

LUGAR Y FUNCION DE LA EQUIDAD EN EL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL

Romualdo BERMEJO GARCÍA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. Presencia de la equidad en el nuevo derecho internacional. 1.—*La equidad: noción y orígenes*. 1.1. La equidad y el derecho internacional. 1.2. Funciones de la equidad. 2.—*Misión de la equidad en el nuevo derecho internacional*. 2.1. Aplicación de la equidad armonizadora: la interdependencia. 2.2. Hacia la equidad compensadora. 2.3. ¿Puede hablarse de una dualidad de normas?

INTRODUCCIÓN: PRESENCIA DE LA EQUIDAD EN EL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL

¿La equidad está en el derecho o fuera del derecho? El tema de la equidad constituye para el jurista una noción difícil de captar¹ ya que es difícil de extraer, incluso en sectores determinados, una función precisa. Esta ambigüedad, considerada como destructora de la seguridad de las relaciones jurídicas², no da una imagen exacta de la realidad, puesto que, como

1. DE LOS MOZOS, José Luis, «La equidad». En *Estudios de derecho internacional público y privado*. Homenaje al profesor Luis Sela Sampil. Oviedo. Universidad de Oviedo, 1970, V-I, pp. 147 y ss.

2. «L'évolution du droit international contemporain est marquée par deux orientations opposées. Un besoin de certitude du droit et de sécurité travaille, depuis un siècle, à un développement technique très poussé des règles du droit positif. Un besoin, plus récemment ressenti, d'assouplissement de la règle, face à des situations nouvelles et de plus en plus individualisées, porte à rechercher dans les voies de l'équité une justice adaptée au cas concret, aux particularités de l'espèce». DE VISSCHER, Charles. *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*. París, Pédone, 1972, préface.

ha dicho el *Institut de Droit International*, «La equidad está normalmente inherente en una sana aplicación del derecho»³. Es desde esta óptica como, evocando una jurisprudencia arbitral, el juez Manley Hudson declaró en el asunto de *las tomas de agua del río Mosa*: «una demarcación neta entre el derecho y la equidad, tal como la prevén ciertos Estados en la administración de la justicia no tiene que aplicarse en la jurisprudencia internacional»⁴.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) afirmó que «cualquiera que sea el razonamiento jurídico del juez, sus decisiones tienen que ser, por definición, justas, es decir equitativas»⁵. Por su parte, Sir Gérald Fitzmaurice subrayó que «el derecho y la equidad solamente pueden realizar la justicia si se completan mutuamente»⁶. En fechas más recientes, el TIJ declaraba:

«l'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice. La Cour, dont la tâche est par définition d'administrer la justice, ne saurait manquer d'en faire application. Dans l'histoire des systèmes juridiques, le terme *équité* a servi à désigner diverses notions juridiques. On a souvent opposé l'équité aux règles rigides du droit positif, dont la rigueur doit être tempérée pour que justice soit rendue. Cette opposition est généralement sans équivalent dans l'évolution du droit international; la notion juridique d'équité est un principe général directement applicable en tant que droit»⁷.

Se hubiera podido pensar, en el cuadro del derecho internacional, que el esfuerzo de codificación emprendido acarrearía un cierto olvido o, al menos, una presencia muy limitada de la noción de equidad. Sin embargo, tenemos que constatar que ha ocurrido todo lo contrario⁸, ya que estamos asistiendo

3. *Annuaire de l'Institut de Droit International*. Session de Luxembourg, 1937, V-50, p. 271.

4. CPJI. Serie A/B, n.º 70, p. 76.

5. *Affaire du plateau continental de la mer du Nord*. CIJ, Recueil 1969, p. 48, par. 88.

6. *Affaire de la Barcelona Traction*. CIJ, Recueil 1970, pp. 85-86, par. 36.

7. *Affaire du plateau continental Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne*. Recueil, 1982, p. 60, par. 71.

8. Esto se debe al hecho de que la regla de derecho no puede prever todo. Es particularmente cierto en las relaciones internacionales donde

a un renacimiento de la equidad, que es evocada asiduamente tanto en derecho interno como en derecho internacional⁹ y, sobre todo, en el ámbito del derecho internacional económico. Por ejemplo, la *Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional*¹⁰ declara en su preámbulo:

«Nosotros, los Miembros de las Naciones Unidas... proclamamos solemnemente nuestra determinación común de trabajar con urgencia por el establecimiento de un nuevo orden económico intrnacional basado en la equidad...».

Esta es igualmente mencionada en el *Programa de Acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional* que, refiriéndose a los precios de las materias primas y de los productos manufacturados, habla de «relación justa y equitativa»¹¹. En cuanto a la *Carta de derechos y deberes económicos de los Estados*¹², hay que resaltar que hace alusión repetidas veces a la equidad en su preámbulo así como en los artículos 10, 14, 26, 28, 29, etc. Desde esta óptica, hay que mencionar igualmente el artículo 140, par. 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar¹³ de 10 de diciembre

las situaciones son cada vez más complejas. Hay que decir que incluso allí donde la regla de derecho no es impugnada, es necesario adaptarla o matizarla con ciertas consideraciones equitativas para que sea aplicada al caso particular; de ahí, la máxima inglesa, «Equity follows the law».

9. Cf. BARDONNET, Daniel. «Équité et frontières terrestres». *Mélanges offerts à Paul Reuter*. Paris, Pédone, 1981, pp. 35-74, sobre todo pp. 36-38; CHEMILLER-GENDRAU, M. «La signification des principes équitables dans le droit international contemporain». *Revue belge de droit international*, 1982, pp. 508-535, sobre todo pp. 508-511.

10. Resolución 3201 (VI) de 1 de mayo de 1974.

11. Resolución 3202 (VI) de 1 de mayo de 1974, sección 1, letra d.

12. Resolución 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974.

13. Para el texto de la Convención, Cf. doc. A/CONF. 62/122 de 7 de octubre de 1982. Otras disposiciones de esta convención se refieren explícitamente a la equidad, como el artículo 59 relativo a la solución de conflictos en la zona económica exclusiva y el artículo 83 párrafo 1 referente a la delimitación de la plataforma continental entre Estados.

No hay que olvidar que la noción de equidad se encuentra también en el concepto de «Estado en situación geográfica desventajosa» de los artículos 70, 148 y 254 párrafo 4, por ejemplo.

Para un estudio completo de la utilización equitativa de los recursos naturales, Cf. GÜNTHER, Handl. «The principle of 'Equitable Use' as applied to Internationally Shared Natural Resources: its Role in Resolving Potential International Disputes over Transfrontier Pollution», *Revue belge de droit international*, 1978, p. 40.

de 1982 que, hablando de los principios que rigen las actividades de la zona, expresa la regla de «la distribución quitativa de los beneficios financieros».

Hay que resaltar, a este respecto, que la jurisprudencia internacional ha hecho un amplio uso de la noción de equidad en el ámbito de las nacionalizaciones. Baste recordar la sentencia Taxaco Calasiatic del 16 de enero de 1977 y a la sentencia *Liamco* del 12 de abril de 1977^{13 bis}.

En el ámbito de la sucesión de Estados, sobre todo en lo referente a los bienes muebles, la Comisión de Derecho Internacional ha tomado ampliamente en consideración la equidad, precisando que ésta se inserta en el cuadro de una regla jurídica, teniendo un significado variable^{13 ter}.

Se constata así la gran importancia de la equidad o de los principios equitativos¹⁴ en los grandes sectores del derecho in-

13 bis. Sobre Taxaco/Calasiatic c/Gouvernement libyen, véase la sentencia del árbitro René Jean Dupuy, in. *Journal du droit international*, 1977, pp. 350-389. Sobre la sentencia Liamco, véase: RAMBAUD, Patrick. «Un arbitrage pétrolier: la sentence Liamco», *Annuaire français de droit international*, 1980, pp. 274-292.

Para un estudio del papel de la equidad en el cálculo de la indemnización en caso de nacionalización, Cf. BOYE, Abd-El-Kader. «Problèmes actuels posés par l'indemnité de nationalisation». *Annuaire du Tiers Monde*, 1975, pp. 30-40; DÍAZ ALBONICO, R. «La place de l'équité et de l'enrichissement sans cause dans le calcul de l'indemnité en cas de nationalisation». *Revue égyptienne de droit international*, 1973, pp. 175-210.

En este ámbito de las nacionalizaciones la equidad ha recibido un impulso considerable con la teoría del Gobierno de Allende referente a los beneficios excesivos, teoría que implica en realidad un reparto equitativo y retroactivo de los beneficios de la explotación. Para un análisis de esta teoría, Cf. Meriali, Claude. «Les bénéfices excessifs, une pratique limitée et controversée». *Annuaire français de droit international*, 1978, pp. 678-210. Hay que resaltar que la teoría de beneficios excesivos no data del Gobierno de Allende, sino que fue inventada por el Gobierno de Estados Unidos de América en litigio con ciertas empresas privadas. Cf. BERMEJO, Romualdo. *Vers un nouvel ordre économique international. Etude centée sur les aspects juridiques*. Fribourg, Eds. Universitaires, 1982, pp. 261-262.

13 ter. Cf. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 31 session. 1979 (doc. A/33/10).

14. Para la noción de principios equitativos, Cf. CHEMILLIER-GENDRAU, M. «La signification des principes équitables dans le droit international contemporain», *op. cit.*, ROSENNES, S. «Equitable Principles and the Compulsory Jurisdiction of International Tribunals». *Festschrift für Rudolf Bindschedler*. Bern, Stämpfli, 1980, pp. 407-425.

Nuestro propósito no es el de presentar aquí una lista extensiva, pero para mostrar los diferentes sectores en los que se hace alusión a la equidad, se pueden mencionar los artículos 7 y 11 del *Pacto internacional de*

ternacional. Pero ¿por qué este renacimiento de la noción de equidad en el derecho internacional contemporáneo? La equidad, ¿puede constituir un pilar fundamental para arreglar el estado actual de las relaciones internacionales?

Bajo esta óptica de presente y futuro se sitúa este trabajo. La tarea es, por supuesto, difícil. Sin embargo, creemos que el tema merece ser analizado, ya que el orden jurídico internacional no permite la instauración de un cuadro institucional apto para resolver los problemas de la sociedad internacional.

1. LA EQUIDAD: NOCIÓN Y ORÍGENES

La noción de la equidad es vieja como el mundo, es decir, tan vieja como el pensamiento filosófico y moral¹⁵. Fue Aristóteles quien estableció la relación entre la equidad y el derecho. Según él, se puede muy bien establecer una interdependencia entre estos dos conceptos.

Sin embargo, fue el derecho romano el que constituyó el primer ejemplo de derecho en el que el formalismo jurídico se opone a la idea de equidad¹⁶. En derecho romano, el desarrollo de la equidad ha sido marcado por el establecimiento, al lado del derecho procesal regular, de un procedimiento formulario. La introducción de este procedimiento fue obra de la *lex Aebutia*¹⁷ (cuyo papel ha sido algunas veces exagerado y que es hoy día todavía objeto de discusiones) y de la *lex Julia*. Este

derechos económicos, sociales y culturales (R/2220 (XXI) del 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 3 de enero de 1976), que hablan de «condiciones de trabajo equitativas» y de «salario equitativo» el primero y de «asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades», el segundo.

15. Para un análisis de la equidad antes de la época griega y romana, Cf. SCHWARZENBERGER, Georg. «Equity in International Law». *The Yearbook of World Affairs*, V-26, 1973, pp. 346-348.

16. DEGAN, V. D. *L'équité et le droit international*. La Haye, Nijthoff, 1970, pp. 1-3; STRUPP, Karl. «Le droit du juge international de statuer selon l'équité». *RCADI*, 1930-III, pp. 450-462.

17. ARIAS RAMOS, J., y ARIAS BONET, S. A. *Derecho romano*, V-I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Romano, 1981, pp. 32-33; FUENTESECA, Pablo. *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pp. 59-76; IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. Instituciones de derecho privado. Barcelona, Ariel, 6.ª ed., 1972, pp. 91-93; MONIER, Raymond. *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris, Montchrestien, 1947, T-I, p. 154, n.º 114 et p. 182, n.º 141.

derecho pretoriano estaba destinado a combatir los excesos de formalismo jurídico y permitía al pretor crear derecho nuevo que completara el derecho civil adoptándolo a las nuevas condiciones económicas y sociales¹⁸. Así cuando el *ius strictum* se oponía al *ius aequum*, el juez debía acordar la preferencia a este último¹⁹.

La equidad ha tenido en el derecho inglés una función comparable a la del derecho romano. En casos excepcionales, el Rey mismo podía ser apelado como juez extraordinario por la parte perjudicada; en este caso, el Rey podía resolver el litigio según su conciencia y la equidad. Sin embargo, a partir del siglo XIV, el Rey delegó este poder a un miembro de su Consejo, el Canciller, que aplicaba su propio procedimiento.

Había así dos procedimientos: el de la *common law* (sistema de derecho común) y el de la *equity* (equidad). En caso de conflicto entre las reglas de estos dos sistemas, era el sistema del *equity* el que prevalecía en tanto que *lex specialis*²⁰. Los *Judicatures Acts* de 1873-1875 suprimieron esta dualidad de jurisdicciones²¹.

La equidad, tal como era aplicada por estas jurisdicciones, sufrió profundas modificaciones en el transcurso de su evolución. Aplicada al principio de una forma amplia, *la equidad* se tornó, hacia el siglo XVI, más precisa: apareció entonces, por una parte, como un medio de suplir al derecho y, por otra parte, como un instrumento que permitía colmar las lagunas de la *common law*. Así terminó por venir a constituir, gracias al sistema de los precedentes, un cuerpo de reglas paralelo a la *common law*, sin tener ya como único objetivo el de corregir o colmar las lagunas de este sistema común, habiendo conseguido la forma de derecho positivo y aplicándose como tal.

18. DELBEZ, Louis. *Les principes généraux du contentieux international*. Paris, LGDJ, 1962, p. 93; HERRERO DE LA FUENTE, Alberto. *La equidad y los principios generales en el derecho de gentes*. Universidad de Valladolid, Cuadernos de la Cátedra J. B. Scott, 1973, pp. 29-30.

19. KASER, M. *Das römische Privatrecht*. München, 1955, pp. 172 y ss.

20. DEGAN, V. *L'équité et le droit international*, op. cit., p. 10; SORENSEN, Max. *Les sources du droit international*. Copenhagen, Einar Murksgaard, 1946, p. 196.

21. DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris, Dalloz, 7^e éd., 1978, pp. 335-342; del mismo autor véase *Le droit anglais*. Paris. Que sais-je? 1965, n.º 1162, pp. 10-18; KIRK, Patrick R. E. *Initiation au droit anglais*. Bruxelles, Ferk Larcier, 1964, pp. 44-63.

Todo esto demuestra que se encuentra en la equidad inglesa las mismas características que en la equidad del pretor romano²².

La equidad tuvo también una influencia sobre los sistemas continentales, pero evolucionó de forma diferente en los dos sistemas jurídicos, a causa de la codificación²³. En efecto, ciertos códigos, sobre todo a partir del de Napoleón (1804), no se basaban sobre la práctica judicial anterior, como el código de Justiniano, ni incluso sobre la costumbre nacional²⁴.

En los sistemas jurídicos continentales, el juez tiene como misión principal aplicar al caso concreto la regla general prescrita por el legislador. Sin embargo, el juez no puede negarse a tomar una decisión con el pretexto de que no hay regla aplicable a un caso determinado. Es desde esta óptica como el artículo 4 del código civil francés obliga al juez a pronunciarse, incluso en caso de «silencio, de obscuridad o de insuficiencia de la ley»²⁵, sin prever sin embargo la equidad como medio de colmar las lagunas del derecho.

El código civil austriaco de 1811 (artículo 7), es, a este respecto, más completo, aunque no prevea explícitamente la equidad²⁶.

El código civil español no menciona a la equidad como medio de colmar las lagunas del derecho. Sin embargo, la equidad tiene un papel importante. A este respecto, el artículo 3, inciso 2 reza así:

22. MOUSKHELI, Michel. «L'équité en droit international moderne». *RGDIP*; 1933-I, pp. 354-355.

23. HERRERO DE LA FUENTE, A. *La equidad y los principios generales en el derecho de gentes*, op. cit., p. 33. Para un estudio del papel de la equidad en los sistemas jurídicos continentales antes de Napoleón, Cf. BOYER, G. «La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements». *Mélanges offerts à Jacques Maury*. T-II, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, pp. 257-282.

24. DEGAN, V. *L'équité et le droit international*, op. cit., p. 11.

25. «Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».

26. «(Analogie; Natürliche Rechtsgrundsätze) Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinn eines Gesetzes entscheiden. so muss auf ähnlich, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden».

«La equidad habrá de ponderarse en aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita»²⁷.

El Código civil suizo adopta, por su parte, en su artículo primero²⁸ una solución bastante diferente que, aunque no prevea expresamente la equidad como medio de colmar las lagunas, deja sin embargo ciertas ventanas abiertas al juez. Así éste, estatuyendo según las reglas que él establecería si fuera legislador, ejerce *de facto* su sentimiento de lo justo y de lo injusto, es decir, aplica la equidad.

Hemos visto pues que la equidad tiene un papel diferente en el derecho inglés que en los sistemas jurídicos continentales.

1.1. *La equidad y el derecho internacional*

Todo estudio de la equidad conlleva una perspectiva histórica de la formación del derecho. Es en el transcurso de los años cuando las reglas del derecho internacional positivo, durante mucho tiempo consideradas satisfactorias, descubren su inadaptación a la realidad y a las nuevas necesidades. En estas circunstancias, la aplicación equitativa del derecho, que es la que asegura la plena realización por su exacta adaptación al caso concreto, implica la presencia de elementos individualizadores constitutivos de la equidad²⁹. Esta individualización puede ser impuesta por un medio físico particular, por un medio ambiente especial que requiera una adaptación del derecho in-

27. Según el artículo 1154, «El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

De una forma similar se expresan los artículos 565, 1135 y 1854 del código civil francés así como el artículo 1226 del código civil italiano que no prevé tampoco la equidad como medio de colmar las lagunas del derecho.

28. «1. La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

2. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et à défaut d'une coutume selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire l'acte de législateur.

29. DE VISSCHER, Ch. *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, op. cit., pp. IV-V.

ternacional a las condiciones locales³⁰ o simplemente por consideraciones de finalidad o función³¹.

Desde esta óptica, se ha definido la equidad como el sentimiento de lo que exige la justicia en el caso concreto, teniendo en cuenta todos los elementos específicos y haciendo abstracción de las exigencias puramente técnicas del derecho positivo³².

La equidad permite así descartar todo lo que, su pretexto de aplicación automática y ciega del derecho estricto, sería sin razón, desproporción o extravagancia. Ella contiene pues la idea de balanza y de equilibrio y, a este propósito, se habla precisamente de balanza de los derechos y de las obligaciones de las partes en litigio, de balanza de los hechos y de los intereses o de equilibrio imparcial y racional de los intereses. Modelo standard de racionalidad, la equidad es ponderación y moderación³³. Hay que subrayar que la aplicación de la equidad no perjudica a la generalidad de la regla; ofrece, sin embargo, una versión complementaria, que se tiene por justa en la medida en que satisfaga la necesidad social de adaptar el derecho al caso concreto.

Esta flexibilidad de la equidad a ceñir lo más posible sus intervenciones a la conformidad del derecho. Hay que tener, además de un conocimiento exacto del derecho positivo, una aptitud para discernir las particularidades del caso específico que tanto piden suplir la regla de derecho como atenerse a

30. *Affaire des Pêcheries*. CIJ, del 18 de diciembre de 1951.

31. Avis consultatif de la CIJ relatif aux effets des jugements du Tribunal administratif des Nations Unies del 13 de julio de 1954.

32. *Dictionnaire de la terminologie du droit international*. Préface de Jules Basdevant. Paris, Sirey, 1960, véase équité; igualmente, ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. T-I. Introduction et sources. Paris, Sirey, 1970, n.º 274, p. 399.

André LALANDE la define así: «Sentiment sûr et spontané du juste et de l'injuste; en tant surtout qu'il se manifeste dans l'appréciation d'un cas concret et particulier». LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de philosophie*. Paris, Librairie Felix Alcan, 4.ª ed., 1938.

33. BARDONNET, D. «Équité et frontières terrestres», *op. cit.*, pp. 41-42; igualmente, LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Barcelona, Bosch, 5.ª ed., 1979, p. 354.

Como dice CASTÁN TOBEÑAS, J., la «equidad es el criterio de determinación y de valoración del derecho, que busca la adecuación de las normas y de la justicia en forma tal que permita dar a los casos concretos de la vida con sentido flexible y humano (no rígido y formalista) el tratamiento más conforme a su naturaleza y circunstancias». *La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas afines*. Discurso leído el 15 de septiembre de 1950, Madrid, Reus, 1950, p. 51.

ella para poder satisfacer a la justicia³⁴. La equidad es pues una forma superior y refinada de la justicia que se opone al derecho aunque permaneciendo inherente en él³⁵. Permite así asegurar una cierta humanización de la regla jurídica³⁶.

Se ha repetido demasiadas veces que la equidad no es otra cosa que la *igualdad* (equality is equity). Sin embargo, si es cierto que la equidad contiene algunos elementos de la igualdad, hay que evitar identificar las dos nociones³⁷.

En este mismo orden de ideas, hay que distinguir la equidad de la cláusula de *amigable composición* que permite al juez dar al litigio una solución transaccional inspirada en consideraciones extrajurídicas (por ejemplo, de orden político o económico, de oportunidad, etc.). El amigable componedor no aplica el derecho, incluso un derecho humanizado, como el juez que aplica la equidad, sino que crea un derecho nuevo. En realidad, la función que él cumple no es correctora, sino auténticamente creadora. El amigable componedor se erige así en legislador³⁸.

Desde el punto de vista terminológico, hay que observar que una cierta confusión reina en la doctrina en lo que concierne a las relaciones entre la equidad y la expresión *ex aequo et bo-*

34. DE VISSCHER, Ch. *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, *op. cit.*, p. VI.

35. DELBEZ, Louis. *Les principes généraux du droit international public*. Paris, LGDJ, 3.º éd., 1964, p. 481.

A este respecto, un elemento de flexibilidad, hay que abstenerse, sin embargo, de asimilar la equidad al subjetivismo, como parece hacerlo el profesor HERRERO DE LA FUENTE, A. «Los principios (se refiere a los principios generales del derecho) tienen un carácter objetivo mientras que la equidad es el producto de una concepción subjetiva: la convicción jurídica del juez». *La equidad y los principios generales en el derecho de gentes*, *op. cit.*, pp. 18-19. El juez no tiene, en realidad, una libertad sin límites, Cf. BARDONNET, D. «Équité et frontières Terrestres», *op. cit.*, pp. 41-42.

36. DE VISSCHER, Paul. «Cours général de droit international public». *RCADI*, 1972-II, p. 178.

37. Sobre esta cuestión, Cf. DE VISSCHER, Ch. *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, *op. cit.*, p. VII y pp. 7-8. Véase también, *Affaire du plateau continental de la mer du Nord*, *op. cit.*, pp. 49-50, par. 91.

38. DELBEZ, L. *Les principes généraux de droit international public*, *op. cit.*, p. 481.

Sobre el amigable componedor, Cf. LOQUIN, E. *L'amiable composition en droit comparé*. Contribution a l'étude du non-droit dans l'arbitrage international. Thèse, Dijon, 1978.

no del artículo 38, párrafo 2 del Estatuto del TIJ. A este respecto, Hersch Lauterpacht declara:

«*ex aequo et bono*... tiene muy poco por no decir nada de común con la equidad concebida como una modificación jurídicamente reconocida, aportada a la ley por razones de moralidad y de justicia.

Un arreglo *ex aequo et bono* es un arreglo legislativo, que se aparta conscientemente de la ley vigente. No es una fuente del derecho vigente, es la base del derecho futuro»³⁹.

Por su parte, Charles de Visscher se expresa de la manera siguiente: «La cláusula *ex aequo et bono* da apertura a una vía de arreglo muy diferente de la aplicación equitativa de la regla jurídica. La equidad figura no como elemento de interpretación, sino como una base independiente de decisión. Puede ir, con el acuerdo de las partes al que está expresamente subordinada, hasta hacer abstracción del derecho internacional asignando a los intereses que están en tela de juicio un equilibrio nuevo. Esto a condición de no infringir las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*)...»⁴⁰.

Para Lous Delbez, sin embargo, las expresiones «principios generales del derecho y de justicia», «equidad» y *ex aequo et bono* deben ser considerados como sinónimos⁴¹.

39. LAUTERPACHT, Hersch. «Règles générales du droit de la paix». *RCADI*, 1973-IV, p. 182.

40. DE VISSCHER, Ch. *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, *op. cit.*, pp. 21-22. Este autor hace un excelente estudio y jurisprudencial de la aplicación equitativa de ciertas reglas jurídicas.

41. DELBEZ, L. *Les principes généraux de droit international public*, *op. cit.*, p. 481. Véase también; CAVARE, Louis. *Droit international public positif*. Paris, Pédone, 3.^a éd., 1967. T-I, p. 250.

Para un comentario de estas discusiones, véase: BERLIA, Georges. *Essai sur la portée de la clause de jugement en équité en droit des gens*. Thèse et Droit, Paris, Sirey, 1937, pp. 13-17, para quien las dos cláusulas tienen el mismo significado; idem, DELBEZ, L. *Les principes généraux du contentieux international*, *op. cit.*, pp. 94-95; DEGAN, V. *L'équité et le droit international*, *op. cit.*, pp. 17-19, donde cita otros autores como Manley Hudson y Bin Cheng, para quienes los dos términos no son sinónimos. De la misma opinión es, HERRERO DE LA FUENTE, A. *La equidad y los principios generales en el derecho de gentes*, *op. cit.*, p. 14. El proyecto del Comité de juristas de La Haya, encargado de elaborar el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI), no contenía la expresión *ex aequo et bono*. Fue la primera asamblea de la Sociedad de Naciones quien

Sin embargo, a pesar de todas estas discusiones de la doctrina, esta distinción no ha tenido un gran interés práctico, ya que el TIJ no ha estatuido *ex aequo et bono* en ningún asunto. Esto se debe a que el Estatuto del TIJ sólo confiere excepcionalmente a éste la posibilidad de estatuir *ex aequo et bono*: primero, las Partes tienen que aceptar este procedimiento y, segundo, el Tribunal tiene que haber decidido aplicarlo⁴². El

la introdujo en el Estatuto a causa de una enmienda de FROMAGEOT, modificada por POLITIS.

Bajo esta óptica, hay que resaltar que el artículo 38, inciso 1 del Estatuto del TIJ introdujo en 1945, la expresión «conforme al derecho internacional». La inserción de esta expresión, ¿modifica el poder del Tribunal de estatuir en equidad? Por supuesto que no, ya que el TIJ, sólo puede encontrar en la nueva redacción del artículo 38, un estímulo para declinar su competencia cuando las Partes quieren confiarle una función más política que jurídica.

42. Hay que subrayar, a este respecto, el Acuerdo de alto el fuego concluido el 30 de junio de 1965 que ponía fin al conflicto indopakistanés. Este Acuerdo preveía, en su artículo 3, la constitución de un Tribunal arbitral, pero sin precisar sobre qué base sería delimitada la frontera.

Desde las primeras reuniones del Tribunal, las Partes se opusieron sobre la cuestión siguiente: el Tribunal, ¿está investido del poder de estatuir *ex aequo et bono*? La India sostenía que el Acuerdo del 30 de junio de 1965 no reconocía al Tribunal un tal poder. Paquistán solicitaba, sin embargo, una solución *ex aequo et bono* autorizando al Tribunal a apartarse de los límites del derecho.

El Tribunal liquidó la cuestión por medio de una decisión unánime del 23 de febrero de 1966, por la que rechazó la tesis paquistaní distinguiendo del arreglo *ex aequo et bono*, el recurso a la equidad en el sentido anglosajón del término. El Tribunal declaró:

«As both Parties have pointed out, equity forms part of International Law; therefore, the Parties are free to present and to develop their cases with reliance on principles of equity. An international Tribunal will have the wider power to adjudicate a case *ex aequo et bono*, and thus to go outside the bounds of law, only if such power has been conferred on it by mutual agreement between the Parties. The Tribunal cannot find that the Agreement of 30 June 1965 does authorize it clearly and beyond doubt to adjudicate *ex aequo et bono*. Therefore, and as the Parties have not by any subsequent agreement consented to confer the power upon the Tribunal to adjudicate *ex aequo et bono*, the Tribunal resolves that it has no such power». La sentencia ha sido publicada por el Gobierno de la India: «The Indo-Pakistan Boundary Case Tribunal (Constituted pursuant to the Agreement of 30 June 1965) Award 19 february 1968». Para ciertos extractos, Cf. *International Legal Materials*, mayo 1968.

Sobre esta sentencia, véase igualmente, SALMON, Jean. «La sentence du 19 février 1968 du Tribunal d'arbitrage dans l'affaire de la frontière occidentale entre l'Inde et le Pakistan (affaire du Rann de Kutch)». *Annuaire français de droit international*, 1968, pp. 219-236.

artículo 38, inciso 2 del Estatuto del TIJ es, pues, menos amplio que el artículo 7 de la XII.^a Convención, no ratificada, sobre un Tribunal Internacional de Presas, que autorizaba los jueces a estatuir, a falta de estipulaciones contractuales, «según los principios generales de la justicia y de la equidad»⁴³.

La doctrina ha confundido frecuentemente la equidad con los principios generales del derecho —fuente particular de derecho internacional—. Según Hersch Lauterpacht, la equidad ya que forma parte de algunos sistemas jurídicos internos (especialmente del derecho inglés y del derecho americano), es un principio general del derecho que constituye una fuente normal del derecho internacional⁴⁴. Esta confusión ha sido defendida por Alemania en el asunto de la *plataforma continental del mar del Norte*, donde invoca la equidad como principio general del derecho⁴⁵.

43. El artículo 7 de la Convención transcrita rezaba así:

«Si la question de droit à résoudre est prévue par une Convention en vigueur entre le belligérant capteur et la Puissance qui est elle-même partie au litige ou dont le ressortissant est partie au litige, la Cour se conforme aux stipulations de ladite convention.

A défaut de telles stipulations, la Cour applique les règles du droit international. Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après les principes généraux de la justice et de l'équité».

En cambio, el Estatuto del TIJ (artículo 38, párrafo 2) se expresa de la manera siguiente: «La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren. Para un comentario de este artículo, Cf. GUGGENHEIM, Paul. «Contribution à l'histoire des sources du droit des gens». *RCADI*, 1958-II, pp. 75-79.

44. LAUTERPACHT, H. «Règles générales du droit de la paix», *op. cit.*, p. 183; otros autores llegan a la misma conclusión, por otros caminos, por ejemplo, KOPELMANAS, Lazare. «Quelques réflexions au sujet de l'article 38,3 de Statut de la Cour Permanente de justice internationale». *RGDIP*, 1936, pp. 285-309, para quien los principios generales del derecho sólo son normas de derecho internacional positivo una vez que han sido aplicados por el juez.

45. La República Federal de Alemania hacía resaltar, «qu'en revendiquant une part juste et équitable, elle n'invitait nullement la Cour à statuer *ex aequo et bono*, ce qui, vu l'article 38, paragraphe des Parties; elle considère en effet que le principe de la part juste et équitable est l'un des principes généraux de droit reconnus qu'en vertu du paragraphe 1c) du même article de son Statut, la Cour est habilitée à appliquer au titre de la justice distributive, partie intégrante de tous les systèmes juridiques». *Recueil de la CIJ*. 1969, p. 21. A este resueto, Cf. GRISEL, Etienne. «The Lateral Boundaries of the Continental Shelf and Judgment of the International Court of Justice in the North Sea Continental Shelf Cases». *AJIL*,

Para Charles Rousseau, una tal confusión entre los principios generales del derecho y la equidad es inaceptable. Según este autor, desde el momento en que el juez está llamado a colmar una laguna del derecho positivo o a no aplicar este último, la equidad no puede ser asimilada a los principios generales del derecho que son un elemento constitutivo del derecho⁴⁶. Georges Bennar y Jacques Dehaussy son de la misma opinión. Estiman que esta confusión no es solamente contraria a la letra del artículo 38 del Estatuto del TIJ, sino también a su espíritu si se analizan los trabajos preparatorios que han precedido la redacción de este artículo⁴⁷.

¿Cómo explicar la confusión existente entre la equidad y los principios generales del derecho? Para Degan, un primer factor de confusión puede venir por el hecho de que algunas convenciones internacionales sobre el arreglo de diferencias han hecho uso de estas dos nociones, como si fueran similares⁴⁸.

En la práctica convencional moderna, se ha hecho referencia a diferentes tipos de cláusulas: por ejemplo, se han utilizado los términos «el derecho y la equidad» o «el derecho o la equidad», «*ex aequo et bono*», «*according to justice*», «*in accordance with public right*», «*justice and equity*» etc.⁴⁹. ¿Todos estos términos, tienen el mismo sentido? Herrero de la Fuente responde negativamente⁵⁰, pero es difícil encontrar un acuerdo unánime en la doctrina⁵¹.

1970, pp. 526-593; FRIEDMANN, Wolfgang. «The North Sea Continental Shelf Cases. A. Critique». *AJIL*, 1970, pp. 229-240, sobre todo p. 234; MAREK, Krystyna. «Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord». *Revue belge de droit international*, 1970, p. 67.

46. ROUSSEAU, Ch. *Droit international public*. T-I, Introduction et sources, *op. cit.*, p. 375.

47. BENNAR, Georges, et DEHAUSSY, Jacques. «La coutume» (ses rapports avec la jurisprudence, les principes généraux, l'équité, la doctrine). *Juris-classeur*, fascicule 13 B, n.º 86.

48. DEGAN, V. *L'équité et le droit international*, *op. cit.*, p. 16.

49. BASTID, Suzanne. «L'arbitrage international». *Juris-classeur*, fascicule 248, n.ºs 55-56; DE VISSCHER, Ch. *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, *op. cit.*, pp. 17-21; JOHN, Louis B. «The Function of International Arbitration Today». *RCADI*, 1963-I, pp. 43-44.

50. HERRERO DE LA FUENTE, A. *La equidad y los principios generales en el derecho de gentes*, *op. cit.*, p. 44.

51. Como dice *De Visscher*, «d'une façon générale on peut dire que les sentences arbitrales anciennes ont envisagé l'équité et la justice comme le fondement du droit des gens, alors que les sentences plus récentes les

Otra fuente importante de confusión hay que buscarla en la doctrina positivista que reinaba en la época en que la mayoría de los convenios sobre el arreglo pacífico de diferencias han sido firmados.

Sin embargo y, a pesar de esta confusión, autores como Berlia, Degan, De Visscher, Habich, Herrero de la Fuente, Sorensen y Verdross⁵² insisten sobre el hecho de que los principios generales del derecho forman parte integrante del derecho internacional y que, como fuente de este derecho, tienen un valor jurídico igual al de los tratados y al de la costumbre, mientras que la equidad no tiene su origen en el derecho, ni interno ni internacional: su papel es el de *iuris corrigendi gratia*. Los principios generales del derecho y la equidad son pues, tanto por su origen como por su naturaleza, categorías bien distintas.

Si estas consideraciones son válidas para los internaciona- listas continentales, lo son menos para los internacionalistas anglosajones que piensan que las máximas de la equidad son susceptibles de ser asimiladas a los principios generales del derecho previstos por el artículo 38 del Estado del TIJ⁵³. Según Max Sorensen, así es como deben ser interpretadas las motivaciones del juez Hudson en el asunto de las *tomas de agua del río Mosa*, cuando considera la equidad no como modelos éticos o razonables que pueden aplicarse a cualquier situación jurídica, sino como una norma de un contenido bien determinado⁵⁴.

En efecto, al contrario que la equidad, la *equity* recubre un sistema coherente de reglas jurídicas de derecho interno para-

ont progressivement considérées comme une modalité libérale de la règle de droit positif». DE VISSCHER, Ch. *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, op. cit., p. 18.

52. BERLIA, G. *Essai sur la portée de la clause de jugement en équité en droit international*, op. cit., pp. 73-74; DEGAN, V. *L'équité et le droit international*, op. cit., p. 17; DE VISSCHER, Ch. *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, op. cit., pp. 6-7; HABICH, Max. «Le pouvoir du juge international de statuer *ex aequo et bono*». *RCADI*, 1934-III, p. 300; HERRERO DE LA FUENTE, A. *La equidad y los principios generales en el derecho de gentes*, op. cit., pp. 17-20; SORENSEN, M. «Principes du droit international public», op. cit., p. 5; VERDROSS, Alfred. «Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux». *RGDIP*, 1938, p. 48.

53. SORENSEN, M. *Les sources du droit international*, op. cit., p. 196.

54. *Ibid.*, pp. 196-197. Para un estudio más pormenorizado, véase la opinión individual de M. HUDSON, en *Affaire des Prises d'eau a la Meuse*. CPJI, Séries A/B, n.º 70, pp. 73-80, y sobre todo pp. 76-77.

lelo a las reglas de la *common law*. Las reglas de la *equity* tienen una existencia autónoma⁵⁵; los dos sistemas son pues complementarios el uno del otro. Así es lógico que ciertas reglas de la equidad constituyan principios generales del derecho y, por esta razón, e independientemente de todo sentimiento subjetivo de lo justo o de lo injusto, que sean utilizadas como tales, por el derecho internacional⁵⁶. En realidad, el interés mayor de la decisión del Tribunal arbitral indo-paquistanés⁵⁷ es el de haber constatado que, para la India y el Paquistán, el *equity* está incorporado al derecho internacional.

Pero si la equidad en general no puede ser identificada a la *equity* en el sentido del derecho inglés, que es más técnico, las dos nociones tienen un fondo común ya que desempeñan la misma función reguladora y correctora de la regla jurídica; las dos nociones tienen también en común los mismos principios fundamentales de buena fe y de sana razón⁵⁸.

1.2. *Funciones de la equidad*

Al analizar este problema, hay que plantearse las cuestiones siguientes: ¿Cómo puede tenerse en cuenta la equidad en derecho internacional? El juez, ¿puede atenuar el rigor de la regla jurídica? ¿Puede ignorar la regla si él la considera injusta? En caso de laguna, ¿puede colmarla estableciendo él mismo una nueva regla según su propio sentimiento de equidad?

55. Uno de los principios de la *equity* que ha sido más utilizado por los Tribunales internacionales es el del *estoppel*. A este respecto, Cf. MARTIN, Antoine. *L'estoppel en droit international public*. Préface de Michel Virally. Paris, Pédone, 1979, 384 p.; igualmente, PECOURT GARCÍA, Enrique. «El principio del estoppel en derecho internacional público». *Revista española de derecho internacional*, 1963, pp. 153-168.

56. PIROTTE, Oliver. «La notion d'équité dans la jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice». *RGDIP*, 1973, pp. 133-134.

57. Cf. *supra*, p. 12, nota 42.

58. «Il faut assurément se garder d'identifier l'équité entendue au sens général qu'elle revêt en droit international avec l'*equity*, notion plus technique, issue historiquement du système anglosaxon. Mais il faut également éviter de les opposer radicalement l'une à l'autre au point de leur refuser tout fonds commun. Non seulement l'équité, tout comme l'*equity* du droit anglais occupe dans le développement historique du droit un rôle général de régulateur et correcteur de la règle de droit, mais d'importants principes de bonne foi et de saine raison leur sont communs ou ne diffèrent que par des aspects simplement techniques». DE VISSCHER, Ch. *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, *op. cit.*, p. 11.

Se ha considerado en general que la equidad tiene tres funciones principales: correctora, supletoria y eliminadora. La equidad podría pues, sea atenuar la rigidez de la regla jurídica, sea completarla, sea ir en contra de la regla jurídica. En el primer caso se manifiesta *infra legem*, en el segundo *praeter legem* y en el tercero *contra legem*⁵⁹.

Referente a la equidad *infra legem*, se puede decir que su característica principal reside en el hecho de que está comprendida en una aplicación normal del derecho positivo, siendo su finalidad la de atenuar las consecuencias, frecuentemente demasiado rigurosas del *summum ius*⁶⁰. En este caso, los jueces no tienen necesidad de una autorización expresa de las partes⁶¹. La equidad opera así la adaptación de la regla jurídica a las circunstancias particulares del caso concreto a fin de armonizar los intereses en presencia. La sentencia sigue permaneciendo conforme al derecho; es simplemente acondicionada⁶².

59. DEGAN, V. *L'équité et le droit international*, op. cit., p. 25; FAVRE, Antoine. *Principes du droit des gens*. Fribourg, Eds. Universitaires, 1974, pp. 292-294; HERRERO DE LA FUENTE, A. *La equidad y los principios generales en el derecho de gentes*, op. cit., p. 48; MOUSKHELI, M. «L'équité en droit international moderne», op. cit., pp. 372-373; ROUSSEAU, Ch. *Droit international public*. T-I, Introduction et sources, op. cit., pp. 405-412. Para Louis Delbez, una tal distinción no es convincente. Según este autor, «comment corriger sans compléter et comment compléter sans corriger? Par ailleurs, la troisième fonction m'a toujours l'air d'être une fausse fenêtre pour la symétrie. On serait bien embarrassé d'en trouver une seule application qui ne soit pas discutable». DELBEZ, L. *Les principes généraux du contentieux international*, op. cit., p. 96; de la misma opinión es, DE VISSCHER, Ch., para quien «cette classification doctrinale n'a pas contribué à élucider la matière et n'a pas passé dans la pratique. Par sa rigidité abstraite, elle convient mal à cette opération toute en nuances et en finesse que comporte l'adaptation concrète de la règle de droit aux particularités de l'espèce. De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public, op. cit., p. 12.

60. ROUSSEAU, Ch. *Droit international public*. T-I, Introduction et sources, op. cit., p. 405. Esta opinión es también compartida por Charles de Visscher, quien afirma:

«pour le juge qui dicte une sentence, bien qu'elle soit entièrement fondée sur les règles de droit positif, se voit souvent poussé à adapter ces règles, c'est-à-dire à donner une *décision équitable*». DE VISSCHER, Charles. «Cours général de principes de droit international public». *RCADI*, 1954-II, p. 540.

61. DEGAN, V. *L'équité et le droit international*, op. cit., p. 26; FAVRE A. *Principes de droit des gens*, op. cit., p. 292; HERRERO DE LA FUENTE, A. *La equidad y los principios generales en el derecho de gentes*, op. cit., p. 50.

62. Este es el papel esencial de la equidad y es bajo este aspecto que

Así es cómo el TIJ ha invocado la equidad para evaluar bien el perjuicio causado por Albania a Gran Bretaña en el *asunto del estrecho de Corfú*⁶³.

En el asunto de la *Barcelona Traction*, sin embargo, el TIJ, aunque fue muy demandada para tener en cuenta ciertos principios equitativos impuestos por la evolución social, rehusó tomarlos en consideración. La opinión opuesta fue defendida por el juez Sir Gerald Fitzmaurice quien, en su opinión individual, subrayó la influencia de una evolución histórica sobre el desarrollo de la equidad, concebida, según la tradición inglesa, como un principio de moderación y de humanización de la regla jurídica⁶⁴.

Otros autores, confieren a la equidad *infra legem* un alcance más amplio, como Michel Mouskhéli, para quien la equidad conserva un ámbito de acción considerable. «Si la equidad no puede ir en contra de las reglas positivas del derecho internacional, al menos servirá, sea para precisar el sentido cuando es dudoso, sea para interpretarlas»⁶⁵.

La equidad *praeter legem* realiza su misión en el caso en que una regla jurídica no puede ser aplicada a un caso concreto, sea porque no existe, sea porque se revela insuficiente⁶⁶. La equidad *praeter legem* aparece, pues, como un medio de colmar las lagunas del derecho positivo. Así, la equidad puede constituir una norma subsidiaria del derecho internacional⁶⁷.

Si hasta aquí la doctrina es más o menos unánime (a excepción de los que critican esta triple división de las funciones de la equidad), tal no es el caso cuando se llega a la cuestión más importante que es saber si la autorización expresa de las partes es o no la condición *sine que non* para que el juez internacional pueda estatuir según la equidad *praeter legem*.

el *Institut de Droit International* la ha examinado en su resolución de Luxemburgo (Cf. *supra*, introducción).

63. *Affaire du détroit de Corfú*. CIJ. Recueil, 1949, p. 249.

64. Cf. *infra*, nota 81.

65. MOUSKHELI, M. «L'équité en droit international moderne», *op. cit.*, pp. 365-366; de la misma opinión es, BASTID, S. «L'arbitrage international», *op. cit.*, n.º 57, quien confiere al juez, en virtud de la equidad *infra legem*, la posibilidad de escoger entre diferentes interpretaciones posibles la que le parece la más apropiada; véase también, MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. «La equidad en las decisiones de los tribunales internacionales». *Anales de la Universidad de la Laguna*, 1969, p. 35.

66. DEGAN, V. *L'équité et le droit international*, *op. cit.*, p. 29.

67. FAVRE, A. *Principes du droit des gens*, *op. cit.*, p. 293; ROUSSEAU, Ch. *Droit international public*. T-I, Introduction et sources, *op. cit.*, p. 411.

La doctrina no nos permite dar una respuesta precisa a este respecto⁶⁸. Referente a la jurisprudencia, la CIJ se ha pronunciado, en un asunto bastante controvertido, de la manera siguiente:

«... la Cour n'est pas un organe législatif. Sa mission est d'appliquer le droit tel qu'elle le constate et non de le créer.

Si les parties à un différend désirent que la Cour statue *ex aequo et bono* et sont d'accord pour qu'elle le fasse, il leur est toujours loisible d'invoquer la faculté qu'en de telles circonstances le paragraphe 2 du même article 38 confère à la Cour de prononcer sa décision sur cette base, nonobstant les dispositions du paragraphe 1. En dehors de ce cas, le devoir de la Cour est clair.

On peut faire valoir que la Cour serait fondée à combler des lacunes en application d'un principe téléologique d'interprétation aux termes duquel il faudrait donner aux instruments leur effet maximum en vue d'assurer l'accomplissement de leurs objectifs fondamentaux. Il n'y a pas lieu de discuter dans le présent arrêt d'un principe dont la portée exacte est fortement sujette à controverse, car ce principe ne saurait évidemment s'appliquer en des circonstances où la Cour devrait sortir du domaine que l'on peut normalement considérer comme celui de l'interprétation pour entrer dans celui de la rectification ou de la révision. On ne saurait présumer qu'un droit existe simplement parce que son existence peut paraître souhaitable.

Autrement dit, la Cour ne saurait remédier à une lacune si cela doit l'amener à déborder le cadre normal d'une action judiciaire»⁶⁹.

Esta opinión del Tribunal no nos parece convincente. Pensamos, en cambio, que un análisis funcional de los poderes concedidos al juez por las partes o por el Estatuto del TIJ permite sostener la teoría según la cual el juez tiene «poderes

68. Para un estudio de las teorías referentes a este problema, Cf. DEGAN, V. *L'équité et le droit international*, op. cit., pp. 30-32; HERRERO DE LA FUENTE, A. *La equidad y los principios generales en el derecho de gentes*, op. cit., pp. 66 y ss.

69. *Affaire du Sud-ouest africain*. Recueil, 1966, p. 48.

implícitos» que resultan de la función misma que le ha sido atribuida y, a este respecto, el poder de colmar las lagunas puede y debe ser considerado como un poder judicial implícito. ¿Por qué no aplicar al juez, por analogía, el principio según el cual los derechos y deberes de una entidad deben depender de los fines y de las funciones de ésta? ⁷⁰.

Como ha dicho el juez Ammoun en su opinión individual, «n'est-on pas en droit de conclure, au terme de l'énumération des actes internationaux se référant à l'équité, que ces actes constituent des applications du principe général de droit qui autorise le recours à l'équité *praeter legem* pour une meilleure mise en oeuvre des principes et des règles de droit?» ⁷¹.

Referente a la equidad *contra legem*, la doctrina es unánime en reconocer que el poder que tiene el juez para descartar el derecho positivo requiere el acuerdo previo de las partes. Esta unanimidad está muy bien representada por Krystina Marek cuando dice: «Durante toda su existencia, el Tribunal nunca ha descartado el derecho positivo para aplicar la equidad como fuente autónoma e independiente, aunque se haya guiado algunas veces por consideraciones de equidad en la aplicación del derecho positivo» ⁷². Para Michel Mouskhéli, «una decisión basada en la equidad o inspirada en consideraciones extrañas al derecho, constituirá por consiguiente un exceso de poder» ⁷³.

La equidad, aunque permite al juez superar el derecho estricto, no le permite sin embargo, salirse del derecho. La equidad es una especie de derecho que puede desviarlo, pero no esclavizarlo ⁷⁴.

Para concluir con esta cuestión quisiéramos preguntarnos

70. A este respecto, Cf. DELBEZ, L. *Les principes généraux du droit international public*, *op. cit.*, pp. 480-481. Este autor hace aquí alusión a la opinión consultiva sobre *las reparaciones de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*.

71. *Affaire du Plateau continental de la mer du Nord*, *op. cit.*, p. 141.

72. MAREK, K. «Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord», *op. cit.*, p. 68. Sobre este problema, véase también, MIAJA DE LA MUELA, A. «La equidad en las decisiones de los tribunales internacionales», *op. cit.*, pp. 28-29.

73. MOUSKHELI, M. «L'équité en droit international moderne», *op. cit.*, p. 365.

74. DELBEZ, L. *Les principes généraux du droit international public*, *op. cit.*, p. 483.

lo siguiente: ¿puede considerarse la equidad como una fuente de derecho internacional? Pensamos, con Paul Reuter, que la equidad no puede ser considerada como una fuente formal del derecho internacional, sino más bien como una fuente material⁷⁵.

Este sentimiento de lo justo y de lo injusto ha constituido la base del desarrollo del derecho romano y del derecho inglés. ¿Se podría desear este mismo sentimiento para el nuevo derecho internacional que debe regir el nuevo orden económico?

2. MISIÓN DE LA EQUIDAD EN EL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL

El juez Alvarez, en su opinión individual dada con ocasión del *dictamen consultivo referente a las condiciones de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas*, decía lo siguiente:

«J'estime qu'à cet égard, la Cour a pleine liberté pour donner passage à l'esprit nouveau qui progresse au contact des conditions nouvelles de la vie internationale: au renouvellement de cette vie doit correspondre un renouvellement du droit des gens... A la conception traditionnelle du droit de caractère strictement *juridique* et *individuelle*, se substitue progressivement la suivante: d'abord le droit des gens n'est pas strictement juridique; il est aussi politique, économique, social et psychologique; de ce fait, tous les éléments fondamentaux du droit traditionnel individualiste se trouvent profondément modifiés, ce qui rend nécessaire leur reconstruction»⁷⁶.

Esta declaración del juez Alvarez demuestra que nos encontramos frente a un dilema: o bien aplicar los preceptos del derecho existente, aunque conduzcan a injusticias o a soluciones inaceptables, o bien renovarlos.

Según nuestra opinión, la equidad puede responder a la segunda solución, ya que es apta para introducir una suficiente flexibilidad en esta tarea difícil que constituye la adaptación

75. REUTER, Paul. *Droit international public*. Paris, Thémis, 1958, pp. 85-86.

76. *Avis consultatif concernant les conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies*. CIJ, Recueil, 1948, pp. 67 y 69.

de las reglas tradicionales, frecuentemente cuestionadas e incluso puestas en duda por las transformaciones que ha sufrido la sociedad internacional, tanto sobre el plano económico como sobre el plano político. Esto se revela incluso como una necesidad que debe imponerse al derecho, salvo si éste quiere privarse de todo impacto sobre la realidad que debería encuadrar⁷⁷. En este sentido, el derecho sin la equidad no es más que un sistema de normas rígidas y petrificadas que no pueden regir una sociedad internacional en constante evolución.

En esta búsqueda de una mejor justicia, el jurista se siente tentado a descartar la idea de una intervención de la equidad que aparece como un factor perturbador para la estabilidad de las relaciones jurídicas. Pero, si el derecho está al servicio de la justicia, no se debe admitir una estabilidad de las relaciones jurídicas más que en la medida en que refleja unas relaciones realmente equitativas. Ahora bien, como se sabe, las relaciones entre los países desarrollados y los países del tercer mundo son muy desequilibradas. Es por esta razón que estos últimos países no cesan de reivindicar que la equidad desempeñe el papel que merece para establecer un nuevo fundamento para las nuevas relaciones internacionales. El difundo Presidente argelino, Boumediène decía en 1973, poco antes del primer choque petrolero: «nosotros no mendigamos, reclamamos la equidad»⁷⁸.

Esta afirmación política contiene una connotación jurídica y es que la equidad puede constituir un derecho para la parte que se siente perjudicada en una relación jurídica determinada⁷⁹. La equidad desempeñaría así una función parecida a la de la *clausula rebus sic stantibus*, sin confundirse sin embargo con ella⁸⁰.

77. PIROTTE, O. «La notion d'équité dans la jurisprudence récente de la Cour internationale de justice», *op. cit.*, p. 127.

78. *Le Monde* del 5 de septiembre de 1973 p. 2.

79. SALEM, Mahmoud. «Vers un nouvel ordre économique international. A propos des travaux de la 6.^e session extraordinaire des Nations Unies». *Clunet*, 1975, p. 761.

80. PIROTTE, O. «La notion d'équité dans la jurisprudence récente de la Cour internationale de justice», *op. cit.*, pp. 128-129.

Como dice *Paul Reuter*, si se considera la equidad como «porteuse d'un principe de finalité, elle reçoit une nouvelle dimension qui n'est pas tant d'adapter la règle juridique aux situations individuelles concrètes, que de déceler dans la règle elle-même une finalité qui, certes, la complète, mais qui aussi limite les droits qui en découlent. Ici ce n'est plus par son cheminement vers l'application concrète que la règle se précise, c'est par la recherche d'un plan plus général encore par sa subordination aux

Bajo esta perspectiva, nos adherimos completamente a la opinión expresada por el juez Fitzmaurice, según el cual:

«...le droit international doit s'appliquer avec équité. Un certain nombre d'indices montrent depuis peu que, dans la sphère du droit international, on ressent le besoin d'un ensemble de règles ou de principes qui puisse jouer à l'échelon international un rôle analogue à celui que joue, ou du moins jouait à l'origine, le système anglais de *l'equity* dans les pays de *common law* qui l'ont adopté»⁸¹.

La afirmación de la equidad en los diferentes documentos internacionales resulta así de un movimiento continuo y de una reflexión global sobre las relaciones Norte/Sur. Dos funciones se desprenden de la concepción de la equidad: una función armonizadora y una función compensadora.

2.1. *La aplicación de la equidad armonizadora: la interdependencia*

El párrafo 2 de la *Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional*, después de constatar que «el actual orden económico internacional está en contradicción directa con la evolución de las relaciones políticas y económicas internacionales en el mundo contemporáneo», declara que «los países en desarrollo se han convertido en un

finalités qui l'ont inspirée». REUTER, Paul. «Quelques réflexions sur l'équité en droit international». *Revue belge de droit international*, 1980, p. 179.

81. *Affaire de la Barcelona Traction*, *op. cit.*, Opinion individuelle de M. Fitzmaurice, p. 85. El autor reproduce para fundamentar su análisis un extracto de la obra de MEGARRY, R. L., et BAKER, F. W. *Snell's Principles Equity*, 26.ª ed., 1966, que nos parece excelente y que reproducimos: «Le equity est un corps de règles ou de principes qui constitue une annexe ou une glose par rapport aux règles générales de droit. Elle représente une tentative faite... par le système... juridique pour résoudre un problème se posant à tous les systèmes juridiques qui arrivent à un certain stade d'évolution. Pour assurer la marche harmonieuse de la société, il est nécessaire de formuler des règles générales qui s'appliquent assez bien dans la majorité des cas. Tôt ou tard cependant des situations se présentent où, face à un ensemble de faits imprévus, les règles générales aboutissent à une inéquité manifeste. Lorsque cela se produit, la justice exige soit une modification de la règle, soit, si... la règle ne peut être librement changée, une autre règle ou un autre corps de règles destinées à atténuer la sévérité des règles de droit».

factor poderoso que hacen sentir su influencia en todas las esferas de la actividad internacional»⁸².

Es esta influencia del mundo pobre la que pone «de relieve la realidad de la interdependencia entre todos los miembros de la comunidad mundial... que los intereses de los países desarrollados y los intereses de los países en desarrollo ya no pueden quedar aislados los unos de los otros, que existe una estrecha interrelación entre la prosperidad de los países desarrollados y el crecimiento y el desarrollo de los países en desarrollo...»⁸³.

Es notorio que todos los países del mundo se encuentran en una situación de interdependencia que debe permitir la elaboración de nuevas relaciones aptas para armonizar los intereses de las partes en un espíritu de equidad. Estos dos párrafos transcritos de la *Declaración* desarrollan así, sin realmente definirla, una noción de interdependencia de la que se hace también eco el preámbulo de la *Declaración* y el de la *Carta de derechos y deberes económicos de los Estados*.

¿Qué se entiende, pues, por interdependencia? El *dictionnaire de la terminologie de droit international* nos dice que es «el estado de dependencia recíproca que caracteriza la situación de los miembros de la comunidad internacional en el plano sociológico»⁸⁴. Esta noción de la interdependencia había sido ya resaltada por el juez Alvarez para quien:

«Le droit des gens... fait place de plus en plus à celui qu'on peut appeler le droit d'interdépendance sociale»⁸⁵.

82. Esta influencia del mundo en desarrollo ha sido traducido con diferentes títulos y en distintos sectores como: HENRY, Paul M. *La force des faibles*. Paris, Eds. Entente, 1975, 156 p. et MYRDAL, Gunnar. *Le défi du monde pauvre*. Paris, Gallimard, 1971, 469 p., etc.

83. *Declaración*. R/3201, *op. cit.*, par. 3.

84. *Dictionnaire de la terminologie du droit international, op. cit.*, véase, «interdépendance».

85. *Avis consultatif concernant les conditions d'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies, op. cit.*, p. 69.

Este derecho de interdependencia social presenta las características siguientes: a) il ne s'attache pas seulement à délimiter les droits des Etats mais surtout à les harmoniser; b) il prend en considération dans chaque matière tous les aspects qu'elle presente; c) il tient largement compte de l'intérêt général; d) il met en relief la notion des *devoirs* des Etats non seulement entre eux mais envers la société internationale; e) il condamne «l'abus du droit»; f) il se plie aux nécessités de la vie des peuples et évolue avec elle; de ce fait, il s'harmonise avec la politique; g) aux facultés que

Este derecho de interdependencia social constituye para el célebre juez el nuevo derecho internacional⁸⁶.

El término de interdependencia ha sido opuesto frecuentemente a los de independencia o de soberanía. No obstante, la interdependencia no tiende a socavar la independencia⁸⁷, sino más bien a consolidarla a causa de la elaboración de relaciones económicas más equitativas que resultan de una situación de interdependencia⁸⁸.

La interdependencia conlleva no solamente derechos sino también obligaciones, particularmente la de obrar en favor del desarrollo, lo cual implica una auténtica responsabilidad de los diferentes componentes de la comunidad internacional (individuos, asociaciones privadas, empresas públicas, Estados, Organizaciones internacionales, etc.).

En el plano económico, el mundo en que vivimos es, sin ninguna duda, un mundo de interdependencia y, es probable, que continuará siéndolo. Ciertas materias primas y el petróleo de un lado, los capitales y la tecnología del otro, constituyen, a este respecto, un ejemplo tangible⁸⁹. Sin embargo, si tomamos el término «interdependencia» en el sentido de solidaridad de intereses, la realidad nos ofrece un panorama completamente diferente en el que predominan los antagonismos entre los Estados. En este último sentido, la interdependencia es un principio que continúa siendo *de lege ferenda*⁹⁰.

confère le droit strictement juridique il ajoute celle qu'ont les Etats de faire partie de l'organisation internationale qui s'établit». *Ibid*, pp. 69-70.

86. *Affaire du Détroit de Corfou*. Opinión individual del juez Alvarez, *op. cit.*, p. 41.

87. «Interdépendance ne signifie pas dépendance de l'une ou l'autre de grandes puissances, encore moins des deux ensemble. C'est la dépendance où chacun dépend de l'autre, même le pays industrialisé du pays en voie de développement». Alocución del Sr. Scheel (República Federal de Alemania) en la 28.ª sesión de l'Asamblea general, doc. A/PV. 2119 del 19 de septiembre de 1973, p. 67.

88. SALEM, M. «Vers un nouvel ordre économique international. A propos des travaux de la 6.ª session extraordinaire des Nations Unies», *op. cit.*, p. 762. Para un análisis de estas dos nociones desde el punto de vista socialista, Cf. DOLGU, Gheorghe. «L'indépendance et l'interdépendance, objectifs et voies de l'édification d'un nouvel ordre économique international». *Revue roumaine d'études internationales*, n.º 2, 1976, pp. 153-172.

89. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Principios y reglas fundamentales del nuevo orden económico internacional*. Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Undécimo congreso, 4-12 octubre 1976. Madrid, Secretaría general, 1976, p. 5.

90. *Ibid*.

En el plano jurídico, no es posible extraer un concepto claro del término «interdependencia», tal como aparece en la *Declaración*. Los párrafos 2 y 3 de ésta, utilizan el término «país» y no el de «Estado» como lo hacen otras disposiciones.

Esta precaución terminológica es significativa de los diferentes conceptos que se tienen de la interdependencia en la sociedad internacional. Para los países desarrollados, el objetivo de la interdependencia debe ser instaurar un cuadro de cooperación entre productores y consumidores, pero sin alterar las reglas que rigen las relaciones económicas internacionales⁹¹.

Es en este sentido como debe comprenderse el término «interdependencia» utilizado por el delegado británico Richard, en la sexta sesión extraordinaria de las Naciones Unidas. Para él, la interdependencia significa cooperación y asociación, considerándola así, no como un equilibrio exclusivo de fuerzas económicas, sino más bien como una «seguridad económica colectiva»⁹².

Para los países en desarrollo, la interdependencia debería permitir asegurar la prosperidad mundial con un reordenamiento de las reglas relativas a las relaciones internacionales⁹³.

Es indispensable que, hoy en día, cada problema económico o político tiene una dimensión internacional. A este respec-

91. A este respecto, véase el discurso pronunciado por *Henry Kissinger* en la Conferencia de Washington sobre la energía: *Documents d'actualité internationale*, n.ºs 12/13, 1974, pp. 218-227, particularmente p. 225.

92. Cf. doc. A/PV. 2231 del 2 de mayo de 1974, p. 4, párrafo 34.

El concepto de «seguridad colectiva» es interpretado hoy día en un sentido mucho más amplio y menos específico que cuando fue consagrado en el Pacto de la Sociedad de Naciones. En esta época, se entendía por seguridad colectiva, «un arrangement dans le cadre duquel l'utilisation illégale de la force militaire serait découragée (ou repoussée) par la force combinée de tous les autres Etats» doc. E/5529 del 29 de mayo de 1974, párrafo 4.

«La sécurité n'est plus une notion exclusivement militaire... la communauté internationale doit s'attacher à éliminer l'insécurité économique... et partant, veiller de façon plus générale au développement de l'ordre économique international». *Ibid*, par. 5.

Esta noción de «seguridad económica colectiva» había ya sido resaltada por la *Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional*, R/2734 (XXV) del 16 de diciembre de 1970 y por la R/2880 (XXVI) del 21 de diciembre de 1971.

93. Véase a este respecto, SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz. «Règles juridiques et le conflit Nord-Sud». *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1982, pp. 199-244.

to, el delegado de Ghana, en la sexta sesión extraordinaria de las Naciones Unidas, decía lo siguiente:

«toutes les questions, qu'elles soient économiques, scientifiques ou politiques, ont des répercussions internationales. Leur solution exige donc des consultations internationales. Ces problèmes ne peuvent être examinés efficacement au nom du monde entier par un seul groupe de pays, aussi riches ou puissants soient-ils. Leur examen ne doit exclure aucun pays pauvre ou riche, aussi fort ou faible qu'il puisse être. Le degré d'interdépendance atteint par le monde actuel a donné à chaque problème, dans une certaine mesure au moins, une dimension internationale. Tant que nous n'aurons pas reconnu cette réalité, la solution des nombreux problèmes qui se posent, aujourd'hui, à la communauté mondiale continuera à nous échapper»⁹⁴.

La equidad no deberá pues agotarse en la proclamación, aunque sea unánime, de la interdependencia; deberá más bien resultar de los instrumentos y de las reglas que rijan los intercambios económicos internacionales. Así, la realización concreta de la interdependencia conllevará inevitablemente todo un conjunto de derechos y deberes recíprocos.

2.2. *Hacia la equidad compensadora*

El debate sobre el nuevo orden económico internacional reactiva la controversia existente en derecho internacional entre las dos tendencias: de un lado, los defensores del formalismo jurí-

94. Alocución del Sr. Baath (Ghana) en la sexta sesión extraordinaria de las Naciones Unidas. doc. A/PV. 2213 du 12 avril 1974, par. 172.

«Les pays développés et en développement sont plus que jamais aujourd'hui comme deux nageurs qui se noient mais qui sont liés ensemble para l'objectif commun de survivre et par un seul cordon ombilical. A moins de couper ce cordon ombilical, aucun des deux ne pourra survivre si l'autre coule. Ainsi, lorsque nous parlons de cette tâche importante de négociations d'accord sur le lancement de négociations globales dans le cadre de cette stratégie, ne perdons pas de vue le fait que ces négociations ne sont pas entre le monde développé et monde en développement, ni même entre le Nord et le Sud: elles sont celles de la race humaine tout entière, d'une part, et du destin, de l'autre». Alocución del Sr. Nyirenda (Zambia) doc. A/S-11/PV. 9, p. 37.

dico y, del otro, los partidarios de un análisis concreto y realista.

En principio, todos los Estados, son soberanos e iguales⁹⁵; de esto resulta que no están sometidos jurídicamente a ningún poder que les sea superior⁹⁶.

Aunque ciertos Estados, como las dos Coreas, Suiza y los micro-Estados no son miembros de la ONU, aceptan sin embargo el principio de la igualdad soberana de los Estados como principio fundamental del derecho internacional. La igualdad soberana de los Estados es pues un principio universal del derecho internacional⁹⁷.

Todos los Estados están, pues, jurídicamente, sobre un plano de igualdad: ninguna voluntad exterior puede obligarles a hacer lo que ellos no quieran o viceversa⁹⁸.

95. Art. 2, párrafo 1 de la Carta de las Naciones Unidas y numerosas resoluciones, particularmente, la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, R/2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970, cuyo sexto principio reza así: «Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole».

96. THIERRY, H. *Droit international public*, op. cit., p. 18.

Ya Vattel ha defendido con una convicción particular este principio, diciendo a este respecto: «Puisque les hommes sont naturellement égaux, et que leurs droits et leurs obligations sont les mêmes comme venant également de la nature, les Nations composées d'hommes et considérées comme autant de personnes libres qui vivent ensemble dans l'état de nature, sont naturellement égales et tiennent de la nature les mêmes obligations et les mêmes droits. La puissance ou la faiblesse ne produisent, à cet égard, aucune différence. Un nain est aussi bien un homme qu'un géant; une petite république n'est pas moins un Etat souverain que le puissant royaume». DE VATTEL, Emmerich. *Le droit des gens*. Neuchâtel, nouvelle éd. de l'imprimerie de la Société typographique, 1777, Préliminaires p. 7, par. 18.

97. TOURET, Denis. «Le principe de l'égalité souveraine des Etats fondement du droit international». *RGDIP*, 1973, p. 180; véase igualmente, NASTASE, Adrian. «Some Considerations on the Content of the Principle of Equal Rights of States». *Revue roumaine d'études internationales*, 1983, pp. 289-296.

98. DUPUY ha analizado las relaciones entre soberanía e igualdad de la forma siguiente: «Les Etats... en proclamant leur souveraineté, c'est leur égalité qu'ils affirment et ils peuvent le faire à juste titre dans une société qui constitue la somme numérique des entités qui la composent. Tel est le sens de la formule de l'article 2 de la Charte: 'L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres'. Il en est de la «souveraineté» de la société des Etats comme de la souve-

Estas formulaciones de la soberanía suscitan la cuestión siguiente: ¿qué significan la libertad de navegación, la reciprocidad, la libertad de comercio etc..., para un país en desarrollo que no domina sus actividades económicas? Responder a este dilema es interrogarse sobre el contenido mismo de la soberanía.

Nuestra intención no es la de reexaminar los sabios y numerosos análisis que se han hecho sobre la noción de soberanía⁹⁹. Sólo queremos recordar que según Charles Chaumont, la soberanía es para la nación lo que la autonomía de la voluntad y los derechos humanos son para los individuos¹⁰⁰.

Para este autor la soberanía no es un concepto estático, sino que implica una creación continua para poder realizarla¹⁰¹.

La soberanía es pues un concepto dinámico, ya que debe adaptarse a las nuevas situaciones que pueden plantearse a la sociedad internacional. Desde esta perspectiva, la liberación política no basta para garantizar a los países descolonizados una completa independencia, si continúan dependiendo en el plano económico y cultural¹⁰².

raineté populaire telle que Rousseau l'a analysée... Dans l'organisation internationale le pouvoir est également divisé entre les Etats qui composent le corps social et qui puissent dans leur souveraineté un titre personnel à concourir, par leur vote, à l'expression de la volonté générale. Toute la théorie de Rousseau s'expliquait par la conservation par les individus de leur liberté après la conclusion du contrat social. Ils ne peuvent aliéner leur bien suprême. Il en est de même des Etats qui conservent dans l'organisation la liberté qui, pour eux, s'appelle la souveraineté». DUPUY, René J. «L'Organisation internationale et l'expression de la volonté générale». *RGDIP*, 1975, pp. 532-533.

99. A este respecto, hay que notar que la soberanía continúa ejerciendo la misma fascinación sobre los Estados que antes, como lo expresa Dupuy diciendo: «à vrai dire, la souveraineté n'a jamais été aussi vivante qu'au XX^e siècle, car elle est passée d'une dimension à une autre... (et) s'insère aujourd'hui dans un réseau relationnel de plus en plus buissonnant et dans un monde parsemé d'organisations internationales». DUPUY, René J., BETTATI, Mario, DE BOTTINI, R., et autres. Avant-propos à *La souveraineté au XX^e siècle*. Paris, Armand Colin, 1917. p. 9.

100. CHAMONL, Charles. «Cours général de droit international public». *RCADI*, 1970-I, p. 385.

101. CHAUMONT, Ch. «Cours général de droit international public», *op. cit.*, pp. 390-391.

102. FLORY, Maurice. *Droit international du développement*. Paris, Thémis, 1977, p. 44.

Para el argelino MAHIOU, la descolonización recubre tres evoluciones que pueden ser vinculadas a tres décadas: 1960-1970, década de la independencia política; 1970-1980, década de la independencia económica; 1980-1990, década que podría ser la de la independencia cultural y tecnológica. MAHIOU,

Las reivindicaciones¹⁰³ de los países del tercer mundo son la expresión de una cierta conciencia de su ficticia soberanía. Si, aparentemente, son beneficiarios de los derechos atribuidos a un Estado, la realidad es, que no disponen de los medios necesarios para ejercer su soberanía, teniendo solamente, a este respecto, una igualdad de principio¹⁰⁴.

Bajo esta perspectiva, una nueva distinción se impone. La desigualdad de hecho, en la que se encuentran los países del tercer mundo, es un fenómeno complejo que implica un análisis más profundo que el que ha sido hecho por muchos internacionistas y que nos lleva a distinguir dos tipos de desigualdad: la desigualdad de potencia (*inégalité de puissance*) y la nueva desigualdad de desarrollo (*inégalité de développement*)¹⁰⁵.

Contra la primera, según Maurice Flory, no se puede hacer nada, como no se puede tampoco hacer desaparecer las diferencias físicas entre los individuos. En cambio, la segunda es de otra naturaleza y existen remedios que permiten corregirla o, al menos, atenuarla¹⁰⁶.

Así, la desigualdad de desarrollo que caracteriza las relacio-

Ahmed. «Les implications du nouvel ordre économique et le droit international». in: Colloque d'Alger, 11-14 octobre 1976. *Droit international et développement*. Alger, Office des Publications Universitaires, 1979, p. 311.

103. La reivindicación puede ser definida «como la expresión oficial de la voluntad de un grupo de Estados de obtener un cambio sustancial del derecho internacional». Touscoz, Jean. «La revendication d'une limite à la croissance». in: Colloque d'Aix-en-Provence, 24-26 mai 1973. *Pays en voie de développement et transformation du droit international*. Société française de droit international (SFDI), Paris, Pédone, 1974, p. 58.

104. BENSALAH, Tabrizi. «Revendications des pays du Tiers Monde et égalité souveraine». *Annuaire du Tiers Monde*, 1975, p. 42; DAVID, Eric. «Quelques réflexions sur légalité économique des Etats». *Revue belge de droit international*, 1974, p. 400; MAHIOU, A. «Les implications du nouvel ordre économique et le droit international». in: Colloque d'Alger, *op. cit.*, p. 313.

105. DE LACHARRIERE, Guy. «L'influence de l'inégalité du développement des Etats sur le droit international». *RCADI*, 1973-II, p. 236.

Esta distinción es particularmente importante, puesto que disocia la potencia y el desarrollo. Ciertos Estados, como el Brasil, la China, la India, etc., constituyen potencias con las que hay que contar en las relaciones internacionales, aunque forman parte de los países en desarrollo. En cambio, Luxemburgo, Austria, Noruega, etc., son países desarrollados pero menos poderosos que los países transcritos. FLORY, Maurice. «Inégalité économique et évolution du droit international». in: Colloque d'Aix-en-Provence, *op. cit.*, p. 21; igualmente in: *Droit international du développement*, *op. cit.*, pp. 25-26.

106. *Ibid.*

nes económicas internacionales¹⁰⁷ acarrea diferencias en el ejercicio de la soberanía modificando la pura igualdad. Bajo esta óptica, se comprende la doble actitud adoptada por los Estados en desarrollo respecto al principio de la soberanía. Por un lado, buscan y defienden con encarnizamiento las ventajas que resultan de la soberanía y, por el otro, repudiarían sus inconvenientes, buscando obtener de los países ricos ciertos privilegios sin renunciar, no obstante, a la más mínima parcela de soberanía¹⁰⁸. Esta postura de los países en desarrollo, ¿está jurídicamente justificada?

Consagrando dos veces el principio de la igualdad, la Carta de las Naciones Unidas parece, *a priori*, borrar de un plumazo toda desigualdad entre los Estados¹⁰⁹. No obstante, si se examina la Carta en su conjunto, se puede constatar que los principios enunciados en el preámbulo y en el artículo 2, párrafo 1, se encuentran netamente atenuados, tanto en la estructura de los diferentes órganos como en sus poderes. El desequilibrio existente entre el Consejo de seguridad y la Asamblea general es revelador a este respecto. Mientras que ésta es el órgano deliberante donde todos los Estados miembros están representados, sólo tiene sin embargo poderes limitados; en cambio, el Consejo dispone de un cuasi monopolio en las cuestiones importantes. La presencia de cinco Estados miembros permanentes dotados del derecho de veto constituye un ejemplo flagrante de esta desigualdad entre los miembros de la ONU¹¹⁰.

Pero es esencialmente en las organizaciones internacionales especializadas donde se encuentra una tal desigualdad¹¹¹ en las

107. Como ya decía Dupuis, en 1921, «l'inégalité de fait semble être la loi des Etats comme celle des individus». DUPUIS, Charles. *Le droit des gens et les rapports des grandes puissances avec les autres Etats avant le Pacte de la Société des Nations*. Paris, Plon-Nourrit, 1921, p. 13.

108. DE LACHARRIERE, G. «L'influence de l'inégalité du développement des Etats sur le droit international», *op cit.*, p. 248; MARTIN, Pierre M. «Le nouvel ordre économique international». *RGDIP*, 1976, p. 518.

109. No se trata aquí de describir la evolución del principio de la igualdad. Para un estudio sobre la evolución histórica del principio, Cf. KOOLJMANS, Pieter. *The Doctrine of the Legal Equality of States*. Leyden. Sijthoff, 1964, pp. 43-93; igualmente, PADIRAC, Raoul. *L'égalité des Etats et l'Organisation internationale*. Préface de Paul Reuter. Paris, LGDJ, 1953, 246 p.

110. Cf. capítulo IV de la Carta para la Asamblea general y los artículos 24 y 27 para el Consejo de seguridad.

111. BOUTROS-GHALI, Boutros. «L'égalité des Etats et les Organisations internationales». RCADI. 1960-II, pp. 30-70; KRANZ, Jerzy. «La prise de dé-

organizaciones financieras, por ejemplo, los Estados ricos pueden orientar las decisiones gracias al principio de ponderación ¹¹². Sin embargo, aunque la desigualdad económica de los Estados desnaturaliza el principio de la igualdad soberana en las relaciones internacionales ¹¹³, éste va a continuar siendo esgrimido en su sentido estricto y abstracto, por un lado, porque realiza una función protectora para los países débiles ¹¹⁴ y, por el otro, porque estos países intentan darle una función intervencionista, lo que les permitiría reducir su desigualdad económica. Así, la soberanía dejará de ser un instrumento de defensa pasiva ¹¹⁵.

cisions dans les Organisations internationales», *Archiv des Völkerrechts*. 1982, pp. 281-300; PADIRAC, R. *L'égalité des Etats et l'Organisation internationale*, *op. cit.*, pp. 169-174.

112. DRAGO, Roland. «La podération dans les Organisations internationales». *AFDI*, 1956, p. 529; CARREAU, Dominique. *Souveraineté et coopération monétaire internationale*. Paris, Cujas, 1970, p. 511; COLLIARD, Claude A. «Egalité ou spécificité des Etats dans le droit international public actuel». *Mélanges Trotabas*. Paris, LGDJ, 1970, pp. 538-539; KRANZ, Jerzy. «La prise de décisions dans les Organisations internationales», *op. cit.*, pp. 287 y ss.

113. DAVID, E. «Quelques réflexions sur l'égalité économique des Etats», *op. cit.*, p. 401.

114. BENSALAH, T. «Revendications des pays du Tiers Monde et égalité souveraine», *op. cit.*, pp. 44-45; COLLIARD, C. A. «Egalité ou spécificité des Etats dans le droit international public actuel», *op. cit.*, pp. 531-537; FLORY, M. «Inégalité économique et évolution du droit international». *in*: Colloque d'Aix-en-Provence, *op. cit.*, pp. 16 y 19.

En 1957, antes pues que la mayoría de los países en desarrollo no accedan a la independencia, René Jean Dupuy ha considerado la soberanía del Estado, en su función defensiva, de la siguiente manera: «Les pays en voie de développement... travaillés par des complexes qui les balancent entre la pauvreté et l'orgueil, ils exaspèrent d'une impuissance à gagner une indépendance que leur misère rend au demeurant dérisoire. Loin de se dissimuler derrière la citoyenneté internationale, ils ne cessent de relever le somptueux manteau étatique dont la conquête exalte pourtant leur fierté, pour montrer leur véritable condition et les haillons qu'il recouvre; mendiants arrogants, c'est en lui tendant la main qu'ils crachent sur l'Occident un mépris fait d'envie et de remords, de désespoir et de lointains rêves de gloire. DUPUY, R. J. «L'organisation internationale et l'expression de la volonté générale», *op. cit.*, p. 543. ¿Podría el Sr. Dupuy escribir, hoy en día, este texto?

115. Para Maurice FLORY, «si ces pays invoquent l'égalité pour se défendre contre les empiètements possibles des partenaires plus puissants, tout en exigeant par ailleurs le bénéfice de régimes inégalitaires et de clauses dérogoatoires, la contradiction n'est peut-être qu'apparente. Nous retrouvons ici le rôle traditionnel de défense joué par le principe de l'égalité souveraine qui n'interdit nullement les inégalités compensatoires, elles aussi destinées à un rôle de défense économique». FLORY, Maurice. «Souve-

El principio de la igualdad jurídica de los Estados favorece pues, en el plano económico, a los países industrializados en detrimento de los países en desarrollo. Sobre esta situación, el profesor Colliard ha declarado:

«On parlait tout à l'heure de l' «hypocrisie»: s'il y a une forme hypocrite, c'est bien celle là. Légalité des Etats est le type même du faux concept»¹¹⁶.

Se puede en estas circunstancias comprender la doctrina Calvo que ha luchado por conseguir una igualdad más realista entre las naciones, es decir, el abandono por los países europeos de sus privilegios exorbitantes¹¹⁷. Hay que comprender así las diferentes reivindicaciones de los países del tercer mundo, basadas en la igualdad soberana de los Estados, como

raineté des Etats et coopération pour le développement». *RCADI*, 1974-I, p. 310.

116. Colloque d'Orleans, *op. cit.*, p. 152.

En realidad, esto ya había sido descrito hace casi un siglo por *Pillet* cuando se alzó en contra de la afirmación doctrinal de la época que defendía la igualdad de los Estados. A este respecto, decía el autor transcrito: «Cette affirmation a un premier grand défaut: elle n'est pas juste. Les Etats ne sont pas égaux entre eux, pas plus du point de vue de leurs droits que de celui de leurs richesses et de leur puissance. D'abord il n'existe aucune égalité de droit entre Etats civilisés et Etats non civilisés ou moins civilisés. Les premiers se conduisent constamment dans leurs rapports avec les seconds comme des supérieurs chargés de la mission de les faire entrer de gré ou de force dans la voie de la civilisation: à ce titre ils s'arrogent envers eux certains droits de direction, de contrôle, et parfois d'administration que ceux-ci ne possèdent en aucune façon à leur égard». *PILLET A. «Recherches sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux et sur l'évolution des conflits qu'ils font naître»*. *RGDIP*, 1898, p. 70.

117. CALVO afirma de forma clara y precisa: «L'Amérique, aussi bien que l'Europe, est aujourd'hui peuplée par des nations indépendantes et libres, dont l'existence souveraine a droit au même respect, dont le droit public intérieur ne comporte d'ingérence d'aucune sorte de la part des peuples étrangers, quels qu'ils soient...». CALVO, Carlos. *Le droit international théorique et pratique*. Prédéde d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens. Paris, Guillaumin, 1887-1888, T-I, p. 350; y continúa diciendo: «Il est certain que les étrangers qui se fixent dans un pays ont au même titre que ses nationaux droit à la protection plus étendue... Ce principe est intrinsèquement contraire à la loi d'égalité des Nations...». CALVO, Carlos. *Le droit international théorique et pratique*. T-6, supplément général. Paris, Arthur Rousseau, 5^e éd., 1896, p. 311.

Véase también el estudio hecho a este respecto por GREEN, L. C. «De l'influence des nouveaux Etats sur le droit international». *RGDIP*, 1970, pp. 84-90.

una reacción contra estos privilegios, La igualdad soberana no se limita ya a la igualdad jurídica que continúa siendo sin duda alguna, un instrumento indispensable de defensa; la igualdad soberana es también la igualdad de desarrollo ¹¹⁸.

Para corregir esta situación, hay que renunciar a las consideraciones de una estricta igualdad jurídica, para comprender la desigualdad económica de los miembros más débiles. Se llega así a una concepción nueva de la igualdad según la cual ésta no puede ser realmente una igualdad más que a través de una *desigualdad compensadora*, a la que preferimos denominar, como hace Mahmoud Salem, la *equidad compensadora* ¹¹⁹.

Esta compatibilidad entre principios aparentemente contradictorios se inscribe muy bien en el marco de un orden jurídico en evolución y encuentra precedentes en los sistemas jurídicos internos ¹²⁰.

Sólo la desigualdad de trato puede conceder una igualdad de oportunidades a sujetos iguales *de iure*, pero desiguales *de facto*. Un orden jurídico, cuanto más adelantado está, más proclama el principio de la igualdad jurídica, aunque aportando matices a su aplicación para tener en cuenta las desigualdades reales. Desde esta perspectiva, los nuevos principios de derecho internacional deben tomar en consideración esta desigualdad económica y deben esforzarse en compensar a los países más débiles económicamente, a fin de permitir, un día, la realización efectiva del principio de la igualdad soberana de los Estados ¹²¹.

110. FLORY, M. «Inégalité économique et évolution du droit international». in: Colloque d'Aix-en-Provence. *op. cit.*, p. 25.

Como dice Michel Virally: «Ce serait un paradoxe, d'ailleurs, d'abandonner ce principe au moment où on cherche à dépasser et à compenser les inégalités de fait, à construire des égaux. La reconnaissance de l'égalité a toujours été la base nécessaire d'une telle construction. Et l'égalité est-elle concevable, dans la société internationale contemporaine, sans souveraineté?... ce qui est important n'est pas de proclamer une souveraineté abstraite, et peut-être illusoire, c'est de déterminer son contenu juridique concret, de définir les règles qui en assureront la préservation, tout en permettant à la coopération nécessaire au progrès de s'établir sur des bases solides». VIRALLY, Michel. «Vers un droit international du développement». *AFDI*, 1965, p. 10.

119. SALEM, M. «Vers un nouvel ordre économique international», *op. cit.*, pp. 760 y 765.

120. El ejemplo de los sistemas tributarios, fundados en una imposición progresiva, nos parece bastante revelador.

121. SAHOVIC, Milan. «Influence des Etats nouveaux sur la conception du droit international». *AFDI*, 1966, p. 38.

Se puede concebir pues la igualdad de dos maneras: sea en un sentido absoluto, sea en un sentido relativo. En el marco de una soberanía tradicional, sin cubrir las relaciones económicas, la igualdad no puede ser más que absoluta. En cambio, cuando la soberanía integra la dimensión económica, la igualdad debe establecerse, teniendo en consideración las sensibles diferencias de desarrollo, es decir, proporcionalmente a la situación económica de los miembros a fin de igualar las oportunidades: es el principio de *la igualdad proporcional o relativa*.

El derecho internacional del desarrollo debe así conciliar las disparidades de orden económico con el principio de la igualdad soberana, lo que conlleva la necesidad de aplicar a los Estados un estatuto jurídico diferenciado¹²².

Esta idea de desigualdad compensadora no es nueva en derecho internacional. Ya en 1923, una opinión consultiva del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) ponía los primeros fundamentos de esta concepción diciendo:

«Il faut qu'il y ait égalité de fait et non seulement égalité formelle en droit en ce sens que les termes de la loi évitent d'établir un traitement différentiel»¹²³.

Estas ideas eran confirmadas algunos años más tarde por el mismo Tribunal de la manera siguiente:

«L'égalité en droit exclue toute discrimination; l'égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaire des traitements différentiels en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes»¹²⁴.

122. Como dice Raoul PADIRAC: «Alors que l'égalité absolue s'oppose à la classification des sujets de droit en divers groupes de statuts juridiques différents, l'égalité proportionnelle postule l'existence de statuts distincts, différentiels ou même préférentiels. Elle ne fait pas obstacle à ce que des droits soient accordés et des obligations imposées en fonction de certains critères ou conditions identiques pour tous, de sorte qu'il y ait égalité des conséquences juridiques seulement en cas d'égalité des conditions remplies. La loi n'est plus universelle, elle n'en reste pas moins générale». PADIRAC, R. *L'égalité des Etats et l'organisation internationale*, *op. cit.*, p. 6, que cita Dabin y Duguit.

123. *Avis consultatif au sujet de certaines questions touchant les colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*. CPJI, Recueil, 10 septembre, 1923, Série B, n.º 6, p. 24.

124. *Avis consultatif au sujet des écoles minoritaires en Albanie*. CPJI, Recueil, 6 avril 1935, Série A/B, n.º 64, p. 19.

Frente a esta situación, ciertos autores han concluido que existe una *dualidad de normas* aplicable a los países desarrollados y a los países en desarrollo. Esta conclusión, ¿está justificada?

2.3. ¿Puede hablarse de una dualidad de normas?

Ciertos autores ilustran el principio de la desigualdad compensadora, con la noción de «dualidad» o, incluso, «pluralidad de normas jurídicas» aplicables a los diferentes países según su grado de desarrollo. Esta doctrina insiste en distinguir, de una forma contundente, el derecho internacional general del derecho internacional del desarrollo. De estos autores es, ciertamente, Guy Feuer el que presenta este panorama de la forma más notable.

El autor transcrito constata que, en la sociedad internacional, hay ciertos Estados o grupos de Estados, que son beneficiarios de ciertos privilegios o que están sometidos a ciertas reglas particulares, creando así una cierta dualidad de estatuto en el ámbito del derecho internacional. Aunque esta dualidad de estatuto es excepcional en derecho internacional clásico, «la dualidad de normas tal como se encuentra en derecho del desarrollo, tiende a ser una regla ordinaria afectando a la misma estructura del sistema»¹²⁵.

Desde esta perspectiva, «el principio de la dualidad de normas significa que a un cuerpo único de reglas que rigen uniformemente todas las relaciones entre los Estados se sustituyen en adelante dos cuerpos de reglas, paralelos e iguales en dignidad: por una parte, el que rige las relaciones entre los países desarrollados; por la otra, el que rige:

- 1) las relaciones entre estos últimos y los países en desarrollo,
- 2) las relaciones entre países en desarrollo»¹²⁶.

125. FEUER, Guy. «Les principes fondamentaux dans le droit international du développement». in: Colloque d'Aix-en-Provence, *op. cit.*, p. 225.

126. *Ibid.* De la misma opinión es: FLORY, M. «Souveraineté des Etats et coopération pour le développement», *op. cit.*, pp. 320-321; FLORY Thiébaud. *Le GATT. Droit international et commerce mondial*. Préface de Claude-Albert Colliard. Paris, LGDJ, 1968, p. 189; DE LACHARRIERE, Guy. *Commerce extérieur et sous-développement*. Paris, PUF, 1964, p. 238; del mismo autor, «Aspects récents du classement d'un pays comme moins développé». *AFDI*, 1967, p. 704; *La stratégie commerciale du développement*. Paris, PUF, 1973. p. 19; «L'influence de l'inégalité de développement des Etats sur le

Pero ¿hay efectivamente dualidad de normas? Para Adolfo Miaja de la Muela, la expresión «dualidad de normas no es exacta. Prefiere, en cambio, la expresión «dualidad de principios»¹²⁷. Pero los principios, ¿son normas?

A pesar de tan bella argumentación se pueden emitir ciertas dudas y reservas con respecto a la opinión de Guy Feuer. En realidad, este autor nos propone no dos, sino tres cuerpos de reglas que rigen:

- a) las relaciones entre países desarrollados;
- b) las relaciones entre países desarraigados y países en desarrollo;
- c) las relaciones entre países en vías de desarrollo.

Este análisis no nos parece convincente. El principio de la dualidad de normas nos lleva, en realidad, a una *pluralidad de normas*, si se toma en consideración las diferencias de desarrollo que existen entre los países en vías de desarrollo, por un lado, y entre los países industrializados, por el otro. En este mismo orden de ideas, hay que preguntarse: ¿los países industrializados capitalistas y los países industrializados socialistas, están regidos por el mismo cuerpo de reglas? Responder afirmativamente sería un poco arriesgado y así podríamos continuar con otros ejemplos lo que nos conduciría a la negación del derecho internacional¹²⁸.

droit international», *op. cit.*, p. 253; MARTIN, P. «Le nouvel ordre économique international», *op. cit.*, pp. 518-520.

127. MIAJA DE LA MUELA, A. *Principios y reglas fundamentales del nuevo orden económico internacional*, *op. cit.*, p. 15.

128. BEDJAOU, Mohammed. *Pour un nouvel ordre économique international*. Paris, UNESCO, 1979, p. 260; MAHIOU, A. «Les implications du nouvel ordre économique et le droit international», *in: Colloque d'Alger*, *op. cit.*, p. 320.

Para Michel VIRALLY, el principio de la dualidad de normas nos llevaría «à un dégradé, qui aurait pour conséquence, sur le plan juridique, d'introduire des règles multiples, façonnées à la mesure de leurs destinataires individuels. Comment ne pas hésiter devant de telles conclusions?... On peut accepter que des règles concrètes, précises, s'appliquant à des situations bien définies, à des rapports particuliers, se diversifient, s'adaptent à des situations individuelles. Mais à la condition que l'on reste dans un cadre unique, que l'on reste attaché à un certain nombre de principes fondamentaux qui, à mes yeux, doivent être considérés comme valorables pour tous les États et non pas simplement pour les États développés ou pour ceux qui sont en voie de développement», VIRALLY, Michel. *Conclusions au Colloque d'Aix-en-Provence*, *op. cit.*, p. 309.

El principio de la dualidad de normas se presenta, pues, como una nueva ficción destinada a estabilizar el estado actual de las estructuras de la sociedad internacional y nos conduce a considerar el derecho internacional del desarrollo como un derecho aparte. Esto es, en nuestro punto de vista, un grave error, ya que el derecho internacional del desarrollo constituye la levadura del derecho internacional general¹²⁹.

Todas estas consideraciones nos demuestran que no nos encontramos frente a una coexistencia de una dualidad de normas, sino frente a una dualidad de contenido de la misma norma¹³⁰.

Esta unidad del derecho internacional está confirmada por la práctica de los Estados, ya que los países de reciente independencia han subrayado repetidas veces que no rechazaban el derecho internacional, sino que querían adaptar ciertos principios y participar a su elaboración. Es verdad que existen ciertas tensiones en el seno de algunas organizaciones internacionales, entre los países industrializados y los países en desarrollo; sin embargo, los dos grupos de Estados conservan una misma voluntad común de mantener un solo derecho internacional que integre los diversos aspectos de estas tensiones.

Es así cómo la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha considerado siempre que eran las normas aplicables a todos los pueblos del mundo, es decir las normas universales, las que correspondían mejor a su misión. Sin embargo, gracias a un sistema de cláusulas que toman en consideración las desigualdades de desarrollo, esta Organización ha demostrado una cierta flexibilidad, bien sea en el momento de la aplicación de las normas, como durante su elaboración¹³¹.

Es así como las normas de reciprocidad y de no discrimi-

129. Touscoz, Jean. «Le régime juridique international des hydrocarbures et le droit international du développement». *Clunet*, 1973, p. 303.

130. BEDJAOU, M. *Pour un nouvel ordre économique international*, op. cit., p. 261. Igualmente: MAHIOU, A. «Les implications du nouvel ordre économique et le droit international». in: *Coloque d'Alger*, op. cit., p. 320; VIRALLY, M., es también partidario del carácter universalista de la norma, véase: *Conclusions au Colloque d'Aix-en-Provence*, op. cit., p. 310; y, «La Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Notes de lecture». *AFDI*, 1974, pp. 72-74.

131. Véase, a este respecto, el estudio de VALTICOS, Nicolas, et WOLF, Francis. «L'organisation internationale du travail et les pays en voie de développement: techniques d'élaboration et mise en oeuvre de normes universelles», in: *Coloque d'Aix-en-Provence*, op. cit., pp. 127-144.

nación tienen que tolerar ciertas excepciones, como la no reciprocidad y el sistema de preferencias, cuando se aplican entre países desarrollados y países en desarrollo. Esta no reciprocidad y el sistema de preferencias no constituyen una norma aparte, sino más bien una práctica marginal, una excepción a la norma general que continúa siendo la reciprocidad y la no discriminación ¹³².

Estas observaciones, a pesar de su carácter fragmentario, nos demuestran la diversidad de funciones que la equidad es susceptible de asumir en el nuevo derecho internacional, revelándose rica en sus bosquejos y viva en sus aplicaciones, practicando una justicia más o menos individualizada. Esta individualización, que humaniza el derecho, se traduce ya a nivel práctico en el sistema generalizado de preferencias. ¿Sabremos ampliarla a otras relaciones Norte/Sur?

132. Como dice *Emmanuel Decaux* «...l'inégalité, l'absence de réciprocité, n'est qu'un moyen pour atteindre une égalité plus réelle. L'abandon de la réciprocité n'est pas une remise en cause du principe de la réciprocité. c'est une exception: ...Le rôle de la discrimination établie est pourtant de permettre aux États de passer d'une égalité compensatrice à une égalité complète» (2). *DECAUX, Emmanuel. La réciprocité en droit international*. Paris, LGDJ, 1980, pp. 596-597.

Dominique *CARREAU* expresa la misma idea de la manera siguiente: «On peut envisager ces principes nouveaux comme une dérogation provisoire au droit commun des relations commerciales internationales destinés à aider ces pays à sortir de leur situation économique d'infériorité et à accéder au niveau de développement qui leur permettrait de supporter la règle commune». *CARREAU, Dominique; DE LA HOCHERE, Jacqueline; FLORY, Thiébaud. «Chronique de droit international économique». AFDI, 1968, pp. 596-597.*

Para *François RIGAUX*, «le mont 'dualisme' est deux fois incorrect. D'une part, il pourrait faire croire à la superposition de deux systèmes séparés, alors que les règles mieux adaptées à la situation des pays en développement s'intègrent au système global qu'elles corrigent partiellement; au demeurant, c'est la vocation propre du droit de soumettre à des traitements distincts des situations objectivement différentes. D'autre part, le mot 'dualisme' se réfère au clivage le plus apparent, celui qui sépare les pays développés des pays en développement, alors qu'il existe des sous catégories beaucoup plus diversifiées. Non seulement plusieurs distinctions sont introduites à l'intérieur même du groupe des pays en développement, mais surtout le libre-échange généralisé n'a jamais été pratiqué, les différents «marchés communs» régionaux ayant établi des distorsions beaucoup plus profondes que les préférences réclamées par les pays en développement», in: *Droit économique* 2. Paris, Pédone, 1979, p. 299.

