sobre los que cabe fundar la interpretación de otras obligaciones internacionales (por ejemplo, la obligación de informar de Albania en el asunto del Canal de Corfú).

Autores como Carrillo Salcedo (o Prosper Weil) mantienen posiciones similares al *iusnaturalismo deontológico*, intentando una conciliación entre voluntarismo y *iusnaturalismo*, reduciendo la separación entre los principios morales y la *lex lata*. El TIJ ha revalorizado con cierto objetivismo *principios generales del derecho* que el prof. Carrillo interpreta como:

“los *prima principia*, axiomas o postulados éticos que deben inspirar todo el orden jurídico, bien sea porque el derecho se remite a ellos como término o canon de inspiración o porque forman parte integrante del ordenamiento (...) estos principios son, en definitiva, la expresión de una conciencia jurídica común y constituyen una manifestación más, junto con la aceptación de normas imperativas o de *Ius cogens*, en Derecho internacional contemporáneo, del proceso al que con tanto acierto se refirió el prof. Truyol en su curso de la ADI: el eterno retorno del derecho natural”³⁵.

Esto plantea la cuestión de si el proceso de formación o el método de identificación tienen en cuenta el contenido moral de las reglas³⁶. Para Dominice³⁷ esto sucede con algunos *principios generales del Derecho* (principio de buena fe, abuso de derecho, *pacta sunt servanda*, principio que establece la obligación de reparación) objeto de un procedimiento de creación inusual por el importante peso moral de su contenido y porque su inclusión responde a una necesidad lógica en todo ordenamiento jurídico.

En relación con la delimitación de espacios marítimos, a pesar de que la equidistancia era el criterio más utilizado en los Tratados internacionales, el Tribunal indicó en el *Asunto de la Plataforma continental del Mar del Norte*, en relación con la búsqueda de una solución equitativa que:

33. *Asunto del Canal de Corfú*, CIJ, Rec., 1949, p. 22; y en el *asunto actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (TIJ, Rec. 1986, p. 114).

34. Así, en el *Asunto de la Barcelona Traction* (TIJ, Rec. 1970, p. 32) o en denominado el *asunto de los rehenes* (TIJ, 1980, p. 42).

35. CARRILLO SALCEDO, J.A.: “El fundamento del Derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico”, *REDI* (1998), p. 31.

36. DOMINICE, C.: “Le grand retour du droit naturel en droit des gens”, *L'ordre juridique entre tradition et renouveau*, IUHEI, Puf, París, 1997, pp. 31-43, p. 33; publicado primero en *Mélanges en l'honneur de J.M. Grossen*, 1992, pp. 399-409.

37. DOMINICE, C.: “Le grand retour du droit naturel en droit des gens”, *op. cit.*, pp. 31-43.

“Se trata, sobre la base de preceptos muy generales de justicia y de buena fe, de verdaderas reglas de derecho en materia de delimitación de plataformas continentales limítrofes, es decir de reglas obligatorias para los Estados para toda delimitación”³⁸.

La regla de los principios equitativos no podía apoyarse en la práctica internacional, como también era difícil hacerlo en relación con el principio general del *uti possidetis*, o con el principio fundamental consuetudinario de no uso de la fuerza o, incluso, con la existencia de “principios generales de base del derecho humanitario”³⁹. En estos casos el juez se apoya en exigencias éticas, racionales y o morales, para fundar la existencia de la norma y relativizar las exigencias de la práctica, fundamentalmente en relación con el *ius cogens*. En este sentido el traductor-intérprete del orden público internacional, el juez, afirma pretorianamente la regla general indicando las exigencias del *orden público comunitario*, a juicio de Dupuy. El juez enuncia una ética social, investido no sólo de una magistratura técnica sino también moral afirmando, al decir el Derecho, las exigencias éticas elementales de la vida comunitaria, algo que puede hacer dentro de ciertos límites⁴⁰, es decir sin ir más allá del *consensus* de los Estados.

Algunos autores, como Zoller⁴¹, han entendido que los límites del derecho de los Estados de apreciar libremente las situaciones jurídicas no se vinculan tanto al *principio de buena fe* cuanto a cuestiones de abuso de derecho, desvío de poder, criterios de razonabilidad etc. De tal modo que la *buena fe* constituiría simplemente una noción, un principio moral de base, muy general, pero no una regla jurídica en tanto que fuente del derecho y de obligaciones, salvo en la medida en que tenga una “forma jurídica suficiente”. Y, se-

38. TIJ, Rec. 1969, pp. 46.

39. A los que la Corte se refiere, entre otras sentencias, en el *Asunto actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, TIJ, Rec. 1986, p. 220, par 113 y 114.

40. En este sentido indica P.M Dupuy que la afirmación del *ius cogens* coloca al juez en el corazón de una tensión contradictoria entre, de un lado, una sociedad todavía vinculada al subjetivismo de las soberanías concurrentes y la introducción en el seno del sistema de un Derecho, por definición objetivo, marcado por la imperatividad de su necesidad social. Las libertades que puede tomar la Corte en relación con la práctica no pueden ir hasta la licencia. Esto impide concebir la categoría normativa de los principios generales del derecho internacional como perfectamente autónoma en relación con la costumbre internacional. Cfr. DUPUY, P.M.: “Le juge et la regle generale”, *RGDIP*, tomo 93 (1989/3), pp. 578-597, p. 594; por lo demás, en relación con la *opinio iuris* y la nueva legitimidad normativa, véase el trabajo de HUESA VINAIXA, R.: El nuevo alcance de la “*opinio iuris*”..., cit., in toto.

41. ZOLLER, E.: *La bonne foi en droit international public*, Préface de. Bastid, Pedone, París, 1977, pp. 335 ss.

gún este autor, en la medida en que es una noción que surge del orden moral, la buena fe no puede penetrar en el orden jurídico sino a través de instituciones jurídicas propias e independientes al principio mismo. Un sentido mucho más favorable y abierto a la relación entre la buena fe jurídica y extrajurídica (vinculada) a la moral mantiene Kolb en un exhaustivo estudio en el que destaca su función axiológica como un puente que une la ética social y el Derecho contribuyendo a la adecuación entre el derecho y lo que la sociedad percibe, en un momento dado como regla de justicia o como regla socialmente necesaria⁴².

En todo caso, en virtud del *principio fundamental de buena fe*, declarado en la Res. 2625 (XXV), los *actos unilaterales* vinculan a los Estados en sus manifestaciones de voluntad independientes, es decir que crean obligaciones jurídicas para su autor, como indicó el TIJ en el *Asunto de las pruebas nucleares*⁴³. Más en general, el principio de buena fe (al que se refiere el art. 2, 2 Carta ONU; el preámbulo de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) se refiere al conjunto de la *estructura del ordenamiento*. En el asunto de las pruebas nucleares el TIJ indicó que era uno de los “principios fundamentales que rigen la creación y ejecución de las obligaciones jurídicas, sea cual fuere su fuente” (pár. 268). El principio de buena fe además forma parte integrante de “toda obligación de consulta y negociación”, lo que implica que cuando un Estado negocia no cumple una simple formalidad, sino que tiene que tener en cuenta razonablemente los derechos del otro Estado⁴⁴.

42. KOLB, R.: *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, préface de G. Abi-Saab, publications de l'Institut Universitaire des Hautes Etudes internationales, Genève, Puf, Paris, 2000, pp. 85, 685, 686.

43. Vid. *Ensayos nucleares (Australia c. Francia)*, sentencia de 20 de diciembre de 1974, TIJ, Rec. 1974, p. 253, párr. 34-51; *Ensayos nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, sentencia de 20 de diciembre de 1974, TIJ, Rec. 1974, p. 457, párr. 35-53; asimismo el TIJ se ha referido a los actos unilaterales, aunque en para indicar que los actos carecían de efectos jurídicos en el *Asunto actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, TIJ, Rec. p. 14, párr. 167 a 171 y 257 a 262.

44. En este sentido en el laudo del Asunto del Lago Lanoux el Tribunal arbitral indicó que “Las consultas y negociaciones entre los dos Estados deben ser sinceras, deben cumplir las normas de la buena fe y no deben ser simples formalidades. Las normas de la razón y la buena fe son aplicables a los derechos y obligaciones de procedimiento relativos al uso compartido de los ríos internacionales” (*Arbitraje del Lago Lanoux* [Francia-España], Naciones Unidas, Report of international arbitral Awards, vol. 12, p. 281); en el *Asunto de la competencia en materia de pesquerías* (Reino Unido c. Islandia) el Tribunal indicó que “su tarea consistirá en celebrar negociaciones de manera que cada parte tenga de buena fe razonablemente en cuenta los derechos de la otra” (TIJ, Rec. sentencia de 25 de julio de 1974, Rec. 1974, párr. 78); en el *Asunto de la plataforma continental del Mar del Norte* (RFA c. Dinamarca y RFA c. Países Bajos) indicó que en las negociaciones las partes tienen la obligación de entablarlas

Por otro lado, el *estoppel*⁴⁵ tiene por objetivo la *buena administración de justicia*. Para el relator de la CDI Rodríguez Cedeño⁴⁶ el *estoppel* es una norma de prueba, cuyo origen está en los sistemas del *common law*, que se ha aplicado por la jurisprudencia en su forma de *estoppel por representación*⁴⁷, mediante el que los actos o conductas de un Estado dan lugar a expectativas a otro Estado, sobre la base de las cuales, este otro Estado actúa de forma que se perjudica.

Aquí, a diferencia de los actos unilaterales que se realizan con intención de producir efectos jurídicos, no es necesaria esa intención, sino que los efectos derivan de la confianza que en la representación había puesto el Estado. Como indica Martín esta institución ha encontrado un lugar importante en el *procedimiento internacional como consecuencia de su carácter de buena fe y de equidad*, que ha permitido dar un contenido más preciso a la regla, constituyendo un *test* de honestidad de los procedimientos, que da a un Tribunal el papel de garantizar la seguridad en las relaciones entre las partes.

La noción de justicia en el orden internacional también nos remite al papel que tiene la *equidad en el orden internacional*, aludida anteriormente y que ha sido definida de maneras inciertas y oscuras a lo largo de la historia⁴⁸. La propia CIJ lo admitió en 1982 al señalar que a lo largo “de la historia de los sistema jurídicos el término equidad ha sido utilizado para definir varia-

con “miras a llegar a un acuerdo y no simplemente proceder a una negociación formal como una especie de condición previa para la aplicación automática de un determinado método (...) Las partes tienen la obligación de comportarse de manera que la negociación tenga sentido, lo que no sucede cuando una de ellas insiste en su propia posición sin contemplar ninguna modificación” (TIJ, Rec. 1969, p. 3, párr. 85 a 87).

45. MARTIN, A.: *L'estoppel en droit international public. Précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Préface de M. Virally, Pedone, París, 1979, pp. 333-336.

46. Vid. Informe de la CDI a la AGONU sobre la labor realizada en el 50 periodo de sesiones, 1998, A/53/10, p. 94.

47. En esta línea *Asunto de Groenlandia oriental* TPJI, serie A/B, nº 53, p. 22, 36, 37 y 69 a 73; *Asunto de la plataforma continental del mar del Norte*, TIJ, Rec. 1969, p. 3, párr. 27 ss; *Asunto del templo de Préah Vihear (Camboya c. Tailandia)*, de 115 de junio de 1962, TIJ, Rec. 1962, p. 27 ss; *Asunto Nottebohm (segunda fase)*, sentencia de 6 de abril de 1955, TIJ, Rec. 1955, pp. 17 ss; *Asunto relativo al laudo arbitral emitido por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906*, sentencia de 18 de noviembre de 1960, TIJ, Rec. 1960, pp. 209, 210 ss.

48. Ello no obstante una definición largamente expandida es que la equidad es la “justicia del caso concreto”. Esta definición se atribuye a Aristóteles, aunque la doctrina ha puesto de relieve que eso ha supuesto una deformación de su pensamiento, que consideraría la equidad como derecho no escrito, más que como justicia. Por otro lado, se ha considerado que la equidad es una excepción al derecho estricto (*summum ius summa injuria*), que moderaría los rigores extremos del derecho positivo (*epiekeia* griega significa indulgencia) individualizando la aplicación del derecho sobre la base de la moderación. Sobre los diversos sentidos de la equidad en la historia jurídica véase ZAKI, M.S.: “Définir l'équité”, *Archives de philosophie du droit*, t. 35 (Vocabulaire fondamental du droit) (1990), pp. 87-117, pp. 88-89.

dos conceptos legales”⁴⁹. Pero también ha señalado este tribunal que la “equidad como concepto jurídico es una emanación directa de la idea de justicia. El Tribunal, cuya tarea es por definición la de administrar justicia, está obligado a aplicarla”⁵⁰.

Normalmente se señala por la doctrina que la equidad es algo distinto del derecho, que se plantea en el papel de la aplicación judicial del Derecho, introduciéndose en el poder o en el margen de apreciación del juez ante la solución de un caso individual. En Derecho internacional la equidad presenta un interés suplementario, que se plantea “con ocasión de toda aplicación del Derecho”⁵¹, dado que la aplicación judicial es menos habitual que en los ordenamientos internos, teniendo un mayor papel cuando se formulan las reglas jurídicas en términos generales.

Lo cierto es que en términos abstractos, como indica Mariño⁵², todo el Derecho internacional puede ser contemplado desde el ángulo de la equidad. Así, por ejemplo, la equidad ha sido una fuente de inspiración de nuevos regímenes jurídicos en el ámbito del derecho internacional económico y del derecho internacional del Desarrollo⁵³.

Mediante la equidad se introducen *principios equitativos* y criterios de *razonabilidad* en la aplicación del Derecho internacional, normalmente porque así lo han establecido los Estados como ocurre, por ejemplo, en la delimitación de espacios marítimos, lo que permite llegar a soluciones justas. De tal modo que el Derecho prevé recurrir a principios equitativos que no están precisados de antemano.

Así, en el asunto de la *Plataforma continental del Mar del Norte*⁵⁴ el TIJ rechazó la aplicación del principio de equidistancia como una regla de derecho consuetudinario e indicó que la delimitación debía ser acordada o decidida de acuerdo con principios equitativos. En particular, señaló que:

“no se trata de aplicar la equidad simplemente como una representación de la justicia abstracta, sino de aplicar una regla de derecho que prescribe el recurso a

49. CIJ, Rec., 1982, p. 60, párr. 71.

50. CIJ, Rec., 1982, párr. 71 s.

51. Vid. en este sentido, REUTER, P.: “Quelques réflexions sur l'équité en droit international”, *RBDI* (1980); publicado también en *Le développement de l'ordre juridique international*, Economica, 1995, pp. 23-47, p. 25.

52. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.: *Derecho internacional público (Parte General)*, Trotta, Madrid, 1999, p. 381.

53. En este sentido TORRELLI, M.: “L'apport du nouvel ordre économique international au droit international économique”, Colloque de Nice, SFDI, *Les Nations Unies et le droit international économique*, Pedone, París, 1986, pp. 51 ss.

54. REC. TIJ, 1969, pp. 47, 48. párr. 85-88.

principios equitativos (...) Cualquiera que sea el razonamiento jurídico del juez, sus decisiones deben por definición ser justas, y en ese sentido equitativas. Sin embargo, cuando se indica que un juez hace justicia o que establece el derecho, se trata de la justificación objetiva de sus decisiones, no más allá de los textos sino según los textos y en este ámbito es precisamente una regla de derecho la que llama a la aplicación de principios equitativos. No se trata, por tanto, de una decisión *ex aequo et bono*, lo que no sería posible sino en las condiciones establecidas en el art. 38, 2 del estatuto de la Corte (...)”⁵⁵.

Y, en el *Asunto Barcelona Traction, Light and Power Company limited*⁵⁶ señalaba que:

“(…) el Tribunal estima que, en el ámbito de la protección diplomática como en todos los demás ámbitos, el derecho internacional exige una *aplicación razonable*”.

En materia de delimitación de espacios marítimos la concepción que adoptó el Tribunal no consistía en considerar que mediante la equidad se mitigase el rigor en la aplicación del derecho, dado que entendió que no existía la regla de la equidistancia (que es un método de delimitación entre otros posibles) sino que, como indicaba Jiménez de Arechaga⁵⁷, la concepción de la equidad tenía un contenido positivo (los principios equitativos) vinculado a todas las circunstancias de cada caso que debían ser analizadas por el juez para alcanzar un resultado equitativo.

El juez internacional utiliza la noción de equidad como *instrumento de la justicia concreta*. No hay duda de que los tribunales internacionales estiman que deben interpretar el derecho de acuerdo con la equidad *infra legem* (inherente o dentro del derecho). Desde esta perspectiva, “la justicia de la que emana la equidad no es una justicia abstracta sino una justicia de acuerdo con la norma jurídica (...)”⁵⁸. Esa equidad encuentra su apoyo en el derecho positivo. En esta línea indica el TIJ:

55. Disposición que no ha tomado vida en la práctica jurídica internacional.

56. REC, 1970, p. 48, párr. 93.

57. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E.: “The conception of equity in maritime delimitation”, *Le droit international à l’heure de sa codification. Etudes en l’honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, 1987, pp. 229-239, p. 230-231.

58. *Asunto de delimitación de plataforma continental entre Malta y Libia* (CIJ, Rec., 1985, párr. 45 y 46); en el mismo sentido se manifestó en el *Asunto de la plataforma continental del Mar del Norte* (CIJ, Rec., 1969, párr. 88); en el *asunto de la competencia en materia de pesquerías* (CIJ, Rec., 1974, pp. 33, párr. 78) indicó que se trata de “llegar a una solución equitativa derivada del derecho aplicable”.

“(…) La Sala no puede en este caso juzgar *ex aequo et bono* (conocido el rechazo de las partes sobre este particular). La Sala debe igualmente descartar cualquier recurso en este caso a la equidad *contra legem*, al no haber reconocido las partes la misión de proceder a un ajuste de sus respectivos intereses. La Sala tampoco aplicará la equidad *praeter legem*. En cambio la Sala tendrá en cuenta la equidad tal y como se expresa en su aspecto *infra legem*, es decir, la forma de equidad que constituye un método de interpretación del Derecho en vigor y uno de sus atributos”⁵⁹.

En todo caso, más allá de su aplicación judicial no cabe ignorar, como indica T. Franck⁶⁰, el verdadero y real contenido de la equidad, que representa un conjunto de principios mediante los que se critica el derecho y se promueve *fairness* entre las naciones, particularmente en situaciones de moderada *scarcity*.

Por otro lado, algunas normas jurídicas internacionales⁶¹ se refieren a criterios de aplicación del Derecho internacional basados en la *noción de razonabilidad (lo razonable)*⁶². Salmon⁶³ introdujo en el debate científico las

59. Vid. Sentenci en el *Asunto de la diferencia fronteriza entre Burkina Faso y República de Mali*, de 22 de diciembre de 1986; *Asunto competencia en materia de pesquerías*, TIJ, Rec. 1974, p. 33, párr. 78 y 69; *Asunto de la Plataforma continental (Tunez/Libia)*, TIJ, Rec. 1982, párr. 71; *Asunto de la plataforma continental (Libia/Malta)*, sentencia de 3 de junio de 1985, TIJ. Rec. 1985, párr. 45.

60. Vid. FRANCK, T.: “Equity in international Law”, *Perspectives in international law*, N. Yasentuliyama (ed.), Kluwer Law, 1995, pp. 23-48, p. 23.

61. Así, entre otras muchas, arts. 74, 2 y 83, del Convenio de Montego Bay; art. 26, 3 del Tratado constitutivo de la O.I.T.; art. IV, sección 6 y 8 b) y art XIX, del Acuerdo relativo al Fondo Monetario internacional; art. 9 y 62 del Convenio sobre aviación civil; art. 29, 1 de la convención europea para el arreglo pacífico de controversias, de 29 de abril de 1957; arts. 5, 3 o 6, 1 del CEDH, art. 30 de la Carta social europea, de Turín, de 18 de octubre de 1961; art. 9. 3 del Pacto de derechos civiles y políticos de 1966; art. 7 de la convención americana de derechos humanos art X de los acuerdos de Bretton Woods de 27 de diciembre de 1945; art. 39 del Tratado de Roma de 1957; art. VI, 1, b ii y XXXVII, 1 del Acuerdo del GATT; art. 22, 1, 2, art. 10, 3 de la Convención de la AELC, de 4 de enero de 1960; art 12, c del Tratado general de integración económica de América central, de 13 de diciembre de 1960; art. XXIV, 12 del acuerdo GATT, de 1994; art e de la convención de Ginebra sobre Alta mar, de 1957; art. 115 convenio e Montego Bay; art X, 2 del convenio de 29 de marzo de 1972 sobre responsabilidad por daños causados por objetos espaciales, etc.

62. Vid. sobre esto SALMON, J.: “Le concept de raisonnable en droit international public”, *Mélanges P. Reuter, Pedone, París, 1982*, pp. 452 ss; y el exhaustivo trabajo de CORTEN, O., *L’utilisation du “raisonnable” par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant, Bruxelles, 1997, 696 pp.

63. Vid. SALMON, J.J.: “Le concept de raisonnable en droit international public”, *op. cit.*, pp. 447-478.

cuestiones relativas a la utilización, las funciones y las características de la noción de razonabilidad, estimando que era una noción confusa utilizada por los sujetos del derecho internacional al crear las normas jurídicas, por los encargados de su aplicación judicial (juez o árbitro) y por los Estados en su acción y argumentaciones unilaterales. Las funciones que cumplía en el ordenamiento se refieren a constituir un medio de apreciar la adecuación entre fines y medios (razonables y con límites), de un comportamiento a las circunstancias, así como para trazar la línea que establece los límites entre lo discrecional y lo arbitrario, que evita lo absurdo y que permite establecer un equilibrio entre intereses divergentes.

En la práctica internacional se ha utilizado la noción de razonable para *interpretar el derecho internacional*, no sólo de manera marginal, como da a entender el art. 32, b CV 69⁶⁴, sino como un *criterio general de interpretación*⁶⁵, como se deduce de la jurisprudencia de los Tribunales internacionales, en particular de la Corte internacional de Justicia.

Para el T.I.J. se debe “buscar la interpretación que está en armonía con la manera natural y *razonable* de leer el texto (...)”⁶⁶ e interpretarlo “en los límites de una *interpretación razonable*”⁶⁷ para justificar una “solución particular”⁶⁸. La voluntad de las partes en una controversia también se descubre a

64. Al establecer que se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el art. 31 (...) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o *irrazonable*.

65. Vid. CORTEN, O.: *L'utilisation du "raisonnable" par le juge international. Discours juridique, raison et contradiction*, op. cit., pp. 36 ss.

66. Vid. en este sentido *Asunto de la Anglo-iranian oil Company*, Rec. 1952, p. 104; *asunto de la Convención de 1902 sobre la tutela*, Rec. 1958, opinión individual Moreno Quintana, p. 109; *Asunto del Templo de Préh Vihéar (excepciones preliminares)*, Rec. 1961, opinión individual Percy Spender, p. 41; *Asunto de la Barcelona Traction (1 fase)*, Rec. 1964, opinión disidente de Armand, p. 161; *Asunto de la Plataforma continental del mar Egeo*, Rec. 1978, opinión disidente de Castro, p. 63, nota 1; *asunto de la sentencia arbitral*, Rec. 1991, Declaración Tarassov, p. 78 y opinión disidente de Weeramantry, p. 137.

67. Asunto de la diferencia fronteriza, insular y marítima, Rec. 1992, 295.

68. Así, en el asunto del Tribunal administrativo de Naciones Unidas, Rec. 1954, opinión disidente Hacworth, p. 86; asunto del incidente aéreo, Rec. 1959, opinión disidente Goiten, p. 200; asunto de Camerún septentrional, Rec. 1963, opinión disidente Bustamante, p. 168; asunto del sud-oeste africano, Rec. 1962, opinión individual Jessup, p. 412; asunto del sudoeste africano, Rec. 1966, opinión individual Van Wyk, p. 121, 33; asunto Namibia, Rec. 1971, opinión individual Dillard; asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, Rec. 1984, opinión disidente Schwebel, p. 195, Rec. 1986 ep. 185 y Rec. 1986 fondo, opinión disidente Schwebel, p. 373, 222.

la luz de la “intención razonable”⁶⁹ de las partes, “más allá de cualquier duda razonable”⁷⁰.

Para que la interpretación desemboque en un “resultado razonable” (interpretación *a contrario* del art. 32 CV 69) es necesario, en ocasiones, analizar el objetivo y fin de la disposición acudiendo a criterios teleológicos⁷¹ que, de algún modo, evitan una interpretación excesivamente estricta del texto. Así, en el *asunto del Sudoeste africano (segunda fase)* el TIJ privilegió una interpretación formalista del sistema de mandatos en detrimento de los objetivos de la institución, razón por la cual diversos gobiernos y la doctrina consideraron que la interpretación no era razonable.

En definitiva, como indica Corten la “libertad de apreciación del juez está limitada por la obligación de poner en marcha un método razonable que debe desembocar en un resultado razonable”⁷². Por lo demás, la noción de *razonabilidad* aparece en relación con nociones como la justicia, la equidad o la buena fe.

Los Tribunales internacionales han vinculado las nociones *razonable* y *justo* en determinados ámbitos⁷³, poniendo de relieve el papel de la “razón”⁷⁴ y la necesidad de alcanzar soluciones basadas en el equilibrio, y apropiadas a las circunstancias del caso⁷⁵. A pesar de la proximidad concep-

69. Así en el *asunto del mandato en el sudoeste africano*, CIJ, Rec. 1966, p. 23, 16.

70. Vid. sobre esto el comentario y las referencias bibliográficas y doctrinales de Corten, cit., p. 47.

71. Así en el *asunto del templo de Préah Vihéar (excepciones preliminares)* (TIJ, Rec. 1961, pp. 27 ss) Tailandia había renovado una declaración de aceptación del Tribunal Permanente de Justicia internacional, que ya no era válida. Por su parte Camboya invocaba en consecuencia la incompetencia del Tribunal. Para el Tribunal este razonamiento, teóricamente correcto no era adecuado porque aún cuando la interpretación de Camboya fuese literalmente inatacable desembocaba en un “resultado absurdo y no razonable”, a la luz también de que el Derecho internacional no es formalista y Tailandia había tenido la intención de dar competencia al Tribunal (p. 32 y p. 33). En el mismo sentido en el Asunto Sentencia arbitral el TIJ (Rec. 1991, pp. 69-70, 48) rechaza cualquier método que conduzca a un “resultado incompatible con el espíritu, el objeto y el contexto de la cláusula o del acto”.

72. CORTEN, O.: *L'utilisation du "raisonnable" par le juge international*, op. cit., p. 94.

73. Así, se ha señalado que la “práctica del apartheid es fundamentalmente irrazonable e injusta”. *Asunto del sudoeste africano*, Rec. 1966, opinión disidente Tanaka, p. 306 y p. 314. O, en el marco del CEDH se estima que una “relación razonable de proporcionalidad” supone un “justo equilibrio” (Asunto Lithgow y otros, serie A., nº 102, 28 de julio de 1986, 120, p. 373).

74. Así, la existencia de un derecho de paso se funda “en la razón al mismo tiempo que sobre el principio elemental de justicia”, “un principio de justicia fundado en la razón” (*Asunto de derecho de paso*, CIJ, Rec. 1960, opinión individual, p. 67)

75. Vid., CORTEN, O.: *L'utilisation du raisonnable...*, op. cit., p. 501.

tual⁷⁶, lo razonable se diferencia de la *equidad*⁷⁷ porque tiene un sentido más amplio, que no se corresponde sólo con la dimensión igualitaria o de equilibrio —que son un aspecto de lo razonable— sino que también cubre la racionalidad. Lo razonable no puede ser inequitativo (desequilibrado) pero una solución equitativa puede ser poco razonable (insuficientemente racional). También se vincula lo razonable a la *buena fe*, con objeto de limitar el poder discrecional de los Estados (por ejemplo, al denunciar un tratado, invocar una reserva, en relación con la noción de abuso de derecho, etc.)⁷⁸ o al interpretar una regla internacional⁷⁹. Asimismo, se ha vinculado lo razonable con lo necesario. En esta línea ha indicado el juez Tanaka que

“la igualdad es la regla y la diferencia de trato la excepción (...) Lo que importa es saber si, para las necesidades de la justicia, es necesario hacer excepción al principio de igualdad; incumbe al defensor probar esta necesidad, es decir, mostrar el carácter razonable del trato diferenciado que aplica”⁸⁰.

Finalmente, también cabe hacer referencia al papel del *principio de proporcionalidad* porque introduce “sentido común” en la aplicación del ordenamiento internacional. De ahí la referencia a la proporcionalidad como criterio para la adopción de contramedidas como respuesta a un previo hecho ilícito internacional por parte del Estado lesionado⁸¹. Y, como señala Bardon-

76. La asociación entre razonable y equitativo ha sido realizada en muchas ocasiones por el juez internacional, fundamentalmente en litigios territoriales (Así, en el *Asunto de la plataforma continental del mar del norte*, Rec. 1969, p. 49, 90; *Asunto del Golfo del Maine*, Rec. 1984, p. 313, 158); *Asunto de la plataforma continental /Tunez-Libia*, Rec. 1982, p. 60, 72) Pero también en el ámbito del trato a los extranjeros (deber de trato razonable y equitativo. *Asunto Nottböhm*, Rec. 1955, op. dis. Read, p. 47); en el derecho internacional de los derechos humanos (ej: art. 6 CEDH); en el uso razonable de un derecho, que implica el respeto de condiciones equitativas, en el otorgamiento de una reparación, en el derecho de los cursos de agua internacionales, etc. Vid. sobre esto CORTEN, O.: *L'utilisation du raisonnable par le juge international*, op. cit., 503.

77. Vid., CORTEN, O.: *L'utilisation du raisonnable...*, op. cit., pp. 502-508.

78. En este sentido *Asunto de la interpretación del acuerdo entre la OMS y Egipto*, Rec. 1980, p. 95, 47; *Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, Rec. 1984, pp. 419-420, 63. Vid. además el trabajo de CORTEN, O., *L'utilisation du raisonnable...*, op. cit., pp. 508 ss.

79. Así, en el *Asunto del Lago Lanoux*, se indicó que cada Estado debe “apreciar, razonablemente y de buena fe las situaciones y las reglas...”. En el mismo sentido *Asunto de las condiciones de admisión*, TIJ, Rec., 1947-1948, p. 63.

80. *Asunto del sudoeste africano*, TIJ, Rec. 1966, opinión disidente, p. 309

81. En este sentido *Asunto del proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/eslovaquia)*, TIJ, Rec. 1997, p. 7; *Asunto de la jurisdicción territorial de la Comisión internacional del Oder*, TPJ, 1929, serie A, n° 23, p. 27; *Asunto Naulilaa (Responsabilidad de Alemania por daños causados en las colonias portuguesas en Sudafrica)*, UNRIIAA, vol. II, (1928), pp. 1013, 1028.

net⁸², tras realizar un exhaustivo análisis de la práctica internacional de este principio, en la actualidad ya no sólo tiene una dimensión ética y moral, sino que se ha convertido en una regla admitida en el Derecho internacional y en el orden comunitario, constituyendo un *principio general del Derecho*, en el sentido del art. 38 del estatuto de la Corte internacional de Justicia.

4. LA JUSTICIA COMO MITO Y UTOPIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Desde otras perspectivas la noción de justicia se vincula con los conceptos de mito y utopía. Una utopía, a diferencia de un mito –que sintetiza en el discurso jurídico una realidad normativa– se sitúa en el ámbito de la *lege ferenda* aunque se conecta con la función ideológica del Derecho internacional. Utilizamos el término utopía⁸³ en el sentido de *proyecto* a realizar en el Derecho internacional, siendo un motor para la transformación, para el cambio normativo⁸⁴.

Una utopía define, con mayor o menor concreción, los horizontes de cambio normativo, normalmente en defensa de los débiles y de valores de realización de la justicia. El pensamiento utópico construye sociedades ideales, es decir, que todavía no se han realizado, lo que no significa que sean irrealizables⁸⁵.

La utopía no nos debe situar al margen de una visión socio-histórica o real del ordenamiento, pero un exceso de realismo puede ser negativo, porque lo que parece utópico hoy puede ser posible en el futuro. No se puede ni pensar ni construir el mundo desde modelos utópicos desconectados y alejados de la realidad. No debemos ponernos una gafas coloreadas de Walt Dis-

82. BARDONNET, D.: “Quelques observations sur le principe de proportionnalité en droit international”, *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber amicorum E. Jiménez de Arechaga*, 1994, vol. II, Fundación cultura universitaria, Montevideo, pp. 995-1036, p. 1036.

83. Rawls se refiere a la utopía realista del Derecho internacional como un mundo social alcanzable que combina equidad política y justicia para todos los pueblos liberales y decentes en una sociedad de los pueblos. El derecho de gentes aspiraría a presentar cómo es posible una sociedad mundial de pueblos liberales y decentes.

84. En este sentido DUPUY, R.J.: “Droit, révolution, utopie”, *Révolution et Droit international*, p. 435; y sobre la función ideológica del Derecho internacional vid. FRANCK, T.: “Legitimacy in the international system”, *AJIL*, 4 (1988), pp. 705-759.

85. RAMIRO AVILÉS, M.A.: *Utopía y derecho. Análisis de la relación entre los modelos de sociedad ideal y los sistemas normativos*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Getafe, abril de 2000, 779 pp., p. 18.

ney, como indicaba Lachs⁸⁶. También se debe evitar que el estado insatisfactorio del Derecho nos hagan “trabajar” perdiendo los métodos de nuestra ciencia, difuminando la distinción entre la *lex lata* y la *lex ferenda* o sirviendo de propagandistas de nuestras propias opiniones.

Pero no hay que olvidar que algunos visionarios (o algunas visiones) del pasado contribuyeron a hacer avanzar las cosas. El Derecho internacional se ha enriquecido por conceptos e ideas que provienen de las religiones, la cultura y las civilizaciones y que no sólo han contribuido con un papel de huida de la realidad sino que han orientado, lentamente, las acciones políticas, realizado proyectos e Instituciones⁸⁷ internacionales y que, finalmente, se han encarnado en el Derecho positivo.

Esta afirmación se verifica en la historia del Derecho internacional, donde *muchas utopías del pasado se reflejan en los principios y las normas el Derecho internacional del tiempo presente*. Las normas vigentes no forman parte de la utopía, pero hay realidades normativas que son el espejo de las utopías del pasado.

Dreyfus⁸⁸ comparó las imágenes doctrinales del Derecho internacional a finales del siglo XIX y las realidades del siglo XX, llegando a la conclusión de que muchas de las aspiraciones utópicas de la doctrina se convirtieron en realidad o, al menos, hicieron avanzar las cosas. A modo de ejemplo cabe resaltar las siguientes utopías:

- La *utopía de la codificación* del Derecho internacional, en una sociedad descentralizada, ha servido para que se realicen progresos notables en el desarrollo progresivo y codificación del ordenamiento, tanto en la CDI como en otros foros.
- La *utopía de una jurisdicción internacional obligatoria* está en la base de la creación de una jurisdicción internacional voluntaria y, más recientemente en la proliferación de Tribunales y de otros medios de aplicación y control del ordenamiento.

86. LACHS, M.: *Le monde de la pensée en droit international*, cit., p. 18.

87. La utopía tiene un papel más importante en el Derecho internacional del que, normalmente, se le atribuye. Cumple funciones sobre todo en relación con la *lex ferenda*, negando y rechazando reglas, afirmando otras y anticipándose al futuro, siendo una característica frecuente de la utopía, como señala Serge Sur, el referirse a un derecho trascendente, absoluto, y no producir sino un derecho coyuntural. Vid. SUR, S.: “Système juridique international et utopie”, *Archives de philosophie du droit*, t. 32, *Le droit international*, Sirey, 1981, pp. 35-45.

88. DREYFUS, S.: “D’un siècle à l’autre: Remarques sur l’image du droit international public”, *Boutros Boutros Ghali Amicorum discipulorumque Liber. Paix, Développement, démocratie*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 359 ss.

– La *utopía federalista internacional*⁸⁹, y dentro de ésta la de la *unidad europea* está relacionada con la proliferación de Organizaciones internacionales, universales y regionales, durante el siglo XX.

Estas y otras utopías sirven en el Derecho internacional para orientar la realidad jurídica desde ciertas *ideas fuerza*, *conceptos* y *visiones* que conectan el orden de una sociedad con el pensamiento y la visión de esa sociedad sobre una realidad trascendente⁹⁰. El mismo *concepto de orden global* implica una visión teleológica que es producto de la cultura, de la civilización y en muchos casos de las religiones.

La fundamentación inicial iusnaturalista del *ius publicum europaeum*, basada en la idea del género humano es un concepto ampliamente compartido desde filosofías y desde concepciones religiosas distintas. El sueño de establecer una comunidad original fue compartido desde antiguo por estoicos (*república natural del género humano*), por el zoroastrismo iranio (universalismo moral), los judíos (idea de una humanidad fraternal y pacífica), los cristianos (República de Dios; unidad del género Humano), los confucianos, los budistas pacifistas o, incluso, los musulmanes⁹¹. Estos conceptos compartidos por diferentes culturas pueden seguir sirviendo al desarrollo del orden internacional.

La mitificación de ciertos conceptos tiene relevancia porque en ocasiones acaban introduciéndose en el sistema normativo. Ciertos símbolos míticos

89. Vid. LE ROY: “Les transformations du droit de gens depuis 1919”, *RDIP*, LII (1948), pp. 329-374, p. 335; vid. en esa misma idea del federalismo como forma de progresar en la Comunidad internacional, desde la creación de las Organizaciones internacionales, REUTER, P.: “Organisations internationales et évolution du droit”, en *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, Economica, París, 1995, p. 124; por su parte Mosler se pronuncia a favor de un federalismo flexible y contra un Estado mundial que, incluso democrático, podría poner en peligro las libertades y los valores humanos. Cfr. MOSLER, H.: “Remarque sur la superposition du droit des organisations internationales au droit des gens interétatique”, *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al Prof. Miaja de la Muela*, 1, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 438 y 439. En el mismo sentido Yepes indicaba que la “idea de un Estado mundial es un mito de los más peligrosos. Puesto que este Estado mundial sólo podría ser creado por la fuerza y por el aservissement de las naciones débiles, a la imagen del Imperio romano, del Imperio de Alejandro o de Napoleón. Más valdría, en lugar de este sueño utópico, esforzarse en organizar grandes federaciones continentales o acuerdos regionales para el mantenimiento de la paz, puesto que el federalismo internacional podría ser la mejor solución al problema de la organización pacífica del mundo”. YEPES, J.M.: “Les accords régionaux et le droit international”, *RCADI*, t. 71 (1947-II), p. 240.

90. NAFZIGER, A.R.: “The functions of religion in the International system”, *The influence of religion on the development of International law*, cit., 1991, pp. 149 ss, p. 151.

91. Vid. DUPUY, R.J.: *L'Humanité dans l'imaginaire des nations*, Julliard, París, 1991, p. 23; TRUYOL, A., *Historia del Derecho internacional*, cit., pp. 23, 27, 44, 45.

cos e ideales tienen una gran potencia metafórica que contribuye a reafirmar los valores que subyacen en el sistema jurídico, y a transformar ideológicamente el contenido de sus principios y reglas: la *paz universal, la democracia o la misma humanidad abstracta*⁹². Aquí entra en juego el *poder de las palabras*, que son el tejido del ordenamiento.

Hay que tener precaución sobre las virtudes de los mitos metafóricos en el marco de la creación del Derecho, porque pueden conducir a perder de vista el objetivo normativo de una negociación, favoreciendo la imprecisión y la vaguedad terminológica. En todo caso, la *legitimité annonciatrice*⁹³, como idea de adecuación del Derecho a la justicia, se ha manifestado en múltiples ocasiones en la AGONU, contribuyendo a transformar la legalidad. Por ejemplo, el NOEI fracasó en sus aspiraciones maximalistas, pero los mitos y las utopías contribuyeron, a pesar de algunas desilusiones, a transformar en un sentido solidario el Derecho internacional.

Por tanto, el Derecho internacional también se desarrolla con referencia a *mitos universales* que, en ocasiones, se encarnan en el sistema normativo, al menos parcialmente. De ahí que se haya indicado que el orden jurídico internacional no solo tiene una unidad sistemática (de las normas y los sujetos) sino también una cierta *unidad ético-teleológica*, que expresa los valores y las opciones fundamentales de la sociedad. Esta aproximación axiológica al orden internacional permite vincular la reflexión y el análisis jurídico con su fundamento político social, lo que es conveniente⁹⁴.

La *utopía* invoca el *cambio normativo*, normalmente en interés de los sujetos más débiles en el ordenamiento. De tal modo que las utopías otorgan al Derecho una *dimensión ideológica que proyecta representaciones y referencias intelectuales y morales*, que se añaden a su dimensión organizativa y de registro⁹⁵. En este sentido cabe pensar que, como indica Sur, en su *dimen-*

92. CAHIN, G.: "Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international", *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Pedone, París, 1984, pp. 89-115, p. 92.

93. Vid. sobre esto DUPUY, R.J.: *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Economica, París, 1986, pp. 119, 120.

94. FRIEDMANN, W.: "General course in public international law", *RCADI*, t. 127 (1969-II), 1970, pp. 47-48.

95. En opinión de S. Sur en el Derecho internacional hay tres dimensiones: la dimensión ideológica, la dimensión organizativa (por ejemplo el tratado constitutivo de una organización internacional) y la dimensión de registro de situaciones de hecho (de poder, normalmente). Por ejemplo, en relación con el mantenimiento de la paz la dimensión utópica estaría constituida por el objetivo del desarme, la dimensión de organización por el sistema de seguridad colectiva y la dimensión de registro por algunos tratados de desarme. O, en relación con el de-

sión utópica el Derecho internacional es de los débiles, que tiende o debe tender a compensar y corregir las desigualdades, en su *dimensión organizativa es un derecho de iguales* y en su *dimensión de registro es un derecho de los poderosos*, que consagra de manera general su situación y sus ventajas⁹⁶.

Algunos ámbitos del Derecho internacional son tributarios de aproximaciones utópicas, como ocurre con el Derecho internacional del desarrollo, el derecho internacional de los derechos humanos o de la prohibición del uso de la fuerza y el establecimiento del sistema de seguridad colectiva.

- Por lo que respecta al *derecho del desarrollo*, cuando Blanc plantea que si no había sido únicamente una ilusión⁹⁷, olvidaba su caracterización como *derecho reivindicativo*⁹⁸, política jurídica exterior estratégica del conjunto de los PVD, que encontraba su fuerza en la mayoría numérica (en la idea de democratización) y su legitimidad en la justicia (al tener por objetivo contribuir a disminuir la enorme heterogeneidad económica). El *mito del desarrollo*, como ha indicado R.J. Dupuy⁹⁹, no tiene una acepción peyorativa e indemostrable, sino que su virtud está al servicio de una idea-fuerza, globalizante y movilizadora.

- En el ámbito del *Derecho internacional de los derechos humanos*, la *Declaración universal de 1948* tuvo una de sus grandes realizaciones en el establecimiento de un horizonte utópico, lo que sirve para caminar, como señala el prof. Carrillo citando a Galeano¹⁰⁰. En la actualidad los denominados derechos de tercera generación simbolizan nuevas aspiraciones y objetivos de

recho internacional económico y el desarrollo la dimensión utópica vendría dada por el NOEI, la dimensión organizativa por la OMC, el FMI, el Banco Mundial o los principios de reciprocidad y no discriminación, y la dimensión de registro por los acuerdos bilaterales o la extraterritorialidad USA (por ej. la Ley Helms-Burton).

96. SUR, S.: "Système juridique international et utopie", *Archives de philosophie du droit*, t. 32, Le droit international, Sirey, 1987, p. 41.

97. BLANC, G.: "Peut-on encore parler d'un droit du développement?", *J.D.I.* (1991), p. 904.

98. Vid. en este sentido PÉREZ GONZÁLEZ, M.: "El derecho al desarrollo como derecho humano", en VV.AA., *El derecho al desarrollo o el desarrollo de los derechos*, Ed. Universidad Complutense, p. 96; FLORY, M.: "La politique juridique extérieure et le nouvel ordre économique international", *Guy de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, De. Masson, 1989, París, 158-266, p. 265. Flory utiliza en este artículo la noción de utopía en el sentido de irrealizabilidad, cuando indica que algunas reivindicaciones del NOEI eran utópicas porque no tenían en cuenta la realidad económica, como por ejemplo la idea del patrimonio común de la humanidad aplicada a la cuestión de la transferencia de tecnología.

99. DYPUY, R.J.: *La clôture du système international. La cité terrestre*, Puf, París, 1989, p. 31.

100. CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Dignidad frente a la barbarie. La declaración universal de derechos humanos, cincuenta años después*, Minima Trotta, Madrid, 1999, p. 26.

la Comunidad internacional, que segregan nuevas reglas así como transformaciones en la interpretación y aplicación de los principios fundamentales.

• En materia de prohibición del uso de la fuerza la *utopía de construir la paz por el Derecho* ha sido ampliamente compartida y difundida por filósofos e internacionalistas. Resultado de la idea de la paz por el Derecho son, como ha señalado Goyard-Fabre, los esfuerzos espectaculares de la comunidad internacional de creación de la Sociedad de las Naciones y las Naciones Unidas, que se “inscriben en la historia moderna como las tentativas más magistrales realizadas por los hombres para conjurar las guerras”¹⁰¹. En todo caso el antagonismo entre guerra y paz constituye un paradigma del Derecho internacional, donde la Carta de las Naciones Unidas constituyó una alianza de la paz (*foedus pacificum*) que pretendía acabar con todas las guerras. La Carta de las Naciones Unidas, como ha analizado P.M. Dupuy, tiene así una doble dimensión jurídica y utópica (programática, ideológica, casi religiosa), como texto normativo constitucional, de un lado, e ideológico-político, de otro, donde se pretende el ideal de la paz por el derecho¹⁰².

En la construcción progresiva del Derecho internacional la utopía sirve para orientar el camino, aunque sólo se hace camino al andar¹⁰³. Por ello no se debe confundir *el Derecho con lo que no es Derecho*. Un buen “abogado del diablo” es P. Weil¹⁰⁴, al prevenir frente a las enfermedades normativas que

101. GOYARD-FABRE, S.: *La construction de la paix ou le travail de sisyphé*, Vrin, 1994, pp. 225 ss.

102. Para R.J. DUPUY la tensión que anima a la Carta de las Naciones Unidas se inscribe normalmente en una versión legalista que no tiene en cuenta la parte de ideal, ambos indisolublemente vinculados. Goza de un dualismo ético-jurídico. Pero se pecaría de idealismo si se pretende precisamente dejar a un lado su condición de ideal. La Carta ha querido afrontar los peligros de la historia, vinculando un constitucionalismo abstracto propio de la filosofía de las luces con la dinámica de una cierta filosofía de la historia. La Carta pretende idealmente imponer la paz por el derecho. Cfr. P.M. DUPUY: “L’enfer et le paradigme: libres propos sur les relations du droit international avec la persistance des guerres et l’objectif idéal du maintien de la paix”, *Mélanges H. Thierry. L’évolution du droit international*, Pedone, París, 1998, pp. 186-199, en especial 188, 191 a 194.

103. Así, se ha señalado que el sistema de acuerdos de fuerzas de reserva para las Operaciones de Mantenimiento de la paz son una alternativa al establecimiento de una fuerza de las Naciones Unidas de carácter permanente que hoy constituiría una utopía. Vid. el trabajo de PONS RAFOLS, X.: “La participación de España en el sistema de acuerdos de fuerzas de reserva de las operaciones de mantenimiento de la paz”, *Agenda ONU*, nº 2 (1999), pp. 123-164, p. 147.

104. Como indica Weil los “enfoques solidarios y comunitaris, cuyo objetivo es introducir más justicia y moral en el sistema, de hacer prevalecer los valores e intereses, de privilegiar la generosidad de un enoque universalista sobre el egoísmo de la visión unilateralista, en una palabra de sustituir una comunidad integrada y solidaria a una sociedad de Estados desarticulada”. WEIL, P.: “Le droit international en quête de son identité...”, *RCADI*, cit., pp. 227 ss.

derivan de los enfoques solidarios y de los paradigmas de progreso, al crearse instrumentos conceptuales (comunidad internacional, *ius cogens*, normas *erga omnes*, crímenes internacionales) que se apoyan más en el discurso normativo (en la retórica, las proclamaciones virtuosas, el verbo, las apariencias) que en la normatividad efectiva, la realidad o la acción. Para este autor existe una *doble crisis de la normatividad internacional*, al debilitarse el Derecho internacional en su inflación y al aparecer inciertas super-normas (el *ius cogens*).

La difuminación de la juridicidad de las normas que puede generar el discurso utópico se hace desde la confusión entre las aspiraciones y la evolución del Derecho, entre el imaginario y la realidad. Así sucedió con el *nuevo orden económico internacional*¹⁰⁵, que constituyó fundamentalmente una referencia del *derecho deseable* (*en agraz, soft law*), pero no al Derecho positivo (*hard law*). Como indica Pellet:

“de comodidad del lenguaje, la expresión *nuevo orden jurídico internacional* se convierte en fanfarronada jurídica si, en el espíritu de aquellos que la emplean, tiene una connotación más precisa (...); la ambigüedad de la noción es entonces utilizada con finalidad extrajurídica, para hacer nacer la idea de que existe, desde entonces, un nuevo derecho, que se ha desembarazado de las escorias del derecho antiguo. Entonces, el derecho, separado de la realidad, planea en el cielo de las ideas y el nuevo orden jurídico internacional genera la peligrosa ilusión del desarrollo por el derecho”¹⁰⁶.

La utopía juega un papel en la *lex ferenda* cuando reivindica el cambio del Derecho, la modificación de la *lex lata*¹⁰⁷, como sucedió con el Derecho internacional del desarrollo o con el Nuevo orden económico internacional. Aquí juega un papel importante el *soft law* que, como indica Reisman¹⁰⁸ tiene un carácter simbólico que puede tener efectos prescriptivos y puede con-

105. BENNOUNA, M.: “Réalité et imaginaire en droit international du développement”, *Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes. Méthodes d’analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Pedone, París, 1984, pp. 59-72, p. 67.

106. PELLET, A.: “Le ‘bon droit’ et l’ivraie. Plaidoyer pour l’ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement)”, *Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes. Méthodes d’analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Pedone, París, 1984, pp. 465-525, p. 470.

107. Así ocurrió con la transformación del estatuto de los fondos marinos de *res nullius* en patrimonio común de la Humanidad.

108. Vid. REISMAN, M.: “The concept and functions of soft law in international politics”, *Essays in honour of judge Raslim Olawale Elias*, vol. 1. Contemporary international law and human rights, Bello, E., San, A., Edit, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 135-144, p. 144.

vertirse ulteriormente en Derecho. Esto no debe llevar a confundir el *soft law* con el *hard law*, como ya vimos.

La ideología del postmodernismo político de nuestro tiempo no fomenta la utopía¹⁰⁹. La *crisis de una concepción solidaria y utópica de la historia*, de la gran historia (fin de las ideologías, de la religión, del marxismo), conduce a amoldarse a la realidad, en una posición ideológica liberal, de resignación frente a la realidad, en la que resurgen los mitos reaccionarios, los contra-mitos.

En el pasado frente al mito de la paz por el Derecho se oponía el de la ineficacia absoluta del Derecho internacional o al mito del estado de naturaleza se oponía el de la paz por un poder superestatal¹¹⁰. Del mismo modo constituye un mito reaccionario la concepción mítica, mística e hiperbólica de la soberanía como noción absoluta, que conduce a negar la existencia del Derecho internacional¹¹¹.

En la actualidad frente al mito de la *ideología del desarrollo* prevalece el mito del *desarrollismo*¹¹², el crecimiento como principio justificador de una globalización asimétrica. Es ésta una *utopía reaccionaria*, que debiera contrarrestarse mediante un proyecto humanista y alternativo que permita construir un *sistema político global que no esté al servicio del mercado global, sino que defina sus parámetros tal y como el Estado-nación representó históricamente el marco social del mercado nacional*¹¹³.

En el Derecho internacional se ha producido un cambio ideológico en las últimas décadas, que S. Sur ha resumido en el *tránsito de una derecho social internacional a un derecho penal internacional* (o más exactamente a un

109. LÓPEZ CALERA, N.: *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 29-31.

110. Vid. sobre estos mitos y sus contra-mitos DUPUY, R.J.: "L'illusion juridique. Réflexions sur le mythe de la paix par le droit", *Guy de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, Masson, París, 1989, pp. 245-257, p. 252.

111. En este sentido el prof. Carrillo Salcedo previene contra este tipo de concepciones de la soberanía del Estado que le dan un sentido absoluto según una concepción más filosófica que jurídica, como el poder de decidir de manera enteramente libre, que es incompatible con la existencia del Derecho internacional.

112. DE VEGA, P.: "Mundialización y derecho constitucional. La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de estudios políticos* (abril/junio, 1998), pp. 13 ss, p. 16.

113. A juicio de Amin se trataría de organizar el desarme mundial, el acceso a los recursos de forma igualitaria, la negociación de relaciones económicas abiertas y flexibles, la negociación para la correcta gestión de la dialéctica mundial/nacional en la cultura, la comunicación y la política (...) lo que implica crear instituciones políticas que representen intereses sociales a escala mundial. AMIN, S.: *El capitalismo en la era de la globalización*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 19.

derecho internacional penal)¹¹⁴. Del derecho social internacional de los países del tercer mundo (con el derecho al desarrollo, el patrimonio común de la Humanidad, la desigualdad compensadora, la igualdad de los pueblos) se ha pasado al Derecho internacional penal promovido por los países desarrollados, dirigido a la protección de los individuos y de la sociedad civil. Es el mismo derecho, y los mismos mecanismos, pero han cambiado el medio, la filosofía y las fuerzas. Si bien se pone el acento en la protección de los Derechos humanos, se incide casi exclusivamente en los derechos civiles y políticos, olvidando los derechos económicos, sociales y culturales. Por ello si bien es cierto que, como pone de relieve la doctrina, la nueva sociedad internacional se caracteriza por un nuevo consenso internacional en torno a la democracia y los derechos humanos, a la revalorización de lo humano y de lo humanitario, esto no se ha producido plenamente en todas las dimensiones de los derechos humanos¹¹⁵.

5. LA NOCIÓN DE JUSTICIA COMO MOTOR DE TRANSFORMACIÓN DEL ORDENAMIENTO

Si en una sociedad democrática se pueden vincular los procesos de creación y aplicación normativos con los fines del ordenamiento y con sus valores, en la Comunidad internacional el problema de los fines y funciones del Derecho no constituye una cuestión procesal en ausencia de un “sistema democrático”.

Desde la sociología del Derecho los funcionalistas *intencionalistas*¹¹⁶ han equiparado la noción de función con la *prestación demandada a un sistema, o a un elemento del sistema, por el sujeto que opera a través de él*. Desde esta perspectiva se analizan desde las *finalidades* a las que se orienta, que *se deben corresponder con las necesidades del sistema*. Si bien no se puede fundamentar el Derecho internacional en esas necesidades, como mantenían autores objetivistas como Duguit o Scelle, si que se puede analizar o

114. SUR, S.: “Les phénomènes de mode en Droit international”, *Le droit international et le temps*, SFDI, Colloque de París, Pedone, París, 2001, p. 51.

115. Vid. sobre el nuevo consenso internacional en torno a la democracia, los derechos humanos, lo humano y lo humanitario, como características de la nueva sociedad internacional (si bien a nuestro juicio la Revaloración de la solidaridad a nivel internacional no se da con la incidencia con la que lo afirma este autor). Cfr. DEL ARENAL, C.: “La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: un reto para la teoría y la política”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2001*, Universidad del País Vasco, 2002, pp. 18-85, pp. 78-81.

116. Vid. sobre estos FERRARI, V.: *Acción normativa...*, cit., pp. 270 ss.

valorar. Esto es lo que hacen en la doctrina internacionalista los denominados *internacionalistas*, por oposición a las *normativistas*.

Representantes de esta aproximación son autores como Visscher¹¹⁷, Friedmann¹¹⁸, Thierry, R.J. Dupuy, P.M. Dupuy o J.A. Carrillo Salcedo que ponen de relieve la *función transformadora del orden en la sociedad internacional*. Por ejemplo Thierry¹¹⁹ para el que el DIP está *finalisé*, lo analiza desde la noción de *progreso*, en el sentido de que se “corresponda con sus propias finalidades, que su contenido se acerque a lo que sus finalidades exigen”¹²⁰.

Tradicionalmente la doctrina ha calificado al Derecho internacional del desarrollo como un *orden finalista y teleológico*, orientado a una misión (derecho *para* el desarrollo), la transformación de la sociedad internacional en un sentido más equitativo. Bollecker-Stern¹²¹, Gros Espiell, Touscoz, Flory,

117. Visscher, tan próximo al análisis de las realidades del poder en el orden internacional, defendía una concepción *personalista*, para “situar el interés humano en un lugar preferente en el orden de los valores, promoviendo que los Estados lo convirtiesen en punto de convergencia de su colaboración, como concepto más definible que la idea general de justicia”. VISSCHER, C.: *Teorías y realidades en derecho internacional público*, Bosch, Barcelona 1962, pp. 135 y 141.

118. Friedmann elaboró sus reflexiones sobre el derecho de la coexistencia y sobre el derecho de la cooperación partiendo de la “urgente necesidad de cooperación” como respuesta a los problemas de la sociedad internacional (en el ámbito de la proliferación de armamento nuclear, de la utilización de los recursos naturales, de los desafíos derivados de los adelantos tecnológicos...). El remedio para dichas necesidades nuevas se basaba en que: “l’importance vitale d’une coopération intensive sera unanimement comprise, car il y va de l’existence même de l’humanité. Notre génération ne peut se contenter d’un système de coexistence limitée entre des Etats souverains (...) l’humanité doit choisir entre un coopération juridique et politique toujours plus intensive et le chaos”. FRIEDMANN, W.: “Droit de coexistence et droit de cooperation. Quelques observations sur la structure changeante du droit international”, cit., pp. 1 y ss., p. 9.

119. THIERRY, H.: “Internationalisme et normativisme en droit international”, *Guy de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, Masson, París, 1989, p. 371.

120. Señala Thierry que el progreso, en el orden jurídico, procede de la calidad de sus normas en sí mismas y bajo el ángulo de su eficacia. Desde esta perspectiva el DIP ha progresado, en el siglo XX, mucho más que en toda la historia anterior, aunque no sea el derecho que se quisiese que fuera (tanto en relación con su contenido como por los medios de su puesta en marcha), porque en definitiva el DIP es un producto de la historia. Cfr. THIERRY, H.: “L’évolution du droit international. Cours général de droit international public”, *RCADI*, III (1990), 222 pp., pp. 17-19.

121. BOLLECKER-STERN, B.: “Le droit international du développement: un droit de finalité”, *La formation des normes en droit international du développement*, Flory, M., Henry, J., CNRES, 1984; GROS ESPIELL, H.: “El derecho al desarrollo veinte años después: Balance y perspectivas”, VV.AA., HERRERO DE LA FUENTE, A. (coord.), *Reflexiones tras un año de crisis*, Universidad de Valladolid, 1996, pp. 27-59, p. 32; TOUSCOZ, J.: “Les Nations Unies et le droit international économique. Rapport introductif”, *Les Nations Unies et le droit internatio-*

Pellet, Pelaez Marón, Bennouna, Slinn, Bouveresse, Mahiou, Mbaye¹²², Bermejo¹²³ o Gutierrez Espada¹²⁴ lo ponen de relieve en sus análisis. La técnica jurídica del derecho situacional eran los *tratamientos específicos y particulares* (diferenciadores) basados en el principio de *desigualdad compensadora* que suponen, como decía Colliard¹²⁵, la “búsqueda de soluciones de equidad, de justicia, de un derecho compensador y no de un derecho de registro”.

De la contestación del derecho universal sobre bases comunitarias surge el Derecho situacional cuya especificidad viene dada por su finalidad¹²⁶, que sustituye el neutralismo por el compromiso y la equidad¹²⁷. Es un *derecho comprometido* porque, como señala Mahiou¹²⁸:

nal économique, SFDI, VV.AA., Pedone, París, 1987, p. 16; FLORY, M.: *Droit international du développement*, Puf, París, 1977; FEUER, G., CASSAN, H.: *Droit international du développement*, Dalloz, 2 ed., 1991; PELLET, A.: *Droit international du développement*, Que sais-je?, 1731, Puf, París, 2 edic, 1987; BENNOUNA, M.: *Droit international du développement*, Berger-Levrault, 1982; SNYDER, F., SLINN, P.: *International law of development*, Londres, 1987; BOUVERESSE, J.: *Droit et politique du développement et de la coopération*, Puf, 1990.

122. Vid. MBAYE, K.: “Le droit au développement en droit international”, *Essays in international law in honour of judge M. Lachs*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 163-177, p. 163.

123. En opinión del prof. R. BERMEJO GARCÍA (*Vers un nouvel ordre économique international. Etude centrée sur les aspects juridiques*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1982, pp. 15 y 16) el derecho internacional económico es un droit de finalité, constituyendo un marco necesario para las políticas económicas de desarrollo. La particularidad de un derecho de finalidad, indica este autor, se refiere a la estructura de fondo de la regla de derecho que contiene más directivas a seguir o principios a observar que una reglamentación minuciosa de los derechos y obligaciones de los sujetos de derecho.

124. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “Sobre las funciones, fines y naturaleza del derecho internacional contemporáneo”, *Homenaje al Prof. Mariano Hurtado Bautista*, 1992, cit., p. 69.

125. COLLIARD, C.A.: “Spécificité des Etats. Théorie des status juridiques particuliers et d’inégalité compensatrice”, *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Pedone, París, 1981, pp. 153-180, p. 180.

126. Vid. DUPUY, R.J.: “Droit international et disparités de développement. Cours général de droit international public”, *RCADI*, IV (1979), t. 165, pp. 120 ss.

127. Así, indicaba R.J. Dupuy que “este derecho de finalidades rompe con las tradiciones del derecho clásico; mientras que éste era abstracto y formal, lo que favorecía la acción de las potencias en el plano internacional, el derecho internacional del desarrollo, como el derecho internacional del medio ambiente, se afirma concreto y situacional, al basarse en las situaciones en que los Estados se encuentran y que quieren hacer reconocer y tomar en cuenta por la comunidad internacional”. Vid. DUPUY, R.J.: “Droit déclaratoire et droit programmatore: De la coutume sauvage à la soft law”, *L’élaboration du droit international public*, Colloque de Toulouse, SFDI, París, 1975, pp. 132-148, p. 133

128. Vid. también sobre las finalidades (en el ámbito de las fuentes, la revisión de las instituciones y de los principios y normas) del Derecho internacional del desarrollo, MAHIOU, A.: “Droit international et développement”, CARDONA, J. (dir.), *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, vol. III, 1999, Aranzadi editorial, 2000, pp. 29-140, en especial pp. 34-40, pp. 35-36.

“según la doctrina clásica el jurista debe limitarse estrictamente al estudio de las reglas de derecho existentes, sin comprometerse en el ámbito político, económico y social puesto que dicho compromiso sería perjudicial a la objetividad científica del investigador que debe permanecer neutro (...) en Derecho internacional esto se traduce por la alineación al *statu quo*, es decir a la defensa de las reglas elaboradas esencialmente por los países dominantes”.

A esta filosofía también responde la preocupación por los intereses comunitarios o la renuncia al uso de la fuerza, que orienta en un determinado sentido al Derecho internacional, compuesto no sólo por normas y principios sino por un proyecto, un objetivo último, en el camino del progreso del Derecho¹²⁹.

El Derecho internacional contemporáneo es un *derecho de finalidades*, Como indica el el prof. Carrillo¹³⁰ la evolución del ordenamiento pone en evidencia:

“la insuficiencia del antiguo Derecho internacional (fundamentalmente individualista) y la *necesidad de un nuevo derecho internacional* que, para estar a la altura de sus funciones, no puede limitarse a delimitar las competencias de cada uno sino que debe afrontar la puesta en marcha de un orden comunitario adaptado a las dimensiones del planeta cuyo objetivo primordial e inmediato sea la *promoción equilibrada y armónica del desarrollo de toda la humanidad considerada como un conjunto*”.

Por ello el DI asume una *función reformatora* (Thierry) o *transformadora* (Carrillo) en donde sus fines (paz, derechos humanos, desarrollo, medio ambiente) se vinculan a valores. Autores como D. Kennedy¹³¹ parecen entender el Derecho internacional sólo desde esta perspectiva, lo cual constituye a nuestro juicio una visión reduccionista. Es cierto que la comunidad profesional de internacionalistas comparte un *ethos* común, proyectos y compromisos

129. Vid. DUPUY, P.M.: “International law: Torn between coexistence, cooperation and globalization. General conclusions”, *EJIL*, vol. 9, nº 2 (1998), pp. 279-286, p. 285.

130. Cfr. CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Permanence et mutations en droit international”, *Boutros Boutros Ghali. Amicorum discipulorumque Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 300. Este autor ya en 1963 había publicado una obra (*Del derecho internacional liberal al derecho internacional social*, Granada, Publicaciones escuela Social) en la que propugnaba ciertas transformaciones en un sentido finalista y solidario del ordenamiento.

131. KENNEDY, D.: *Rompiendo moldes en el Derecho internacional: Cuando la renovación es repetición*, Cuadernos internacional 3, Universidad Autónoma de Madrid, traducción y prólogo de Ignacio Forcada, Dykinson, 2002, en especial. pp. 27-30.

que van generando el caldo de cultivo necesario para las propuestas de reforma frente a los problemas comunes, pero no tiene únicamente esta dimensión como parece anunciar este autor. El mensaje compartido por gran parte de la doctrina y de la sociedad sobre un orden futuro o hipotético —que contradice las realidades conflictivas o desiguales del mundo real¹³²— va lentamente, en perspectiva histórica, transformando la realidad normativa, siendo por ello relevantes en el Derecho los mitos y las utopías.

132. Cfr. THIERRY: *Normativisme...*, cit.

