

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

**ANNE PETERS
MARIANO J. AZNAR
IGNACIO GUTIÉRREZ**
(eds.)



tirant lo blanch

Valencia, 2010

Copyright © 2010

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

© ANNE PETERS
MARIANO J. AZNAR
IGNACIO GUTIÉRREZ y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPOSITO LEGAL: V-4442-2009
I.S.B.N.: 9788498767049
IMPRIME Y MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/politicas.htm nuestro Procedimiento de quejas.

SUMARIO

Presentación	11
--------------------	----

De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

I. La Constitución y el Derecho constitucional	15
II. Constitución y Estado	19
III. Sin Estado no hay Constitución	27
IV. El Estado constitucional como pretensión normativa.....	35
V. La estatalidad abierta como tipo empírico	40
VI. Las vías del pluralismo	47
VII. Bases institucionales para una Constitución europea	54
VIII. Constitución europea	63
IX. Principios y estructura del Derecho constitucional europeo	67
X. Constitución, constitucionalización, constitucionalismo y Derecho constitucional de la Comunidad internacional	82

La Comunidad internacional

CHRISTIAN TOMUSCHAT

I. Inventario	93
II. Cuestiones de principio.....	100
III. Las funciones fundamentales de la Comunidad internacional	103
IV. Consideraciones finales.....	117

La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional

BARDO FASSBENDER

I. Introducción.....	121
II. El Derecho internacional al servicio de la razón de Estado	125
III. "Antiguo" y "nuevo" Derecho internacional: coexistencia y cooperación de los Estados en la era de las Naciones Unidas	127
IV. La "Comunidad internacional" – desarrollo de una idea por parte de la ciencia del Derecho internacional.....	130

V. Normas del Derecho internacional actual orientadas al bien común	135
VI. El contenido material del bien común de la Comunidad internacional.....	152
VII. Problemas y perspectivas	162

Las consecuencias de la globalización para el debate constitucional europeo

CHRISTIAN WALTER

I. Ejemplos de efectos jurídicamente relevantes de la globalización.....	176
II. Función y significado de la Constitución en el Estado nacional.....	183
III. Pérdida de unidad a través de la globalización: del Estado nacional soberano al Estado integrado y jurídicamente vinculado	189
IV. Consecuencias para la discusión constitucional europea...	203

Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales

ANNE PETERS

I. La tesis: la des-constitucionalización doméstica/nacional debida a la globalización debería y podría ser compensada a través de la constitucionalización del Derecho internacional.....	208
II. Algunas definiciones: "constitución", "constitucionalización" y "constitucionalismo"	210
III. Una mirada más cercana a las constituciones estatales....	215
IV. Diferentes fenómenos en la constitucionalización del Derecho internacional.....	218
V. Micro-constitucionalización en las organizaciones internacionales	232
VI. Enlazando los discursos nacionales e internacionales sobre las constituciones.....	238
VII. Tendencias anti-constitucionales	246
VIII. Hacia una reconstrucción constitucionalista del Derecho internacional	252

En torno a la unidad sistémica del Derecho internacional

MARIANO AZNAR

Introducción.....	263
I. La especialización del Derecho internacional actual	266
II. La unidad sistémica del Derecho internacional actual.....	281
III. Conclusión	298
Notas biográficas	313

La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional¹

BARDO FASSBENDER

Sumario: I. Introducción. II. El Derecho internacional al servicio de la razón de Estado. III. "Antiguo" y "nuevo" Derecho internacional: coexistencia y cooperación de los Estados en la era de las Naciones Unidas. IV. La "Comunidad internacional" – desarrollo de una idea por parte de la ciencia del Derecho internacional. 1. "Interés común" e "interés de la comunidad de Estados" – sobre la terminología del bien común en el Derecho internacional. 2. El bien común en la doctrina internacionalista: la "international community school". 3. La constitucionalización del Derecho internacional. V. Normas del Derecho internacional actual orientadas al bien común. 1. *Ius cogens*. 2. Obligaciones *erga omnes* de los Estados. 3. "Crímenes internacionales de los Estados". 4. Derecho constitucional de la Comunidad internacional. 5. Derecho penal internacional. VI. El contenido material del bien común de la Comunidad internacional. 1. Bosquejo de una determinación del contenido atendiendo a la Carta de las Naciones Unidas, los tratados y las declaraciones internacionales. 2. La protección del individuo como elemento vinculante y central. VII. Problemas y perspectivas

I. INTRODUCCIÓN

Los conceptos de "bien común" y "sentido cívico", acuñados en la antigüedad, han llegado a servir en épocas modernas como guías de tipo político-social, y ello precisamente a causa de su vago contenido, de "su mudable significado, de la modificación de su función orientadora, también, en fin, a causa de las diferentes opciones políticas

¹ "Der Schutz der Menschenrechte als zentrale Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls", *EuGRZ* 2003, págs. 1 ss. [Traducción de Ignacio Gutiérrez. Las referencias a la publicación oficial alemana de los tratados internacionales se sustituyen por la correspondiente española o europea; para algunos otros documentos oficiales se indica el enlace a la correspondiente publicación en internet. Por lo demás, aunque el autor cita en lengua original tanto textos normativos y jurisprudenciales como contribuciones doctrinales, hemos optado por traducir al castellano las correspondientes referencias en inglés o francés].

que se vinculan a ellos"². En las dos últimas décadas, la idea del bien común ha cobrado un nuevo auge, especialmente en la teoría política y en la filosofía social, justamente ante el hecho de que el Estado ha perdido la posición que durante mucho tiempo se arrogaba de monopolio en la defensa, interpretación e imposición del bien común³, mientras que, al mismo tiempo, un pluralismo social muy destacado dificulta cada vez más el acuerdo sobre contenidos del bien común dotados de vinculación general que puedan dotar de identidad a la "comunidad". Recientemente, el grupo de trabajo interdisciplinar "Gemeinwohl und Gemeinsinn" ("bien común y sentido cívico") de la Academia de las Ciencias de Berlín-Brandenburg ha emprendido un ambicioso proyecto de inventario y análisis sobre las transformaciones históricas de ambos conceptos y su actual significado en la ciencia y la política⁴; en el contexto de sus trabajos han surgido las siguientes reflexiones.

El bien común es también un concepto jurídico. Peter Häberle ha hablado incluso de la "ciencia jurídica como ciencia del bien común"⁵. En la ciudad de la Baja Edad Media y el Renacimiento, el bien común desempeñaba un importante papel en la configuración del concepto del "interés colectivo"⁶. Thomas Hobbes resumió en 1640 los deberes y tareas del gobernante soberano en una frase: "*Salus populi suprema lex*; por lo cual debe entenderse no la simple preservación de sus vidas, sino, en general, su provecho y bienes-

² Cfr. H. Münkler / H. Bluhm, "Gemeinwohl und Gemeinsinn als politisch-soziale Leitbegriffe", en la obra editada por ellos mismos *Gemeinwohl und Gemeinsinn. Historische Semantiken politischer Leitbegriffe*, Berlín 2001, págs. 9-30 (9).

³ Ibid.

⁴ Los resultados del grupo de trabajo, fundado en 1998 y dirigido por H. Hofmann, H. Joas, H. Münkler (portavoz), F. Neidhardt y C. Wiedemann, serán publicados por la editorial Akademie Verlag de Berlín en los cuatro tomos previstos de "Informes" (ed. por H. Münkler / H. Bluhm / K. Fischer).

⁵ Cfr. P. Häberle, Recensión de M. Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht* (1974), AöR 101 (1976), pág. 292. Una detallada investigación y un inventario del discurso jurídico sobre el bien común se encuentra en el reciente tomo H. Münkler / K. Fischer (ed.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht. Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen*, Berlín 2002.

⁶ Cfr. P. Blickle, "Der Gemeine Nutzen. Ein kommunaler Wert und seine politische Karriere", en Münkler / Bluhm (cit. en n. 1), págs. 85-107.

tar”⁷. En el siglo XVIII, el concepto de *policey* hacía referencia a las dos tareas centrales del gobierno, la conservación del “buen orden” del Estado y el acrecentamiento del bienestar común⁸. En el ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, “bien común” e “interés público”, utilizado en general como sinónimo del mismo, sirven como fundamento jurídico de competencias públicas, como título para la limitación de los derechos fundamentales y el establecimiento de deberes, como regla básica para la solución de conflictos en caso de colisión de intereses (especialmente en la relación entre individuo y Estado, pero también entre diferentes corporaciones jurídico-públicas).⁹ La Ley Fundamental declara en el art. 14 que el uso de la propiedad debe servir simultáneamente al “interés de la colectividad”, y la expropiación sólo cabe en atención al “interés de la colectividad”¹⁰. El juramento que conforme a la Ley Fundamental deben prestar el Presidente, el Canciller y los Ministros de la Federación les vincula al “bien del pueblo alemán” (arts. 56 y 64.2 de la Ley Fundamental)¹¹.

⁷ T. Hobbes, *The Elements of Law, Natural and Politic* (1640), en *Human Nature and De Corpore Politico*, Oxford 1994 (ed. J.C.A. Gaskin), págs. 3-182, cita de pág. 172. Cfr. E.-W. Böckenförde, “Gemeinwohlvorstellungen bei Klassikern der Rechts- und Staatsphilosophie”, en Münkler / Fischer (cit. en n. 5), págs. 43-65 (56-58).

⁸ Cfr. M. Bohlender, “Metamorphosen des Gemeinwohls. Von der Herrschaft guter polizey zur Regierung durch Freiheit und Sicherheit”, en Münkler / Bluhm (cit. en n. 2), págs. 247-274 (248). Fundamental H. Maier, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 2.^a ed. Munich 1980.

⁹ Cfr. P. Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, Bad Homburg v.d.H. 1970, así como R. Uerpmann, *Das öffentliche Interesse*, Tübingen 1999.

¹⁰ Cfr. C. Bumke, “Eigentum – Paradigma für ein dem Gemeinwohl verpflichtetes Rechtsinstitut”, en Münkler / Fischer (cit. en n. 5), págs. 179-229 (217-222).

¹¹ Sobre el significado del bien común en el Derecho constitucional alemán, cfr. exhaustivamente J. Isensee, “Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat”, en J. Isensee / P. Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, Heidelberg 1988, págs. 3-82. Cfr. también H. Hofmann, “Verfassungsrechtliche Annäherungen an den Begriff des Gemeinwohls”, en Münkler / Fischer (cit. en n. 5), págs. 25-41, así como D. Grimm, “Gemeinwohl in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, ibd., págs. 125-139.

En Derecho internacional, plantearse el tema de la realización de un “bien común” nos conduce de inmediato a la pregunta central acerca del *sentido* mismo del Derecho internacional, que ha sustituido a la antigua pregunta *existencial* (“¿hay en realidad un Derecho internacional?”): ¿qué bienes jurídicos pretende asegurar o proteger el Derecho internacional para promover un bienestar universal, material e inmaterial, que se vaya aproximando a un proyecto ideal? ¿De qué criterios dispone para proponer un *deber ser* jurídico (¿éticamente fundado?) en beneficio del “interés general”?¹². ¿El bien de quién es aludido cuando se habla del “bien común” jurídico internacional?¹³; ¿el de los Estados, el de los pueblos, el de los individuos singulares que los constituyen o el de la “humanidad” en cuanto tal? ¿De quién es el interés particular cuya persecución debe, por el contrario, quedar en segundo término? ¿Quién “defiende”, quién “realiza” el bien común en este ámbito? ¿Los Estados? (y, en caso de que sea así, ¿en cuál de sus funciones?: ¿cómo sujetos principales del Derecho internacional o como miembros que dan vida a la “Comunidad internacional”?). ¿O más bien las organizaciones internacionales y supranacionales que ellos han creado, en primer lugar las Naciones Unidas? ¿Incluso “la población mundial en su conjunto”?¹⁴ Quizá existan también diversas competencias orientadas al bien común, que en parte incluso podrían superponerse. La cuestión del bien común afecta al Derecho internacional de modo más incisivo que a los ordenamientos nacionales, que desde hace más tiempo y con mayor intensidad se han enfrentado a las “dificultades que entraña dotar de perfil al concepto de bien común”¹⁵.

¹² Cfr. sobre ese uso del bien común, como “fórmula orientada a valores” de un lado y como regla jurídica de otro, M. Stolleis, artículo “Gemeinwohl” en R. Herzog et alii (ed.), *Evangelisches Staatslexikon*, 3.ª ed., Bd. 1, Stuttgart 1987, págs. 1061-1064 (1061).

¹³ Cfr. también C. Offe, “Wessen Wohl ist das Gemeinwohl?”, en H. Münkler / K. Fischer (ed.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn. Rhetoriken und Perspektiven sozial-moralischer Orientierung*, Berlín 2002, págs. 55-76.

¹⁴ Así A. Schwan, “Gemeinwohl aus politikwissenschaftlicher Sicht”, en Görres-Gesellschaft (ed.), *Staatslexikon*, 7.ª ed., Bd. 2, Freiburg i.Br. 1986, págs. 859-861 (861).

¹⁵ Cfr. G.F. Schuppert, “Gemeinwohl, das. Oder: Über die Schwierigkeiten, dem Gemeinwohlbegriff Konturen zu verleihen”, en *WZB-Jahrbuch 2002* (ed. por G. F. Schuppert / F. Neidhardt), págs. 19-64, y del mismo autor “Ge-

II. EL DERECHO INTERNACIONAL AL SERVICIO DE LA RAZÓN DE ESTADO

El concepto del *bonum commune generis humani*, del bien o del bienestar general de la humanidad, se encuentra ya en los comienzos de la dogmática del Derecho internacional, a principios de la Edad Moderna. El español Francisco Suárez (1548-1617), representante de la escolástica tardía, lo emplea incidentalmente en su escrito sobre la guerra cuando hace notar que la idea de que los conflictos entre los príncipes o las repúblicas sólo pueden ser resueltos mediante la guerra se enfrenta a la razón y al *bonum commune* del género humano, y por ello choca con la justicia (*contra prudentiam, ac bonum commune generis humani; ergo contra iustitiam*)¹⁶. Aunque Suárez adoptó el concepto de Derecho internacional (*ius gentium*) como *ius inter omnes gentes* acuñado por su predecesor Francisco de Vitoria (ca. 1483-1546) y lo explicó en el sentido “moderno” de un Derecho entre Estados, por lo que con razón se le cuenta entre los precursores del Derecho de una comunidad plural de Estados, su idea del bien común de la humanidad se sitúa más bien al final, no al principio de una evolución. Se remite hacia el pasado ya perdido de unidad político-religiosa del occidente cristiano bajo el Emperador y el Papa, a la *res publica cristiana* y, en último extremo, a la unidad del pueblo de Dios, y pretende transferir dicha idea de una Comunidad que comprende a los pueblos y los Estados, cuyo interés general

meinwohldefinition im kooperativen Staat”, en Münkler / Fischer (cit. en n. 5), págs. 67-98.

¹⁶ Véase Suárez, “De triplici virtute theologica; tractatus III: De charitate; disputatio XIII: De bello; sectio sexta, 5”, ed. de 1621 (reimpresión fotomecánica en *Selections from Three Works of Francisco Suárez, S.J.*, vol. I, Oxford/Londres 1944), pág. 810. Cfr. A. Verdross, “Der klassische Begriff des ‘bonum commune’ und seine Entfaltung zum ‘bonum commune humanitatis’”, en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht y Völkerrecht*, Bd. 28 (1977), págs. 143-162 (157 s.); A. Verdross / B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3.^a ed., Berlín 1984, págs. 12 s., y J. P. Doyle, “Francisco Suárez on The Law of Nations”, en M. W. Janis/C. Evans (ed.), *Religion and International Law*, La Haya 1999, págs. 103-120. Sobre la idea del “bien de toda la humanidad” (*finis et bonum totius orbis*) en Vitoria, J. Soder, *Die Idee der Völkergemeinschaft. Francisco de Vitoria und die philosophischen Grundlagen des Völkerrechts*, Frankfurt a.M./Berlín 1955, págs. 58-60.

debe prevalecer sobre el de sus miembros singulares, al moderno y secular mundo de Estados que se está formando en Europa¹⁷.

Pero el paso del tiempo no favoreció esta idea de una comunidad universal de pueblos y personas, sino la concurrencia y rivalidad de los Estados y territorios singulares, su competencia por el poder político, económico y militar, por la expansión territorial y el crecimiento de la población, por un rango que reflejara todo esto. En palabras de Otto Hintze, se trataba en la época moderna de la "separación del Estado, como un individuo que se desvincula de sus antiguas relaciones comunitarias", de una "transición hacia la autodeterminación individual"¹⁸. Tal Estado moderno es designado por Hintze como "Estado-fuerza", "Machtstaat": "Debe estar en condiciones de hacerse respetar en la nueva sociedad de Estados"; "cada Estado debe ver el modo de proteger e imponer sus intereses"; "justo la rivalidad existente entre las potencias, que ciertamente nunca podrían ser colocadas de modo duradero bajo una dirección unitaria, produce una inaudita activación de todas las energías, en particular las militares y financieras"¹⁹.

La praxis estatal y la teoría del Derecho del siglo XIX no concibieron el Derecho internacional como un ordenamiento que debiera promover o realizar un bien común a todos los Estados que lo sustentaban (o a sus pueblos). En primera línea, sus defensores argumentaban más bien con el servicio que prestaba a los intereses propios de los Estados individuales. El manual de August Wilhelm Heffter, muy difundido en Alemania en la segunda mitad del siglo, explicaba el Derecho internacional como asunto de provecho y necesidad para cada Estado particular "en su tráfico con los demás"²⁰. Se

¹⁷ Cfr. sobre el Derecho internacional de principios de la Edad Moderna W. G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden 1984, págs. 33-54, 163-216, y B. Fassbender, "Die verfassungs- und völkerrechtsgeschichtliche Bedeutung des Westfälischen Friedens von 1648", en I. Erberich et alii (ed.), *Frieden y Recht*, Stuttgart 1998, págs. 9-52 (21-33).

¹⁸ O. Hintze, "Wesen y Wandlung des modernen Staates" (1931), en la recopilación de sus obras *Staat y Verfassung*, ed. por G. Oestreich, 2.^a ed. Göttingen 1962, págs. 470-496 (478).

¹⁹ *Ibid.* págs. 479 s.

²⁰ Cfr. A. W. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen*, 8.^a ed. revisada por F. H. Geffcken, Berlín 1888, págs. 3.

correspondía perfectamente con esta concepción del Derecho internacional como “Derecho del tráfico” el que sus materias principales fueran el Derecho de las relaciones diplomáticas, el Derecho de los tratados, el Derecho del mar y de la guerra. William Edward Hall, autor del principal manual inglés de la época, escribía que en el Derecho internacional, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho de los Estados civilizados modernos, no existía persona alguna o grupo de personas al que se hubiera conferido la autoridad de establecer Derecho en beneficio de todos:

Los Estados (...) son entidades independientes, no sujetas a control alguno y carentes de superior; no hay nadie, ni ningún grupo de personas, al que le haya sido delegada la autoridad de declarar Derecho orientado al bien común; un Estado está sólo vinculado a las reglas con las que él mismo se siente obligado en conciencia tras un examen razonable de la situación²¹.

III. “ANTIGUO” Y “NUEVO” DERECHO INTERNACIONAL: COEXISTENCIA Y COOPERACIÓN DE LOS ESTADOS EN LA ERA DE LAS NACIONES UNIDAS

Sólo la experiencia de las dos guerras mundiales del siglo XX logró desencadenar un progresivo distanciamiento respecto de la teoría de la simple autovinculación y de la idea, asociada a ella, conforme a la cual un Estado aceptará e incluso deberá aceptar tan sólo aquellas obligaciones internacionales que promuevan sus intereses nacionales. Las guerras se consideraron en adelante consecuencia y culminación de una “anarquía de soberanías”²² a la que había conducido la non sancta alianza de ideas extremadas en torno a la soberanía, positivismo jurídico y nacionalismo²³. La retórica política,

²¹ W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 2.^a ed., Oxford 1884, pág. 4.

²² La expresión corresponde a O. Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, 3.^a ed. Munich 1987, págs. 74, que en cualquier caso la aplica a toda la época del “Derecho internacional clásico” (desde su formación en 1648 hasta 1918). De modo similar J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6.^a ed., ed. por H. Waldock, Oxford 1963, págs. 45 (“la doctrina de la soberanía [como un principio de] anarquía internacional”).

²³ Cfr. B. Fassbender, artículo “Souveränität”, en H. Volger (ed.), *Lexikon der Vereinten Nationen*, Munich/Viena 2000, págs. 492-495 (493).

poco después asumida también en el ámbito del Derecho internacional, colocaba ahora la Comunidad de Estados por encima de su aislamiento y su rivalidad, los valores e intereses de la Comunidad por encima de los particulares.

Importante testimonio de esa transformación es el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas proclamada el 25 de junio de 1945 en San Francisco. Por primera vez en la historia del Derecho internacional se mencionan allí valores materiales que orientan la colaboración internacional de todos los Estados del mundo y que han de ser realizados a través de ella: la paz, los derechos humanos y la dignidad humana, la igualdad entre hombre y mujer, la justicia, el progreso social y económico, la tolerancia. A nuestros efectos resulta también significativo que el Preámbulo utilice el concepto del “interés común” (de las naciones unidas en esta organización): los pueblos se proclaman decididos a garantizar que la fuerza armada no sea utilizada “salvo en interés común”. El art. 1 de la Carta describe a continuación los fines esenciales de la Organización de las Naciones Unidas: la preservación de la paz mundial, el desarrollo de relaciones amistosas entre los pueblos y, en tercer lugar, “la cooperación internacional para resolver problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario y para promover y fomentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión”.

Con apoyo en la finalidad de una cooperación internacional general así proclamada en la Carta de las Naciones Unidas, Wolfgang Friedmann describió del siguiente modo, en su libro de 1964 titulado *The Changing Structure of International Law*, la transformación del Derecho internacional que la creación de las Naciones Unidas había hecho visible y también reforzado: el clásico “Derecho internacional de la coexistencia” habría constituido esencialmente un “código negativo de reglas de abstención” — un código dirigido a los Estados que contenía prohibiciones de determinadas conductas, como la injerencia en territorio ajeno, el daño a ciudadanos de otros Estados o la intromisión en los asuntos internos de un Estado extranjero. Junto a ese Derecho internacional de la coexistencia se habría colocado —de modo incipiente en la época de la Sociedad de Naciones, sólo tras la segunda guerra mundial de modo enérgico y radical— un “Derecho internacional de la cooperación” tanto en los planos universal como regional, que impone a los Estados la acción cooperativa, por cierto en una multitud de ámbitos materiales que eran desconocidos para

el viejo Derecho de la coexistencia²⁴. De modo aprobatorio cita Friedmann a Wilfred Jenks:

El énfasis del Derecho se desplaza crecientemente desde la estructura formal de las relaciones entre Estados y la delimitación de sus jurisdicciones hacia el desarrollo de reglas sustantivas en cuestiones vitales de interés común para el desarrollo de una comunidad internacional y para el bienestar individual de los ciudadanos de sus Estados miembros²⁵.

La tesis central del libro es resumida por Friedmann en los siguientes términos: "En el Derecho internacional resulta hoy de importancia tanto teórica como práctica distinguir entre el Derecho internacional de la 'coexistencia', que dirige fundamentalmente las relaciones diplomáticas interestatales, y el Derecho internacional de la cooperación, que se expresa en la cada vez más relevante estructura de la organización internacional y en la *persecución de intereses comunes de los hombres*"²⁶. Entre esos intereses comunes de todos incluía Friedmann el aseguramiento de la paz, el desarrollo económico, la protección de los derechos humanos y el aprovechamiento cauteloso de los limitados recursos naturales de la Tierra.

Con algún retraso, la confrontación entre el viejo y el nuevo Derecho internacional concebidos en términos de tipos ideales por Friedmann ha hallado en los diez últimos años reconocimiento general en la doctrina del Derecho internacional²⁷ – curiosamente justo cuando las circunstancias jurídico-políticas que respaldaban la teoría de Friedmann, en concreto el apoyo a los países en desarrollo y la organización del mayor bienestar posible a nivel mundial, ("organización internacional del bienestar"), hubieron de ceder ante la idea directora del mercado global y la competencia.

²⁴ Cfr. W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Londres 1964, págs. 60-71.

²⁵ C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, Londres 1958, pág. 17, cit. por Friedmann, *ibid.*, pág. 65.

²⁶ Friedmann (cit. en n. 24), pág. XIII (cursiva de B. Fassbender).

²⁷ Cfr. sólo C. Leben, "By Way of Introduction (Symposium: The Changing Structure of International Law Revisited)", *EJIL* 8 (1997), págs. 399-408; A. L. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung*, Munich 2001, págs. 181-188.

IV. LA "COMUNIDAD INTERNACIONAL" - DESARROLLO DE UNA IDEA POR PARTE DE LA CIENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. *"Interés común" e "interés de la comunidad de Estados"- sobre la terminología del bien común en el Derecho internacional*

Aunque el "bien común" ("Gemeinwohl") y sus equivalentes en otras lenguas ("the common good", "bien public", "salut public") no constituyen un concepto normativo en el Derecho internacional actual²⁸, en las fuentes del Derecho y en la literatura se pueden encontrarse expresiones de la misma familia. Ya se ha aludido al giro "salvo en interés común" que figura en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas. Más o menos sinónimas se consideran en Alemania las referencias a los "intereses de la Comunidad internacional" o a "los intereses de la Comunidad de Estados".

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su célebre "Declaración sobre las relaciones pacíficas" de 1970, una determinación ulterior de los principios de Derecho internacional orientadores de las relaciones interestatales, proclamó como finalidad de la cooperación internacional, al lado de la paz mundial y el progreso económico, el "bienestar general de los pueblos"²⁹. La "Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados", adoptada por la Asamblea Ge-

²⁸ Ni en el *Wörterbuch des Völkerrechts* de Strupp/Schlochauer (Berlín 1960-62) ni en la *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam et alii, 1992-99) editada por R. Bernhardt, que puede considerarse sucesora del anterior, se encuentra la correspondiente entrada. Tampoco ofrece resultados la búsqueda en los índices de materias de Verdross / Simma (cit. en n. 16), R. Jennings/A. Watts (ed.), *Oppenheim's International Law*, Tomo 1, 9.ª ed. Londres/Nueva York 1992, o I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5.ª ed. Oxford 1998.

²⁹ "Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional relativos a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", anexo a la Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970, 4.º Principio, párrafo primero (cursiva de B.F.), en *UNYB* 1970, págs. 788; C. Tomuschat (ed.), *Völkerrecht [Textsammlung]*, Baden-Baden 2001, págs. 77 [las resoluciones de la Asamblea General las NU, y en adelante se citan no pocas, son fácilmente accesibles en castellano desde <http://www.un.org/spanish/documents/resga.htm>]. Cfr. en la doctrina especialmente B. Graf zu Dohna, *Die*

neral con la mayoría de los Estados del *Tercer Mundo* y de los países comunistas y rechazada por los países industrializados de occidente más en razón de los medios propuestos que de los fines proclamados, con la que se pretendía reforzar la posición de los países en desarrollo dentro de la economía mundial, asume en su Preámbulo la expresión “interés común” de la Carta de las Naciones Unidas y la vincula con las ideas de equidad (juego limpio, justicia), igualdad, interdependencia y colaboración de los Estados en cuanto fundamento de un “nuevo orden económico mundial”³⁰. Con diferentes acentos, las figuras retóricas constantemente renovadas se orientan al desarrollo económico del *Tercer Mundo*, a la equiparación de sus relaciones económicas con las del norte industrializado. El Capítulo III de la Resolución, bajo el epígrafe “Responsabilidades comunes frente a la Comunidad internacional”, repitiendo una Declaración de 1970³¹, declaró el suelo y el subsuelo marítimo más allá de las fronteras de la soberanía estatal como “patrimonio común de la humanidad” (art. 29) y postuló en el art. 30 una obligación general de los Estados de proteger el medio ambiente en interés de las generaciones actuales y futuras.

2. *El bien común en la doctrina internacionalista: la “international community school”*

En la actual ciencia del Derecho internacional, los aspectos del bien común —con ésta o con otra denominación— son subrayados sobre todo por autores que cabría insertar en una “escuela de la comunidad internacional” (“international community school”)³². No es casual que esta orientación doctrinal haya sido sustentada principalmente por estudiosos alemanes de la posguerra. También en el

Grundprinzipien des Völkerrechts über die freundschaftlichen Beziehungen y die Zusammenarbeit zwischen den Staaten, Berlín 1973, págs. 178-192.

³⁰ Carta de derechos económicos y deberes de los Estados, Resolución de la Asamblea General 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974, Preámbulo, 4.º párrafo, en *UNYB* 1974, págs. 402.

³¹ Resolución de la Asamblea General 2749 (XXV) de 17 de diciembre de 1970 (“Declaración sobre los principios de los fondos marinos”), en *UNYB* 1970, págs. 78.

³² Cfr. B. Fassbender, *UN Security Council Reform and the Right of Veto. A Constitutional Perspective*, La Haya /Londres/Boston 1998, págs. 50-58: “la doctrina de la Comunidad internacional”.

pasado los autores alemanes, franceses e italianos se han ocupado ciertamente más que los procedentes del ámbito anglo-americano de sistematizar y explicar de modo coherente las transformaciones del acerbo normativo del Derecho internacional. Pero ahora resulta inocultable su especial reacción frente a la hipertrofia nacionalsozialista del Estado-fuerza con su rechazo radical de todos los intereses y demandas de los demás Estados. Importantes contribuciones han hecho en este sentido Hermann Mosler, Christian Tomuschat y Bruno Simma³³. Esta doctrina que se centra en la Comunidad internacional ha encontrado un amplio reconocimiento internacional, sea explícito³⁴ o implícito. Al menos no se percibe ningún proyecto alternativo, dejando a un lado la crítica postmoderna y feminista³⁵, tras la caída del bloque comunista del Este y su doctrina oficial del Derecho internacional. La doctrina de la Comunidad internacional se corresponde también con las perspectivas fundamentales de los autores procedentes de los países en desarrollo, por más que éstos encuentren en ella un apoyo sólo cauteloso a sus requerimientos de una mejora en la posición política y económica del "Sur".

Esta doctrina, que se sitúa de modo más o menos consciente en la tradición de la concepción universalista del Derecho internacional³⁶, pero que también prosigue los esfuerzos de institucionalización de

³³ Cfr. H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, Alphen aan den Rijn 1980; C. Tomuschat, "Obligations Arising for States Without or Against Their Will", *Recueil des Cours* 241 (1993 IV), págs. 195-374; del mismo autor "Die internationale Gemeinschaft", *Archiv des Völkerrechts* 33 (1995), págs. 1-20 [en castellano en este mismo libro]; también de C. Tomuschat "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", *Recueil des Cours* 281 (1999), págs. 9-438; B. Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *Recueil des Cours* 250 (1994 VI), págs. 221-384.

³⁴ Cfr. especialmente J. I. Charney, "Universal International Law", *AJIL* 87 (1993), págs. 529-551; P. M. Dupuy, "The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited", *Max Planck Yearbook on United Nations Law* 1 (1997), págs. 1-33; G. Abi-Saab, "Whither the International Community?", *EJIL* 9 (1998), págs. 248-265; D. Thürer, "Modernes Völkerrecht: Ein System im Wandel und Wachstum - Gerechtigkeitsgedanke als Kraft der Veränderung?", *ZaöRV* 60 (2000), págs. 557-604, esp. págs. 595-602; A. Cassese, *International Law*, Oxford/Nueva York 2001, págs. 13-18.

³⁵ Cfr. al respecto Paulus (cit. en n. 27), págs. 210-217.

³⁶ Sobre esto Verdross / Simma (cit. en n. 16), págs. 11-17.

la comunidad jurídico-internacional³⁷, concibe "la Comunidad internacional" como una formación jurídica que, en conjunto, asume la responsabilidad de asegurar los fundamentos de la existencia de la humanidad en cuanto "defensora de valores fundamentales cuyo respeto representa una condición para la supervivencia de la humanidad entendida como formación social pacífica y dotada de principios morales"³⁸. Al subrayar de este modo la vinculación de todos los Estados a la Comunidad, la doctrina "declara su decidido rechazo a las corrientes clásicas del siglo XIX conforme a las cuales el Estado soberano era la medida de todas las cosas y el Derecho internacional público en todas sus manifestaciones debía considerarse dependiente del consenso de los destinatarios afectados por sus obligaciones (...) La inserción de todos los Estados en la Comunidad internacional se ha convertido en un axioma fundamental e inconvencible del orden internacional actual"³⁹. En particular Tomuschat destaca que el orden jurídico de la Comunidad internacional, vinculado a determinados valores comunes, se caracteriza hoy por sus elementos no consensuales; las reglas fundamentales de la Comunidad existen con independencia del acuerdo de un Estado particular, que tampoco podría desvincularse unilateralmente de ellas⁴⁰.

Bruno Simma ha descrito la mutación del Derecho internacional, que pasa de una ordenación de relaciones fundamentalmente bilaterales entre Estados a otra que atiende con intensidad creciente al "interés de la Comunidad". Éste se comprende como "respeto a ciertos valores fundamentales (...) reconocidos y sancionados por el Derecho internacional como cuestión que incumbe a todos los Estados"⁴¹. Se trataría, en este proceso, de "una re-concepción [del Derecho internacional] como un sistema de Derecho público, partiendo del axioma de la responsabilidad social que asumen sus sujetos que puede serles exigida"⁴². De todos modos, el ordenamiento jurídico-internacional estaría aún caracterizado por una infraestructura de tipo fundamentalmente bilateral y por la ausencia de instituciones

³⁷ Cfr. Paulus (cit. en n. 27), págs. 179-194.

³⁸ Tomuschat, "Die internationale Gemeinschaft" (cit. en n. 33), pág. 6.

³⁹ *Ibid.* págs. 6 s.

⁴⁰ Tomuschat, "Obligations" (cit. en n. 33), págs. 211, 236, 304, 314.

⁴¹ Simma (cit. en n. 33), pág. 233.

⁴² *Ibid.* pág. 234 (apoyándose parcialmente en P. Allott, *Eunomia. New Order for a New World*, Oxford/Nueva York 1990).

internacionales adecuadas que puedan imponer las obligaciones establecidas en interés público o en interés común⁴³.

3. *La constitucionalización del Derecho internacional*

Una nueva orientación en el ámbito de la doctrina del Derecho internacional se enfrenta a la objeción de que la Comunidad internacional carece, en la realidad jurídica, de órganos propios que puedan dar expresión a su voluntad, de manera que existiría un abismo entre la juridificación de cuestiones que afectan a la Comunidad y la institucionalización de la Comunidad que sería necesaria para que fuera posible imputarle tales intereses. A partir de las tesis de la "international community school", esta doctrina identifica el desarrollo del Derecho internacional desde los tiempos de la Sociedad de Naciones como un proceso de constitucionalización⁴⁴. La adopción del Estatuto de la Sociedad de Naciones (1919) y más tarde, tras su fracaso, de la Carta de las Naciones Unidas, resultan concebidas como el intento recurrente de dotar a la Comunidad internacional de una Constitución, entendida como documento constitucional que codifica las reglas fundamentales de la convivencia de los pueblos, de forma tal además que tales reglas quedan colocadas en adelante fuera de controversia, sustraídas a ingerencias individuales de los Estados. La Comunidad se entiende así no simplemente como suma de intereses individuales de los Estados particulares, sino como unidad con su propia personalidad jurídica y su propia finalidad, puesto que también se puede enfrentar al Estado concreto que se le oponga. En sustancia, se trata del intento de reestablecer normas dotadas de supremacía, independientes de la voluntad de los Estados particulares, cuya existencia como Derecho natural fue aceptada hasta principios del siglo XIX. Se postula una jerarquía de normas de Derecho internacional y de ese modo se logra un "Derecho constitucional internacional" con un rango relativamente superior y una particular firmeza. El concepto de Constitución incorpora al mismo tiempo aspectos de organización e institucionalización, como los que

⁴³ Ibid. pág. 249.

⁴⁴ Cfr. esp. Dupuy (cit. en n. 34), Fassbender (cit. en n. 32), págs. 19-159, y de este último "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1998), págs. 529-619.

son característicos de las constituciones estatales modernas. Este aspecto constitucional del Derecho internacional actual permite también una definición de la soberanía de los Estados particulares adecuada a los tiempos, que toma en consideración la reforzada referencia del Estado a la Comunidad: la soberanía del Estado es la autonomía que le resulta reconocida y garantizada por la Constitución de la Comunidad internacional, en particular por la Carta de las Naciones Unidas; se refiere a la pretensión de determinar el propio futuro y asumir las propias responsabilidades dentro de un espacio jurídico definido por el Derecho internacional⁴⁵.

V. NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL ORIENTADAS AL BIEN COMÚN

La orientación doctrinal que destaca de este modo los asuntos e intereses de la Comunidad dentro del Derecho internacional vigente se apoya esencialmente sobre desarrollos recientemente incorporados al edificio normativo del Derecho internacional; en la introducción de nuevas categorías de normas, definidas primeramente en términos formales, no sustanciales, pero que luego, desde el punto de vista del contenido, pueden ser en verdad agrupadas por su “orientación al bien común”. Se trata en particular, primero, del llamado “Derecho internacional imperativo” (*ius cogens*), en segundo lugar de las obligaciones de un Estado frente a todos los demás Estados (“obligaciones *erga omnes*”), en tercer término de los crímenes del Estado definidos por el Derecho internacional (“international crimes of States”) y, cuarto, del Derecho constitucional de la Comunidad internacional. Las disposiciones jurídicas correspondientes son a la vez condensación de ideas sobre el bien común en el ámbito del Derecho internacional —un núcleo más compacto, pero también más estrecho, dentro del generoso cuadro, pintado con minuciosos detalles y rico colorido, que identifica un “buen” orden mundial, tal

⁴⁵ Cfr. Fassbender, *UN Security Council Reform* (cit. en n. 32), págs. 109-112, y del mismo autor “Souveränität” (cit. en n. 23), así como B. Fassbender / A. Bleckmann, “Kommentierung von Art. 2 Ziff. 1 der UN-Charta (Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten)”, en B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2.^a ed., Tomo I, Oxford 2002, págs. 68-91.

y como aparece en los grandes tratados multilaterales sobre resolución de controversias, prevención de la guerra y desarme, sobre derechos humanos, medio ambiente, sobre relaciones económicas internacionales⁴⁶. A este amplio cuadro se incorporan también las Declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como, ya en la frontera entre Derecho internacional y política internacional, las Declaraciones finales de las Conferencias internacionales más importantes que se celebran bajo el amparo protector de las Naciones Unidas (como la Conferencia sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro en 1992, la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993 o la Conferencia sobre Desarrollo Social de Copenhague de 1995), que con razón han sido denominadas como "Conferencias sobre el orden mundial"⁴⁷.

Pese a su conexión con las cuatro categorías de normas internacionales mencionadas, es preciso considerar diferenciadamente otros dos, en primer lugar el Derecho penal internacional y en segundo término las normas sobre el "patrimonio común de la humanidad" ("common heritage of mankind"). El Derecho penal internacional se compone de normas de Derecho internacional que establecen sanciones penales para determinadas acciones u omisiones individuales; frente a lo que ocurre en el caso del *ius cogens*, de las obligaciones *erga omnes* y de los crímenes de los Estados, los destinatarios de tales normas no son aquí, exclusiva o preferentemente (como ocurre en el Derecho constitucional de la Comunidad internacional), los Estados, sino los individuos singulares. Las normas sobre el patrimonio común de la humanidad, finalmente, se caracterizan ante todo por su referencia espacial; se trata de prescripciones contenidas en tratados internacionales que de manera permanente excluyen determinados espacios (especialmente el extraterrestre y los suelos y subsuelos marinos situados más allá de la soberanía estatal) de la

⁴⁶ Cfr. sobre la "expresión del interés de la Comunidad de Estados en los Tratados" J. A. Frowein, "Das Staatengemeinschaftsinteresse – Probleme bei Formulierung und Durchsetzung", en K. Hailbronner et alii (ed.), *Staat und Völkerrechtsordnung. Festschrift für Karl Doehring*, Berlín 1989, págs. 219-238 (219-222).

⁴⁷ Cfr. C. Tomuschat, "The Concluding Documents of World Order Conferences", en J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya 1996, págs. 563-585.

apropiación por parte de Estados particulares, de su soberanía, y los declaran "patrimonio común de la humanidad"⁴⁸.

1. *Ius cogens*

La primera de estas categorías de normas específicamente orientadas al bien común es la del "Derecho internacional imperativo". Fue introducida en el Derecho internacional positivo mediante una disposición del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que la define como sigue (art. 53, frase segunda):

"Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la Comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter"⁴⁹.

La consecuencia de la infracción de una norma imperativa de Derecho internacional por parte de un tratado resulta establecida por la frase primera del art. 53 de la Convención: el correspondiente tratado es nulo. Si surge una nueva norma de Derecho imperativo, cualquier tratado existente que esté en contradicción con dicha norma deviene nulo y termina (art. 64).

Así pues, la categoría del *ius cogens* limita en primer lugar la libertad de los Estados en cuanto partes de un tratado. Ciertas normas del Derecho internacional no pueden ser modificadas por los Estados particulares mediante la celebración de tratados bilaterales o multilaterales, y las determinaciones del tratado son nulas en la medida en que contradigan una norma de *ius cogens*. De acuerdo con la doctrina hoy mayoritaria, la misma regla se aplica en virtud del Derecho consuetudinario internacional también a los actos unilaterales de los Estados⁵⁰. Junto con esta consecuencia jurídica que determina la ineficacia de los actos jurídicos que se le opongan, las

⁴⁸ Sobre esto con detenimiento B. Fassbender, "Zwischen Staatsräson und Gemeinschaftsbindung. Zur Gemeinwohlorientierung des Völkerrechts der Gegenwart", en H. Münkler / K. Fischer (cit. en n. 5), págs. 231-274 (253-258).

⁴⁹ BOE de 13 de junio de 1980.

⁵⁰ Cfr. S. Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlín 1992, págs. 335 s.; Chr. Tomuschat, "International Law" (cit. en n. 33), pág. 82.

normas de *ius cogens* se caracterizan por su universalidad (han de ser reconocidas como tales por la “Comunidad internacional de Estados en su conjunto”, pero obligan entonces también a cada Estado), por limitar el principio de reciprocidad (pretenden vigencia general sin atender a la reciprocidad, de modo que siguen resultando obligatorias por ejemplo para un Estado que es parte de un tratado multilateral también cuando alguna de las otras partes no cumple con sus obligaciones), por quebrar el principio de efectividad (una situación creada en violación de una norma de *ius cogens* no puede ser reconocida por Estado alguno), y también por incrementar la responsabilidad de quien actúa antijurídicamente⁵¹. Recientemente, el *ius cogens* ha cobrado significado asimismo en el Derecho de la inmunidad estatal; conforme a una idea que se expande cada vez más, un Estado al que le son reprochadas severas infracciones de los derechos humanos, en particular torturas, ya no puede invocar su inmunidad ante los tribunales de otro Estado⁵².

El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados no define el contenido del *ius cogens*; la doctrina internacionalista traza el círculo de las normas que lo componen con un radio a veces más corto, otras más largo⁵³. Pero existe consenso sobre las siguientes reglas: la prohibición del uso de la fuerza de la Carta de las Naciones Unidas (art. 2, n° 4), los derechos humanos fundamentales (en especial el derecho a la vida y la protección contra la tortura y los tratos degradantes) y las reglas del Derecho internacional humanitario que prohíben represalias contra personas protegidas⁵⁴. De modo muy

⁵¹ Cfr. Kadelbach, *ibid.*, pág. 342.

⁵² Cfr. el debate en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2001 en el caso *Al-Adsani v. Reino Unido* (demanda n° 35763/97), párrafos 23 s., 61-66, recogida en *EuGRZ* 29 (2002), págs. 403 ss. [accesible desde la web del Tribunal, <http://www.echr.coe.int/echr/>], con comentario de C. Maierhöfer, “Der EGMR als ‘Modernisierer’ des Völkerrechts? – Staatenimmunität und *ius cogens* auf dem Prüfstand”, *EuGRZ* 29 (2002), págs. 391-398. Cfr. también la *United States Foreign Sovereign Immunity Act* de 1976 (con modificaciones ulteriores), 28 U.S.C.A. § 1605(a)(7), también en Tomuschat (cit. en n. 29), págs. 553 s.

⁵³ Cfr. la panorámica de Paulus (cit. en n. 27), págs. 356, n. 113.

⁵⁴ Cfr. art. 50 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados de 2001, sobre las represalias no permitidas; *Draft articles on the responsibility of States for internationally wrongful acts*, 26 de julio de 2001, Documento de las Naciones Unidas A/

mayoritario se suman a éstas el derecho a la autodeterminación de los pueblos y la prohibición del genocidio y de la esclavitud.

El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha identificado en varias resoluciones la prohibición de la tortura como norma de *ius cogens*, subrayando de este modo la gravedad de la responsabilidad *individual* en caso de infracción. En su sentencia del caso *Furundžija* de 10 de diciembre de 1998 dice el Tribunal:

"Por la importancia de los valores protegidos, este principio [que proscribe la tortura] ha evolucionado hasta convertirse en una norma de Derecho imperativo o *ius cogens*, esto es, una norma que alcanza en la jerarquía internacional un rango superior al Derecho de los Tratados, superior incluso a las reglas consuetudinarias "ordinarias". La más relevante consecuencia de este rango superior es que el principio en cuestión no puede ser derogado por reglas que no estén dotadas de su misma fuerza normativa, sean procedentes de los Estados a través de tratados internacionales, sean de naturaleza consuetudinaria y alcance local, especial o incluso general.

"Es evidente que el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura articula la idea de que tal prohibición se ha convertido ahora en una de las normas más fundamentales de la Comunidad internacional"⁵⁵.

Paulus subraya como rasgo común de las reglas de *ius cogens* el hecho de que no se ocupen ya de "valores de los Estados", sino de "valores de la Comunidad", que preferentemente estarían orientados a la protección de individuos y de grupos de personas⁵⁶. Esta

CN.4/L.602/Rev.1; reproducido también como anexo a la Res. 56/83 der la Asamblea General y en Tomuschat (cit. en n. 29), págs. 97, 103.

⁵⁵ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Furundžija*, sentencia del 10 de diciembre de 1998, caso n.º IT-95-17/I-T, párrafos 153 y 154, en *ILM* 38 (1999), págs. 317 ss. (349). Cfr. también las sentencias en los casos *Prosecutor v. Delacic et alii*, de 16 de noviembre de 1998, caso n.º IT-96-21-T, párrafo 454, y *Prosecutor v. Kunara et alii* de 22 de febrero de 2001, casos n.º IT 96-23-T y IT-96-23/1-T, párrafo 466. Aún más incisiva la sentencia *Prosecutor v. Kupreški et alii* de 14 de enero de 2000, caso n.º IT-95-16-T, párrafo 520: "La mayoría de las normas del Derecho internacional humanitario, en particular las que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio, son también normas imperativas de derecho internacional o *ius cogens*" [las resoluciones en la página web de este Tribunal, <http://www.un.org/icty/index.html>].

⁵⁶ Paulus (cit. en n. 27), págs. 358, de modo similar Tomuschat, "International Law" (cit. en n. 33), págs. 81. De acuerdo con R. Kolb, *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, Paris 2001, págs. 181-186, el *ius cogens* descansa sobre la idea de la *utilitas publica*.

perspectiva, de todos modos, no es la única posible. De acuerdo con Kadelbach, son normas imperativas de Derecho internacional aquellas posiciones jurídicas del Estado, del grupo o del individuo (en cuanto sujetos de Derecho) “que descansan sobre sus derechos a la existencia, la igualdad y la autodeterminación”⁵⁷. Aquí, intentando someterse al marco argumental del Derecho internacional tradicional, se parte de las posiciones e intereses jurídicamente protegidos de los Estados y de los pueblos singulares, de cuya suma luego resultan los intereses de la Comunidad internacional.

2. *Obligaciones erga omnes de los Estados*

La categoría normativa de las llamadas obligaciones *erga omnes* de los Estados⁵⁸ se remonta a una formulación del Tribunal Internacional de Justicia en la sentencia del caso “Barcelona Traction” de 1970:

“Debe trazarse una distinción esencial entre la obligación de un Estado frente a la Comunidad internacional en su conjunto, y la que lo vincula *vis à vis* con otro Estado [...]. Por su propia naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Atendiendo a la importancia de los derechos involucrados, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés legítimo en su garantía; se trata de obligaciones *erga omnes*”⁵⁹.

Obligaciones frente a todos los Estados resultarían, dice el Tribunal Internacional de Justicia, por ejemplo de la prohibición de la guerra de agresión, de la prohibición del genocidio y de “los principios y reglas que afectan a los derechos más fundamentales de la persona humana, incluida la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial”⁶⁰. Más tarde el Tribunal consideró también el derecho de los pueblos a la autodeterminación como una norma con carácter *erga omnes*⁶¹.

⁵⁷ Kadelbach (cit. en n. 50), pág. 320.

⁵⁸ Recoge la literatura más importante Tomuschat, “International Law” (cit. en n. 33), págs. 82-84.

⁵⁹ *ICJ Reports* 1970, págs. 3, 32, párrafo 33 [todas las resoluciones del Tribunal Internacional de Justicia resultan fácilmente accesibles desde <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2>].

⁶⁰ *Ibid.* párrafo 34.

⁶¹ Cfr. la decisión en el caso de Timor Oriental (Portugal/Australia), *ICJ Reports* 1995, págs. 90, 102, párrafo 29. Cfr. también D. Schindler, “Die erga omnes-Wirkung des humanitären Völkerrechts”, en U. Beyerlin

La categoría de las obligaciones *erga omnes* fue desarrollada para convertir la infracción de determinados deberes jurídico-internacionales fundamentales en un asunto de todos, no sólo —como en el Derecho internacional “clásico” de la coexistencia— del Estado inmediatamente afectado. A todos los Estados se les atribuye por tanto un interés jurídico en la observancia de tales deberes; se convierten a la vez en defensores del interés de la Comunidad (o en órganos auxiliares de la Comunidad internacional): “Los que están en condiciones concretas de actuar son llamados a ofrecer sus mayores esfuerzos para el logro de ciertos objetivos comunes (...). Todo Estado tiene un papel que desempeñar como garante de ese núcleo de la constitución de la Comunidad internacional”⁶². La Comunidad internacional es así considerada como verdadera víctima de la transgresión⁶³.

Las consecuencias jurídicas de una infracción de obligaciones *erga omnes* son discutidas aún hoy. La jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia ha contribuido en escasa medida a aclararlas, no ha apoyado de modo sustancial la figura jurídica que trajo al mundo. El Tribunal no ha reconocido hasta ahora la legitimación de Estados no inmediatamente afectados en sus derechos para elevar una demanda ante el propio Tribunal en caso de una infracción de este tipo. Y la concepción según la cual los deberes que se tienen frente a la Comunidad internacional no podrían ser impuestos mediante el proceso judicial por parte de Estados que no han sido inmediatamente perjudicados convierte en realidad “el concepto, con un Tribunal ante el cual sólo los Estados pueden ser parte, en una fórmula vacía”⁶⁴.

Como trasfondo de la construcción de las obligaciones *erga omnes* estaba el hecho de que la Comunidad internacional carece de órganos propios que puedan defender eficazmente sus intereses —con la única excepción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que podría contrarrestar infracciones de la prohibición del uso de la fuerza. Esa idea se ha modificado en los años noventa del siglo XX mediante la generosa interpretación del concepto de la “garantía

(ed.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlín 1995, págs. 199-211.

⁶² Tomuschat, “International Law” (cit. en n. 33), pág. 84.

⁶³ Cfr. Fassbender, *UN Security Council Reform* (cit. en n. 32), págs. 127 s.

⁶⁴ Paulus (cit. en n. 27), pág. 378.

de la paz mundial y de la seguridad internacional” encomendada al Consejo de Seguridad (art. 24.1 de la Carta de las Naciones Unidas). Hoy resulta indiscutido que no sólo un tradicional conflicto entre Estados, sino también el genocidio o la violación de derechos humanos básicos se encuadran dentro del supuesto de hecho de una amenaza o una ruptura de la paz mundial, y con ello habilitan la intervención del Consejo de Seguridad⁶⁵.

De todos modos, la legitimidad del Consejo de Seguridad en su actual composición, que en lo esencial refleja el reparto de poder mundial al terminar la segunda guerra mundial, es puesta en cuestión desde diferentes perspectivas, y el derecho de veto de sus miembros permanentes (art. 27.3 de la Carta de las Naciones Unidas) inhibe su actividad. Una intensa discusión sobre su reforma que dura más de diez años sigue hoy sin producir resultados⁶⁶. Por eso resulta comprensible que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en su propuesta de codificación del Derecho de la responsabilidad de los Estados, haya mantenido (aunque en forma debilitada) la idea de las obligaciones *erga omnes* que se tienen frente a todos los Estados⁶⁷.

3. “Crímenes internacionales de los Estados”

La Comisión de Derecho Internacional ha renunciado finalmente, por el contrario, al discutido concepto, rechazado en especial por los Estados Unidos de América, de los “crímenes internacionales de los Estados” (“international crimes of States”), que se había desarrollado en conexión con las consecuencias jurídicas de una infracción de las obligaciones *erga omnes* y que debía dar expresión a la idea de que era preciso diferenciar en el ámbito de la responsabilidad de los Estados entre las lesiones “habituales” (por lo general de obligaciones bilaterales) y aquéllas que afectan a deberes básicos para con la Comunidad. El art. 19 del borrador adoptado en 1996 diferenciaba

⁶⁵ Cfr. Fassbender, *UN Security Council Reform* (cit. en n. 32), págs. 207-218.

⁶⁶ Ibid. págs. 221-275 y B. Fassbender, “Uncertain Steps into a Post-Cold War World: The Role and Functioning of the UN Security Council after a Decade of Measures against Iraq”, *EJIL* 13 (2002), págs. 271-301 (283-286).

⁶⁷ Cfr. Arts. 42, 48 y 54 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados (2001) (cit. en n. 54).

por ello entre “crímenes internacionales” y (simples) “delitos internacionales”:

Artículo 19 – Crímenes y delitos internacionales

1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada.

2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa Comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional⁶⁸.

Un “crimen internacional” debería representar, pues, la violación de una obligación “esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la Comunidad internacional” y, por ello, ser reconocido como crimen por la Comunidad internacional en su conjunto. Los miembros de la Comisión pensaban en particular en los delitos del Reich nacionalsocialista alemán.

El art. 19.3 contenía un catálogo de ejemplos de crímenes internacionales. Con alcance completamente similar al que corresponde al *ius cogens* y a las obligaciones *erga omnes*, se trataba de infracciones (graves) de la prohibición del uso de la fuerza, del derecho de autodeterminación de los pueblos y de derechos humanos básicos (“obligaciones internacionales de importancia esencial para la salvaguardia de la humanidad, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid”). Se añadía bajo la letra d) la infracción de obligaciones orientadas a la protección del medio ambiente⁶⁹.

El verdadero problema de las consecuencias jurídicas de un “crimen internacional del Estado” quedaba sin embargo sin resolver mediante esta definición de 1996. La discusión osciló durante muchos años entre los tres modelos de la criminalización (“sanción penal” de un crimen internacional frente al surgimiento de un simple deber de indemnización en el caso de los demás ilícitos), bilateralización (se reconoce a cada Estado el derecho a poner de manifiesto la infracción e imponer sanciones que inciten al infractor a respetar sus obligaciones) o institucionalización (implicación de las Naciones

⁶⁸ *Draft articles on State responsibility*, adoptados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, *ILC Yearbook* 1996 II/2, pág. 60 [[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1996_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1996_v2_p2_e.pdf)].

⁶⁹ *Ibid.*

Unidas ante la comisión de un crimen)⁷⁰. La Comisión de Derecho Internacional terminaba asumiendo en 1996 la bilateralización, porque en el supuesto de un crimen internacional consideraba a “todos los demás Estados” como “Estado perjudicado”⁷¹. Con tal solución, señala certeramente Paulus, habría desaparecido en gran medida la necesidad de crear una tercera categoría de “crímenes internacionales” junto al *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*, porque ahora no se trataría sino de una interpretación amplia del concepto de obligaciones *erga omnes*⁷².

La bilateralización es también la solución que sigue el proyecto definitivo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de julio de 2001⁷³. Junto con todo el antiguo art. 19⁷⁴ desaparece el concepto de “crímenes internacionales del Estado” y resulta sustituido por la expresión “infracciones graves de las obligaciones surgidas de *normas imperativas del Derecho internacional general*” (Parte 2, Cap. III del proyecto)⁷⁵. Mientras que un proyecto del año 2000 todavía hablaba de “infracciones graves de *obligaciones esenciales para con la Comunidad internacional*”⁷⁶, finalmente se acoge de este modo en el Derecho de la responsabilidad de los Estados la categoría jurídica reconocida del *ius cogens*⁷⁷.

⁷⁰ Cfr. Paulus (cit. en n. 27), págs. 390-401.

⁷¹ Cfr. art. 40. 3 del Borrador de Artículos de 1996 (cit. en n. 68): “Por ‘Estado perjudicado’ se entiende, además, si el delito internacional constituyera un crimen internacional, cualquier otro Estado”. Cfr. sobre las consecuencias jurídicas particulares de un crimen internacional los arts. 51-53 del Borrador.

⁷² Cfr. Paulus (cit. en n. 27), pág. 401.

⁷³ Véase supra, n. 54.

⁷⁴ Cfr. supra, el texto correspondiente a las notas 68 y 69.

⁷⁵ Cursiva de B. Fassbender – Ejemplos de tales normas de *ius cogens* ofrece (de forma no exhaustiva) el art. 50, sobre represalias no permitidas.

⁷⁶ Proyecto del Drafting Committee de la Comisión de Derecho Internacional del verano del año 2000; cfr. Paulus (cit. en n. 27), págs. 404-411 (cursiva de B.F.). Cfr. asimismo la formulación del art. 41.1 de este proyecto: “una infracción grave por parte de un Estado de una obligación asumida frente a la Comunidad internacional en su conjunto y esencial para la protección de sus intereses fundamentales”.

⁷⁷ Cfr. J. Crawford / J. Peel / S. Olleson, “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading”, *EJIL* 12 (2001), págs. 963-991 (976-979).

Frente a la regulación de los “crímenes internacionales” del proyecto de 1996 (art. 40.3) —y también frente a la declaración del Tribunal Internacional de Justicia en el caso Barcelona-Traction—⁷⁸, ahora, en caso de tal infracción grave de una norma de *ius cogens*, no todos los demás Estados, además del inmediatamente afectado, reciben la consideración de víctimas. El art. 48.1 del borrador de los “Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” determina, bajo el título “Exigencia de responsabilidad por parte de un Estado diferente del Estado perjudicado”:

Cualquier Estado distinto del perjudicado está legitimado para invocar la responsabilidad de otro Estado (...) si:

a) la obligación infringida se tiene frente a un grupo de Estados del que forma parte el Estado demandante, y tiene por objeto la protección de un interés colectivo del grupo;

b) la obligación infringida se tiene frente a la Comunidad internacional en su conjunto.

Sigue un segundo párrafo que aclara en particular qué exigencias (ciertamente modestas) puede plantear tal tercer Estado frente al infractor: puede exigir que cese la violación del Derecho y que no se repita, y debe procurarse una indemnización en favor del Estado perjudicado “o de los que se benefician de la obligación infringida”⁷⁹.

De este modo, el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de 2001, que la Asamblea General de las Naciones Unidas tomó en consideración en enero de 2002 y encomendó a la atención de los gobiernos de los Estados miembros⁸⁰, acoge con grandes reservas las categorías jurídicas del *ius cogens* y de las obligaciones *erga omnes*. Las posibilidades de reacción reconocidas al Estado no inmediatamente afectado en caso de una grave infracción del *ius cogens* y las consecuencias jurídicas especiales previstas en el art. 41 del proyecto de 2001 para tal infracción quedan configuradas en términos demasiado débiles como para que se pueda hablar aún de una tercera categoría de normas orientada a la protección del bien común, como la que se pretende establecer con la de los “crímenes

⁷⁸ Cfr. supra el texto correspondiente a la n. 59.

⁷⁹ Cfr. por lo demás el art. 54 en el Capítulo sobre las represalias; sobre ello el comentario de Crawford /Peel/ Olleson (cit. en n. 77), págs. 980-982.

⁸⁰ Res. 56/83 de 28 de Enero de 2002.

internacionales del Estado"⁸¹. Sólo cabe mantenerse atentos para comprobar si tal decisión de la Comisión de Derecho Internacional significa un paso atrás, "una inversión en la evolución del Derecho internacional general, retrocediendo desde un sistema orientado a la Comunidad hacia uno de nuevo estrictamente intersubjetivo"⁸². En cualquier caso, resulta significativo que el intento de traducir el desarrollo dogmático de una mayor vinculación de los Estados a la Comunidad al ámbito de la responsabilidad de los Estados, para de este modo asegurarlo, deba considerarse fracasado. Los Estados (determinantes) no se han mostrado dispuestos a completar una más o menos clara formulación de los deberes reforzados frente a la Comunidad mediante el correspondiente régimen de responsabilidades en caso de una transgresión de dichos deberes.

4. *Derecho constitucional de la Comunidad internacional*

Una específica "orientación al bien común" caracteriza también al Derecho constitucional de la Comunidad internacional. Aunque el concepto y la categoría normativa que designa resultan aún hoy discutidos, encuentra creciente acogida en la doctrina del Derecho internacional, por más que no exista unanimidad a la hora de atribuirle significado. Durante mucho tiempo, el concepto de Constitución estuvo tan intensamente asociado al Estado moderno que su transferibilidad a formaciones jurídicas no estatales resultaba categóricamente rechazada⁸³. Sólo tras crearse la Sociedad de Naciones se pusieron en marcha esfuerzos sistemáticos para introducir el concepto de Constitución en el Derecho internacional y para hacerlo fructífero en dicho ámbito; tales esfuerzos se han intensificado en la época de las Naciones Unidas. En el año 1926 publicó Alfred Verd-

⁸¹ Cfr. *Report of the International Law Commission, Fifty-third session*, Documento de las Naciones Unidas A/56/10, págs. 281 s. [<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.html>].

⁸² En tales términos la valoración anticipadora de G. Abi-Saab, "The Uses of Article 19", *EJIL* 10 (1999), págs. 339-351 (351). Cfr. también A. Pellet, "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!", *ibid.* págs. 425-434 (425-427, 433 s.).

⁸³ Cfr. sobre la referencia del concepto de Constitución al Estado, histórica pero no necesaria, I. Pernice, "Europäisches und nationale Verfassungsrecht", en *VVDStRL* 60 (2001), págs. 148-193 (149-163), y Fassbender, *UN Security Council Reform* (cit. en n. 32), págs. 25-35.

ross, un discípulo de Hans Kelsen, su libro *La Constitución de la Comunidad jurídico-internacional* (*Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*) en el espíritu del monismo jurídico. Verdross definía la Constitución en sentido material como “aquellas normas que tienen por objeto la estructura, organización y ordenación de las competencias de una Comunidad”. “El ordenamiento fundamental del Derecho internacional es por tanto la Constitución de la Comunidad jurídico-internacional”⁸⁴. Tras la segunda guerra mundial escribió el sabio vienés que el Estatuto de la Sociedad de Naciones había sido el (primer) “documento constitucional jurídico-internacional” de la Comunidad de Derecho internacional, y por tanto una Constitución en sentido formal⁸⁵. Finalmente ha declarado Bruno Simma, discípulo de Verdross: “Desde que la Organización de las Naciones Unidas (...) comprende a todos los Estados, e incluso los pocos que permanecen al margen de ella han reconocido sus principios fundamentales, la Carta de las Naciones Unidas se ha alzado como Constitución de la Comunidad universal de Estados”⁸⁶.

La idea de una Constitución jurídico-internacional centrada en las Naciones Unidas ha sido adoptada en especial por los autores de la “international community school”. Tomuschat designa como tal Constitución aquellas “reglas fundamentales independientes de la voluntad particular de los Estados que determinan sus derechos y deberes básicos”⁸⁷. El primer lugar entre tales reglas corresponde, según Tomuschat, al principio de igualdad soberana de los Estados. Como derivados del mismo considera la prohibición del uso de la fuerza entre Estados, el principio de no ingerencia en los asuntos internos de otros Estados y el deber de no provocar graves daños medioambientales en otro Estado⁸⁸. En todo caso, Tomuschat percibe que la Constitución internacional “surge en un proceso de creci-

⁸⁴ A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Viena/Berlín 1926, pág. V. Cfr. sobre el desarrollo de la teoría de Verdross Fassbender (cit. en n. 32), págs. 37-45.

⁸⁵ Cfr. A. Verdross, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, Freiburg i.Br. 1973, págs. 21.

⁸⁶ Verdross / Simma (cit. en n. 16), págs. VII s. Cfr. ibd. pág. 72. Ulteriores aclaraciones y desarrollos de la idea en Fassbender, “The UN Charter as Constitution” (cit. en n. 44).

⁸⁷ Cfr. Tomuschat, “Obligations” (cit. en n. 33), págs. 211.

⁸⁸ Cfr. ibd. págs. 292-300.

miento progresivo". Estaría en parte no escrita, en parte codificada, y no sólo por cierto en la Carta de las Naciones Unidas, sino también en otros "tratados sobre el orden mundial" ("world order treaties") como los dos Pactos Internacionales de derechos humanos de 1966, la Convención sobre la prohibición y sanción del genocidio de 1948, el Acuerdo de Viena sobre las relaciones diplomáticas de 1961 y el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982⁸⁹. Estos "Tratados sobre el orden mundial" son denominados también como "tratados que protegen los intereses básicos de la Comunidad internacional"⁹⁰.

Desde la perspectiva de la "international community school", la Constitución jurídico-internacional es una ordenación vinculada a valores. Su fundamento consiste en "un consenso básico acerca de la necesidad común de salvaguardar la capacidad del mundo para albergar vida y de mantener un nivel mínimo de respeto mutuo como el diseñado por la Carta de las Naciones Unidas y los demás textos fundamentales que definen el alcance del acuerdo colectivo"⁹¹. Junto a la Carta ("un completo programa de bienestar para la humanidad"), los tratados básicos en materia de derechos humanos representan el segundo elemento central de los valores comunes o compartidos. El tercer elemento lo constituyen aquellos tratados y documentos sobre cuestiones básicas que afectan inmediatamente a la supervivencia de la humanidad, en especial por tanto sobre los asuntos medioambientales, sobre el desarme y la guerra⁹². Existe hoy consenso sobre el hecho de que los Estados, en cuanto miembros de la Comunidad jurídico-internacional, asumen una función instrumental: "Los Estados son sólo instrumentos que han de cumplir un mandato en provecho de los seres humanos que se hallan bajo su jurisdicción"⁹³. Este "beneficio de las personas" es percibido como tarea material básica de la Comunidad internacional constituida.

⁸⁹ Cfr. Tomuschat, "Die internationale Gemeinschaft" (cit. en n. 33), págs. 7, y su trabajo "Obligations" (cit. en n. 33), págs. 247 s., 268-271.

⁹⁰ Cfr. Tomuschat, "Obligations", págs. 269.

⁹¹ Ibid. págs. 237 s.

⁹² Ibid. pág. 238.

⁹³ Ibid. pág. 300 (bajo el epígrafe "valores comunes de la humanidad").

5. *Derecho penal internacional*

Por “Derecho penal internacional” debe entenderse el conjunto de normas de Derecho internacional que inmediatamente (esto es, sin mediación de una ley estatal) dan lugar a la posibilidad de imponer sanciones penales a personas naturales a causa del daño causado a bienes jurídicos protegidos internacionalmente⁹⁴. El primer hito del desarrollo del Derecho penal internacional mediante tratados fue el Estatuto del Tribunal militar internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945, cuyo art. 6 establecía la competencia del Tribunal para sancionar los siguientes delitos cometidos por nacionales de las “potencias europeas del eje”, Alemania e Italia: delitos contra la paz, delitos de guerra, y finalmente delitos contra la humanidad⁹⁵. La ulterior praxis de los Estados, sin embargo, se caracterizó por una nítida reserva frente a la utilización de estos supuestos de hecho delictivos del Derecho internacional. La justicia de la República Federal de Alemania castigó los crímenes nacionalsocialistas exclusivamente sobre la base del Derecho penal alemán; las normas penales internacionales acuñadas en Nuremberg no fueron utilizadas, sino rechazadas como expresión de una “justicia de los vencedores”. Los delitos de guerra cometidos por soldados americanos en la guerra de Vietnam fueron perseguidos conforme al Derecho penal de los Estados Unidos⁹⁶. Por el contrario, los jueces de Israel condenaron a Adolf Eichmann en 1961/62 sobre la base de los principios de Nuremberg, entre otros hechos por delitos contra la humanidad y delitos de guerra⁹⁷.

⁹⁴ Cfr. K. Ipsen, “Völkerrechtliche Verantwortlichkeit und Völkerstrafrecht”, en su libro *Völkerrecht*, 4.ª ed. Munich 1999, págs. 531-587 (576), así como G. Hankel / G. Stuby (ed.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Hamburg 1995.

⁹⁵ Cfr. ibd. págs. 580-583. El texto del “Estatuto del Tribunal Militar Internacional” en *AJIL* 39 (1945), Suplemento, págs. 258-264; I. von Münch (ed.), *Dokumente des geteilten Deutschland*, Bd. I, 2.ª ed. Stuttgart 1976, págs. 45-51 [en internet, en inglés, en la web de Harvard http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=overview o de Yale <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judcont.htm>; en alemán, <http://www.zeno.org/Geschichte/M/Der+N%C3%BCrnberger+Proze%C3%9F>].

⁹⁶ Cfr. Ipsen (cit. en n. 94), págs. 583.

⁹⁷ Cfr. la decisión del Tribunal de Distrito (District Court) de Jerusalén de 12 de diciembre de 1961 y la del Tribunal Supremo (Supreme Court) que la

Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que se remontan al tiempo inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial, pero que sólo cobraron nuevo impulso tras los cambios en la política mundial de 1989/90, condujeron en 1996 a la adopción del proyecto de un "Código penal de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad"⁹⁸. El proyecto encarnaba en lo esencial el "Derecho de Nuremberg". "Todos los hechos [delictivos] que han sido acogidos en el documento se caracterizan por su idoneidad para destruir el edificio de la civilización, que no sólo cada concreta sociedad necesita para su preservación, sino que sirve también a la Comunidad de naciones en su conjunto como sustento de unas relaciones internacionales orientadas por la paz y la humanidad" (Christian Tomuschat)⁹⁹. El proyecto resultó "superado" por los trabajos iniciados en 1992, también en el marco de la Comisión de Derecho Internacional, para redactar el Estatuto de un Tribunal Penal Internacional permanente, que regula tanto la competencia del Tribunal como el Derecho penal material que ha de aplicar; pero conserva relevancia en cuanto "obra de referencia para el estado del desarrollo del Derecho consuetudinario"¹⁰⁰.

Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y de un comité especial para su preparación condujeron a una Conferencia de Estados en Roma en los meses de junio y julio de 1998. El "Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional"¹⁰¹ allí acordado regula exhaustivamente la creación del Tribunal, los hechos sometidos a

confirma de 29 de mayo de 1962 en el caso *Fiscalía General del Gobierno de Israel v. Adolf Eichmann*, *International Law Reports* Bd. 36, págs. 1-276, 277-342.

⁹⁸ Texto en *Report of the ILC on the work of its forty-eighth session*, General Assembly Official Records, 51ª sesión, Suplemento N.º 10 (Documento de las Naciones Unidas A/51/10), págs. 14 ss. [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf]; texto inglés con explicaciones en *HRLJ* 1997, págs. 96-134. Cfr. sobre los antecedentes, principios fundamentales y reglas particulares del proyecto C. Tomuschat, "Das Strafgesetzbuch der Verbrechen gegen den Frieden und die Sicherheit der Menschheit", *EuGRZ* 25 (1998), págs. 1-7.

⁹⁹ Tomuschat, *ibid.*, pág. 2.

¹⁰⁰ *Ibid.* pág. 7.

¹⁰¹ Documento de las Naciones Unidas A/CONF. 183/9; *HRLJ* 1998, págs. 453, y *ILM* 37 (1998), pág. 1002 (versión inglesa); *EuGRZ* 25 (1998), págs. 618 (traducción alemana); BOE de 27 de mayo de 2002 (versión en castellano).

su competencia, los principios generales del Derecho penal que debe respetar, así como su composición y régimen jurídico interno. El Estatuto ha entrado en vigor el 1 de julio de 2002, después de que hasta abril de ese mismo año lo hubieran ratificado más de sesenta Estados (cfr. art. 126). El art. 5.1 del Estatuto limita la jurisdicción del Tribunal "a los delitos más graves (...) que afectan a la Comunidad internacional en su conjunto", en concreto a los delitos de genocidio, delitos contra la humanidad, delitos de guerra y delito de agresión¹⁰².

El Preámbulo del Estatuto¹⁰³ subraya expresivamente la "relevancia para el bien común" de la jurisdicción penal internacional, al destacar que los mencionados delitos amenazan "la paz, la seguridad y el bienestar del mundo"; se trataría de delitos "que afectan a la Comunidad internacional en su conjunto" y que deben ser castigados "en interés de las generaciones actuales y futuras".

"Paz y seguridad" son valores de la Comunidad internacional que ya habían sido reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas (cfr. art. 1 n.º 1). Por el contrario, el "bienestar del mundo" es un nuevo valor que va más allá de la paz (entendida negativamente como ausencia de fuerza militar) y la seguridad exterior de los Estados y postula como bien protegido el bienestar general de todas las personas¹⁰⁴ (y en la medida de lo posible también del "ecosistema Tierra"¹⁰⁵).

¹⁰² Cfr. B. Fassbender, "Der Internationale Strafgerichtshof: Auf dem Weg zu einem 'Weltinnenrecht'?", en *Aus Politik und Zeitgeschichte* n.º 27-28/2002 de 8 de julio de 2002 (suplemento de *Das Parlament*), págs. 32-38; C. Stahn, "Zwischen Weltfrieden und materieller Gerechtigkeit: Die Gerichtsbarkeit des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs", *EuGRZ* 25 (1998), págs. 577-591.

¹⁰³ Cfr. sobre su elaboración O. Triffterer en el libro ed. por él mismo *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden 1999, págs. 6-11.

¹⁰⁴ Cfr. la definición del "bienestar" ("well-being") en el *Oxford English Dictionary* (2ª ed., vol. XX, 1989, pág. 122): "La situación de estar o de ir bien en la vida; felicidad, salud, prosperidad; bienestar físico o moral (de una persona o comunidad)" ["The state of being or doing well in life; happy, healthy, or prosperous condition; moral or physical welfare (of a person or community)"].

¹⁰⁵ Cfr. Triffterer (cit. en n. 103), págs. 10: "El hecho de preferir la palabra 'mundo', en lugar de 'humanidad', implica un referente más amplio que

El proyecto de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente resultó significativamente impulsado por los hasta entonces fructíferos trabajos del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, cuya creación había decidido el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el año 1993 al amparo del Capítulo VII de la Carta¹⁰⁶. El consenso de la Comunidad de Estados sobre el que descansa el Tribunal para Yugoslavia —frente a lo que ocurrió con los Tribunales de Nuremberg y Tokio— facilitó sustancialmente el acuerdo sobre el Estatuto de Roma.

De todas las categorías normativas orientadas al bien común que se consideran en el presente artículo, el Derecho Penal Internacional es la que, con diferencia, ha adquirido mayor relevancia, y ello precisamente a causa de la actividad del Tribunal para la antigua Yugoslavia; con ella ha alcanzado la justicia penal internacional la cualidad efectiva de principal defensora de los valores comunes de la Comunidad internacional.

VI. EL CONTENIDO MATERIAL DEL BIEN COMÚN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

1. *Bosquejo de una determinación del contenido atendiendo a la Carta de las Naciones Unidas, los tratados y las declaraciones internacionales*

Los grupos de normas considerados en el epígrafe anterior constituyen categorías determinadas formalmente, desarrolladas por la doctrina internacionalista y la jurisprudencia y reconocidas por la praxis de los Estados (aunque en medida diferenciada), con el fin de destacar determinadas reglas y obligaciones percibidas como especialmente importantes o básicas y de dotarlas de un rango y una firmeza especiales. Les resulta común su orientación a bienes e

sólo la humanidad o el género humano. Incluye no sólo los seres humanos, sino también el mundo que les rodea y en consecuencia su bienestar [el del mundo], por ejemplo el medio natural”.

¹⁰⁶ Resolución del Consejo de Seguridad n.º 827 de 25 de mayo de 1993, en UNYB 1993, pág. 440 [fácilmente accesible en castellano desde <http://www.un.org/spanish/documents/scres.htm>].

intereses de la "Comunidad internacional en su conjunto". Esta Comunidad es considerada también como su creadora, de modo que las normas correspondientes son sustraídas a la acción de los Estados singulares, su validez para un Estado determinado no depende de su conformidad con ellas. En esa medida, se contrapone al tradicional principio consensual o al voluntarismo la idea de una pertenencia vinculante a la Comunidad: "La idea [de la Comunidad internacional] denota un sistema superior que encarna el interés común de todos los Estados e, indirectamente, el de la humanidad"¹⁰⁷.

Las categorías, determinadas formalmente, están abiertas a diversos contenidos. Queda encomendado a la discrecionalidad de los miembros de la Comunidad internacional, actuando de forma comunitaria, determinar qué reglas u obligaciones han de ser consideradas *ius cogens*, deberes *erga omnes* o Derecho constitucional de la Comunidad internacional. Pero al considerar las normas actualmente encuadradas en las distintas categorías se descubren contenidos comunes, coincidencias en los bienes protegidos, que permiten emprender también una *determinación material del "bien común de la Comunidad internacional"*.

Punto de partida para tal determinación del contenido debe ser la Carta de las Naciones Unidas, cuyo significado eminente en el actual Derecho internacional resulta reconocido por todos —al margen de su formal cualificación como Constitución escrita de la Comunidad internacional. Todos los Estados del mundo la han ratificado excepto el Estado de la Ciudad del Vaticano, y ello sólo por motivos religiosos y de política eclesiástica¹⁰⁸. Formulaciones sobre lo que los Estados miembros de la organización entienden por bien común de las Naciones Unidas se contienen sobre todo en las determinaciones del Preámbulo y del art. 1. En el primer lugar de este catálogo de finalidades atribuidas a las Naciones Unidas se coloca, sobre el trasfondo de la experiencia de la segunda guerra mundial y de los

¹⁰⁷ Cfr. Tomuschat, "Obligations" (cit. en n. 33), pág. 227.

¹⁰⁸ Cfr. B. Fassbender, artículo "Universalität", en Volger (cit. en n. 22), págs. 572-574. El pueblo suizo decidió la incorporación de la Confederación Helvética a las Naciones Unidas en el referéndum de 3 de marzo de 2002; la admisión de Suiza conforme al art. 4 de la Carta de las Naciones Unidas tuvo lugar mediante Resolución de la Asamblea General de 10 de septiembre de 2002 (Res. 57/1). Un caso particular lo constituye la República China (Taiwan).

crímenes cometidos en especial por la Alemania nacionalsocialista, la preservación de la paz mundial, de los derechos humanos básicos y de la dignidad y el valor de la persona humana. En conexión inmediata con esto se mencionan la igualdad de hombre y mujer y de todas las naciones. Siguen en el Preámbulo los fines de la justicia y del respeto de las obligaciones derivadas de los tratados y de las demás fuentes del Derecho internacional, así como finalmente el del progreso económico y social de todos los pueblos y el de promover un "mayor nivel de vida con mayor libertad". Estos fines deben ser realizados en un espacio de tolerancia y convivencia pacífica, manteniendo relaciones de buena vecindad entre los pueblos.

Las normas de *ius cogens* hoy reconocidas y las obligaciones *erga omnes* reflejan una parte de esa visión de un mundo mejor, en cuanto establecen la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones entre Estados, del genocidio, de la esclavitud y del tráfico de personas, así como la protección de derechos humanos básicos y del derecho de autodeterminación de los pueblos. La categoría de los "crímenes internacionales del Estado" quedaba determinada de modo similar en su contenido. Las normas del Derecho penal internacional sirven a la prevención del genocidio, de la guerra de agresión, de los delitos contra la humanidad y de los crímenes de guerra. Por el contrario, los países en desarrollo no han logrado imponer en normas vinculantes una concreción de los fines del desarrollo económico y social y del mayor nivel de vida.

La protección de los derechos humanos es regulada como finalidad de la Comunidad internacional en los diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos¹⁰⁹. Es suficiente aquí con referirse al preámbulo de su raíz común, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el que se dice que la Asamblea General de las Naciones Unidas proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos "*como ideal común por el que todos los pueblos*

¹⁰⁹ Los textos de los tratados más importantes se encuentran en A. Randelzhofer (ed.), *Völkerrechtliche Verträge*, 8.^a ed. Munich 1999, Teil IV, y Tomuschat (cit. en n. 29), Teil III. Cfr. sobre las particularidades de los Tratados sobre derechos humanos como "tratados que representan el interés colectivo" B. Simma, "How Distinctive are Treaties Representing Collective Interest? The Case of Human Rights Treaties", en V. Gowlland-Debbas (ed.), *Multilateral Treaty Making*, La Haya 2000, págs. 83-87.

y naciones deben esforzarse”¹¹⁰. Como medio para el logro de tal fin subraya el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 la “garantía colectiva de ciertos derechos proclamados en la Declaración Universal”¹¹¹, una garantía que asume la comunidad de Estados que ratifican el Convenio.

Como ejemplo, entre los tratados sobre el derecho de la guerra cabe mencionar la Convención (aún vigente) relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 (IV Convención de La Haya). De acuerdo con su preámbulo, los Estados contratantes están “animados del deseo de atender, aun en esa extrema hipótesis [de una guerra], a los intereses de la humanidad y a las exigencias siempre crecientes de la civilización”¹¹². En consecuencia, los padecimientos de la guerra deben ser atenuados. Menciones similares se encuentran en los Preámbulos de los tratados que prohíben el uso de ciertas armas¹¹³. En el octavo párrafo del Preámbulo de la IV Convención de la Haya se dice, con la célebre cláusula llamada “de Martens”, que “las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo el amparo y la autoridad de los principios del Derecho internacional, tal y como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”¹¹⁴.

¹¹⁰ Resolución de la Asamblea General 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, en *UNYB* 1948-49, pág. 535.

¹¹¹ Preámbulo, 5.º párrafo. Cfr. al respecto K.J. Partsch, “Die Entstehung der europäischen Menschenrechtskonvention”, *ZaöRV* Bd. 15 (1953/54), págs. 631-660 (641, 643).

¹¹² Gaceta de Madrid de 20 de junio de 1913; también en Randelzhofer (cit. en n. 109), pág. 559, y Tomuschat (cit. en n. 29), pág. 437.

¹¹³ Cfr. por ejemplo el protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 17 de junio de 1925, Gaceta de Madrid de 6 de septiembre de 1929, así como Randelzhofer (cit. en n. 109), pág. 567, y Tomuschat (cit. en n. 29), pág. 445.

¹¹⁴ La cláusula fue tomada de la II Convención (de la primera Conferencia de Paz de La Haya) sobre las leyes y usos de la guerra terrestre de 1899 (apartado 9). Descansa sobre la Declaración de 20 de junio de 1899 de Friedrich von Martens, delegado ruso y presidente de la segunda subcomisión de la Conferencia de Paz. Cfr. H. Strebel, “Martens’sche Klausel”, en Strupp / Schlochauer (ed.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, Bd. 2, Berlín 1961, págs. 484-486. La cláusula fue confirmada en el art. 1.2 del I Protocolo adicional, de 8 de junio de 1977, a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados inter-

La Carta de las Naciones Unidas de 1945 aún desconoce la expresión "protección del medio ambiente". Tampoco la "Declaración sobre unas relaciones pacíficas" de la Asamblea General de 1970¹¹⁵ se hace cuestión de la defensa del medio ambiente. Pero sólo dos años más tarde tuvo lugar en Estocolmo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente. En su Declaración final se puede leer:

"La protección y mejora del entorno humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico en todo el mundo; es una demanda urgente de los pueblos de todo el mundo y deber de todos los gobiernos (...) Defender y mejorar el entorno humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en un objetivo vinculante para la humanidad"¹¹⁶.

Estas vigorosas palabras han encontrado entretanto reconocimiento general; la protección del medio ambiente natural en provecho de las generaciones actuales y futuras se ha convertido en "asunto de interés común" para la Comunidad internacional¹¹⁷. Conforme al sexto principio de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro de 1992, las medidas internacionales en materia de medio ambiente deben atender "los intereses y necesidades de todos los países".

nacionales (texto alemán en Tomuschat [cit. en n. 29], pág. 461) y en el Preámbulo de II Protocolo adicional, de la misma fecha (texto alemán en la misma obra, pág. 501), ambos en BOE de 26 de julio de 1989. Sobre ello cfr. Tomuschat, "International Law" (cit. en n. 33), págs. 355-357 ("los valores básicos de la Comunidad internacional como Derecho aplicable").

¹¹⁵ Cfr. op. cit. en n. 29.

¹¹⁶ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente, Estocolmo, 5 al 15 de junio de 1972, Parte 1. apartados 2 y 6; Documento de las Naciones Unidas A/Conf.48/14/Rev.1. [como todos los documentos de las Naciones Unidas, accesible también en versión española desde <http://unbisnet.un.org/unbiss.htm>].

¹¹⁷ Cfr. sobre el principio del "asunto de interés común de la humanidad" y sus supuestos de aplicación en el Derecho medioambiental internacional y en especial en la protección del clima W. Durner, *Common Goods. Statusprinzipien von Umweltgütern im Völkerrecht*, Baden-Baden 2001, págs. 234-275. Cfr. también P. S. Rao, "Environment as a Common Heritage of Mankind: A Policy Perspective", en Naciones Unidas (ed.), *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission*, Nueva York 1977, págs. 201-216.

2. La protección del individuo como elemento vinculante y central

Si se busca un rasgo que vincule las diferentes determinaciones de contenido del bien común de la Comunidad internacional, aparece la *protección de la persona individual* – frente a la violencia de la guerra, frente a las agresiones a su vida, su salud, su libertad y su dignidad en la guerra y en la paz, frente a los peligros más graves que acechan a su medio ambiente natural. En verdad se ha abierto camino en el Derecho internacional la idea que expresó la Declaración Universal de Derechos Humanos en su primer artículo mediante el principio: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, y que pocos meses más tarde asumió la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania con su referencia a los “derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo” (Art. 1.2)¹¹⁸. Lo expresa certeramente una Declaración del Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan: “He colocado al individuo en el corazón de mis esfuerzos dirigidos a progresar en nuestro entendimiento acerca de lo que significa ser una comunidad de naciones (...) El individuo ha sido el centro de nuestras preocupaciones”¹¹⁹.

En consonancia con este desarrollo, también el Tribunal Internacional de Justicia ha fortalecido la posición del individuo en el Derecho internacional. En el caso *La Grand* interpretó una prescripción del Convenio de Viena sobre las relaciones consulares de 1963¹²⁰ como protectora de derechos individuales, por más que en el tiempo de la adopción del Convenio hubiera sido ciertamente comprendida

¹¹⁸ Cfr. también M. Kotzur, *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes. Das Beispiel der Präambel des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte*, Berlín 2001, pág. 143: “El giro antropocéntrico en el Derecho internacional”.

¹¹⁹ K. Annan, “The Legitimacy to Intervene”, en *Financial Times*, 31 de diciembre de 1999.

¹²⁰ Se trata del art. 36.1 b) del Convenio de Viena (obligación de las autoridades del Estado receptor de informar sin retraso alguno a la representación consular del Estado de origen en caso de detención, prisión preventiva o cualquier tipo de privación de libertad de uno de sus nacionales). Texto del Convenio en BOE de 6 de marzo de 1970; F. Berber (ed.), *Völkerrecht. Dokumentensammlung*, Munich 1967, pág. 884.

sólo como obligación de los Estados signatarios en sus relaciones recíprocas¹²¹. "Con esta interpretación del Convenio, el Tribunal Internacional de Justicia toma claramente en consideración el desarrollo del Derecho internacional favorable a los derechos individuales y lo confirma de modo expreso"¹²².

En el fondo, se trata de un retorno de las ideas del Derecho natural que el ordenamiento internacional de orientación positivista del siglo XIX y de principios del XX había excluido. Sin duda, este retorno resulta desencadenado por la experiencia de las dos guerras mundiales, con su desenfreno, hasta entonces desconocido, de violencia y crueldad; una experiencia de padecimientos tan intensos que, al menos en el mundo occidental, desacreditó radicalmente la soberanía plena de los Estados e hizo aparecer como una arrogancia intolerable su pretensión de disponer a discreción de hombres y territorios. Tal retorno tiene lugar bajo las formas del modelo consensual, por tanto a través del acuerdo de los Estados. Pero se trata de un acuerdo que, de hecho, se presta en términos irrevocables, porque parece excluido que "la Comunidad internacional en su conjunto" se vaya a liberar, o incluso pueda liberarse, de su obligación para con el bienestar de las personas individuales. La diversidad de las categorías normativas orientadas al bien común, que inicialmente puede ocasionar cierta perplejidad, resulta así inteligible: ha velado, pero también posibilitado, la gran transformación dogmática.

El concepto actual de bien común en el Derecho internacional es consecuencia inmediata de la experiencia histórica de un fracaso de las comunidades estatales e infraestatales en el siglo XX, especialmente en Europa: el Estado no protegía al individuo de la violencia y la injusticia, sino que se convirtió, por el contrario, en el origen de tales lacras. Ante este hecho, el ordenamiento jurídico-internacional se alzó como defensa del individuo frente a los Estados (y especialmente frente a su propio Estado de origen), aunque sólo en aquellos intereses que son comunes a todos los hombres por razón de ser-

¹²¹ LaGrand Case (Alemania v. Estados Unidos de América), Sentencia de 27 de junio de 2001, HRLJ 22 (2001), págs. 36 ss. (números 77, 89), parcialmente traducido al alemán en *EuGRZ* 28 (2001), págs. 287 ss. (números 77, 89).

¹²² K. Oellers-Frahm, "Die Entscheidung des IGH im Fall La Grand – Eine Stärkung der internationalen Gerichtsbarkeit und der Rolle des Individuums im Völkerrecht", *EuGRZ* 28 (2001), págs. 265-272 (267).

lo: vida, salud, libertad. Por ello tampoco se ocupa el bien común internacional de "los asuntos propios y particulares" de las personas singulares —como los clásicos latinos del bien común oponían el *bonum particulare* al *bonum commune*, al bienestar de toda la Comunidad—, sino que se trata de la expresión de un interés "general" que une a todas las personas por encima de sus intereses divergentes (por ejemplo derivados de su profesión, situación familiar o patrimonio, o también de su religión o ideología). De todos modos, el bienestar del conjunto comprende, en esa medida, también el bienestar de sus partes¹²³.

Con una consideración histórica más amplia, la orientación material del bien común del Derecho internacional hacia el bienestar del individuo particular aparece como resultado del triunfo de la idea democrática desde las revoluciones francesa y norteamericana. En la misma medida en que, con la imposición del sufragio universal, los gobiernos soportados por la voluntad popular hubieron de orientar su política a los intereses del pueblo en su conjunto, se abrió también el Derecho internacional que ellos creaban a los asuntos de los ciudadanos particulares. Con una simplificación tosca cabría decir que en el lugar de los intereses de los reyes y de las dinastías como motor determinante de la formación del Derecho internacional, se ha colocado progresivamente el interés del individuo por la conservación y la protección de su vida y su libertad. La Asamblea constituyente francesa, con su Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, proclamó tales derechos no sólo para los franceses, sino también, junto con ellos, para todos los hombres y los Estados¹²⁴; con ello colocó al servicio del individuo no sólo el Estado, sino también el ordenamiento jurídico-internacional. En sus ideas fundamentales, la Déclaration de 1789 se ha convertido realmente en esa "Declaración de derechos para todos los hombres, para todos

¹²³ Cfr. Isensee (cit. en n. 11), págs. 11, números marginales 18 s., así como págs. 36-39, números marginales 81-87 ("los derechos fundamentales como título jurídico habilitante para colaborar en la procura del bien común").

¹²⁴ Cfr. G. Kleinheyer, artículo "Grundrechte, Menschen- und Bürgerrechte, Volksrechte", en O. Brunner / W. Conze / R. Koselleck (ed.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 2, Stuttgart 1975, págs. 1047-1082 (1068 s.).

los tiempos y para todos los pueblos” de la que habló el diputado Adrien-Jean-François Duport en la Asamblea Nacional¹²⁵.

Si se mantiene a la vista esa vinculación interna de la idea de los derechos humanos con la de la democracia y se constata a la vez el papel central, en verdad casi identificador, que corresponde a la protección de los derechos humanos en el Derecho internacional actual, no es preciso ningún don profético para prever que el Derecho internacional en un futuro ya próximo incorporará una obligación expresa de todos los Estados a favor de la forma democrática de gobierno, tal y como aparece en la Carta de las Naciones Unidas y en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (art. 25) ya apuntada, pero no mencionada *expressis verbis*. En esta relación, la “Carta de París para una nueva Europa” de 1990, adoptada en el marco de la Conferencia sobre seguridad y cooperación en Europa, aparece como un precedente cuando declara: “Nosotros”, los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados participantes en la Conferencia, “nos comprometemos a edificar, consolidar y reforzar la democracia como único sistema de gobierno de nuestras naciones”¹²⁶. En el marco de las Naciones Unidas se arguye cada vez con mayor intensidad y frecuencia que una protección efectiva de los derechos humanos es sólo posible en Estados constituidos democráticamente, por lo que esta forma de gobierno encarnaría un mandato del Derecho internacional. En este sentido declaró la Asamblea General de las Naciones Unidas con ocasión del quincuagésimo aniversario de la Organización “que democracia, desarrollo y respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, incluyendo el derecho al desarrollo, son interdependientes y se refuerzan recíprocamente”¹²⁷.

¹²⁵ Cfr. M. Gauchet, artículo “Menschenrechte”, en F. Furet / M. Ozouf (ed.), *Kritisches Wörterbuch der Französischen Revolution*, Bd. II, Frankfurt am Main. 1996, págs. 1180-1198 (1186). Sobre las “paradojas de que la idea de los derechos humanos y el principio del Estado nacional surjan como gemelos” recientemente, con mucha información, A. Siehr, *Die Deutschenrechte des Grundgesetzes. Bürgerrechte im Spannungsfeld von Menschenrechts-idee und Staatsmitgliedschaft*, Berlín 2001, esp. págs. 302 ss.

¹²⁶ Texto en alemán en Tomuschat (cit. en n. 29), págs. 87-95 y en EuGRZ 17 (1990), págs. 517 ss. [en castellano en http://www.osce.org/documents/mcs/1990/11/4045_es.pdf].

¹²⁷ Resolución de la Asamblea General 50/6 de 24 de octubre de 1995, apartado 7. Cfr. Fassbender, *UN Security Council Reform* (cit. en n. 32), págs.

De este modo, el Derecho internacional no sólo obliga a los Estados a una cooperación orientada al bien común, sino que también mantiene, frente a cualquier definición estatal del bien común, los “derechos inviolables e irrenunciables del hombre” individual e impone su respeto. Traza determinados límites extremos al poder de definir el bien común que corresponde a los Estados particulares¹²⁸. En el sentido del principio de subsidiariedad, cuya aplicación a la protección de los derechos humanos a lo largo de la serie *comunidad local o regional – Estado nacional – Comunidad jurídico-internacional particular u organización supranacional – Comunidad mundial* exige aún ulteriores reflexiones, el Derecho internacional cede a los Estados particulares (y en su caso a las comunidades de Derecho público que se integran en él) la determinación concreta y la conformación de los derechos humanos, así como su eventual ampliación más allá del nivel mínimo universal. De ahí resulta que el concepto de bien común propio del Derecho internacional posea una relevancia práctica relativamente escasa para las relaciones que se desarrollan en el seno de Estados de Derecho que funcionan como tales en medida apreciable. Donde la protección de los derechos humanos está asegurada mediante instituciones y procedimientos propios del Estado de Derecho no es precisa la intervención y la corrección del Derecho internacional. Sin embargo, el discurso jurídico-internacional puede servir también aquí de inspiración en las controversias sobre el contenido del “bien común nacional”¹²⁹.

Declarar la promoción del bienestar de los individuos particulares, de los que hoy viven y de los que se integren en las generaciones futuras, como contenido central del bien común jurídico-internacional, bien puede parecer modesto. En realidad, con ello se plantea una exigencia muy ambiciosa, que la actual realidad mundial ni siquiera de lejos satisface. En palabras del profesor suizo de Derecho público estatal e internacional Max Huber, que no solía dejarse llevar por el *pathos*: “La inserción de los derechos humanos en el Derecho inter-

214-218, y T. M. Franck, “The Emerging Right to Democratic Governance”, *AJIL* 86 (1992), págs. 46-91.

¹²⁸ Kotzur (cit. en n. 118), págs. 165, habla certeramente del “proyecto jurídico-internacional de un Estado a la medida de los hombres”.

¹²⁹ Cfr. Thürer (cit. en n. 34), págs. 599: “El Derecho internacional (...) como una idea regulativa y como un sistema de normas que orienta los procesos constitucionales en el seno de los Estados”.

nacional mediante la Carta de las Naciones Unidas, conforme a la concepción de sus creadores, puede y debe significar el comienzo, la aurora de un nuevo nivel en el desarrollo del Derecho y, con él, de la humanidad. Nos anticipa en parte la idea de la *civitas máxima*¹³⁰.

VII. PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

1. Jost Delbrück, primeramente con referencia a las obligaciones *erga omnes*¹³¹, acuñó la expresiva locución “*normas de interés público*” (“*public interest norms*”). Su definición podría ser: “normas jurídico-internacionales que han sido creadas en interés de la Comunidad internacional”. Más tarde, Delbrück ha avanzado un paso al definir el concepto en los siguientes términos: “Existen normas jurídicas internacionales que han sido llamadas a proteger el *interés público* de la Comunidad internacional y que por tanto son vinculantes para todos los Estados, pues tales normas son ‘necesarias’ – no en un sentido empírico, sino normativo, ya que se basan en un juicio de valor compartido universalmente”¹³². En la medida en que las “normas de interés público” constituyen un concepto que comprende tanto las normas de *ius cogens* como las obligaciones *erga omnes*¹³³, cubre en lo esencial el mismo espacio que el aquí utilizado de “normas orientadas al bien común” (el equivalente inglés sería “*common interest norms*”). Este último concepto me parece preferible, porque no se apoya en la dicotomía entre “privado” y “público”, problemática en el ámbito del Derecho internacional.

La expresión “normas de interés público” es utilizada, sin embargo, también en otro sentido, con referencia a las garantías de derechos humanos en general, al Derecho internacional humanitario, al

¹³⁰ Cfr. M. Huber, “Das Völkerrecht und der Mensch. Rede gehalten in St. Gallen, 15. Mai 1952”, en su recopilación *Rückblick und Ausblick. Gesammelte Aufsätze und Ansprachen (Vermischte Schriften, Bd. IV)*, Zürich 1957, págs. 317-339 (333).

¹³¹ Cfr. J. Delbrück (ed.), *Allocation of Law Enforcement Authority in the International System*, Berlín 1995, págs. 174, 194.

¹³² J. Delbrück, en el libro editado por él mismo *New Trends in International Lawmaking: International ‘Legislation’ in the Public Interest*, Berlín 1997, págs. 18 s.

¹³³ *Ibid.* págs. 227 s.

Derecho orientado al aseguramiento de la paz, al Derecho sobre el desarme y sobre la protección del medio ambiente¹³⁴. Aquí resulta determinada por una coincidencia en el contenido de las normas correspondientes – su orientación a fines promotores de la Comunidad internacional apoyados por la abrumadora mayoría de los miembros de la misma. Ante un uso tan amplio del término, no obstante, resulta difícil delimitar las “normas de interés público” frente a otras normas jurídico-internacionales. A los ámbitos jurídicos mencionados cabría por ejemplo añadir sin problemas el Derecho referido al desarrollo económico y tecnológico. En casi cada tratado bilateral o multilateral (sea sobre reconocimiento de fronteras, contra la doble imposición internacional o de colaboración económica o militar) pretenderán sus partes que ha sido celebrado al menos *también* en interés de la Comunidad internacional. Difícilmente cabrá encontrar tratados o incluso normas de Derecho consuetudinario inequívocamente establecidas “en provecho propio”.

2. El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, que enumera de manera exhaustiva, dejando a salvo la protección del medio ambiente, los diferentes “intereses comunes” hoy reconocidos por el Derecho internacional, procede de un proyecto del Presidente del Consejo de Ministros sudafricano, el Mariscal de Campo Jan Christiaan Smuts, que se había asegurado el apoyo de los países de la Commonwealth¹³⁵. Está redactado con una inspiración completamente occidental. La imagen del hombre de raíz judeocristiana y las ideas del Estado de Derecho y del pacifismo orientan el Preámbulo, que a su vez ha determinado el contenido de las actuales normas de Derecho internacional orientadas al bien común. Entre los cincuenta Estados que participaron en la Conferencia de San Francisco en la que se fundó la Organización de las Naciones Unidas se encontraban sólo tres africanos (Etiopía, Liberia y Sudáfrica, éste último gobernado por la minoría blanca), cinco árabes (Egipto, Irak, Líbano, Arabia Saudí y Siria) y cuatro asiáticos (China, India, Irán y Filipinas).

¹³⁴ Cfr. E. Riedel, “International Environmental Law – A Law to Serve the Public Interest?”, *ibid.*, págs. 61-98 (89-92).

¹³⁵ Cfr. R. B. Russell / J. E. Muther, *A History of The United Nations Charter: The Role of the United States 1940-1945*, Washington D.C., 1958, págs. 911-918.

Se plantea la pregunta, pues, que ha sido discutida en el más reducido ámbito de la protección de los derechos humanos bajo el lema "*¿Universalidad de los derechos humanos?*": ¿No resulta aquí proclamada la validez universal de las ideas sobre el bien común propias de Europa y América, que para el resto del mundo tendrían el carácter de *carta otorgada*? ¿En qué medida resultan compatibles con las culturas tradicionales de Asia y África, pero también de los pueblos indígenas de América central y del Sur?¹³⁶ ¿Ha encontrado acogida y reconocimiento universales lo sustancial de estas ideas, o se trata sólo de una aceptación aparente, destinada a los oídos del Occidente que dispone del poder político y económico? También en la cuestión del bien común de la Comunidad internacional, y justamente aquí, se pone de manifiesto el "problema de las relaciones (...) del Derecho internacional de origen occidental que pretende validez universal, y de los criterios de valor que subyacen en él, con las ideas morales y jurídicas de pueblos dotados de otras tradiciones, que hasta ahora han solido verse forzados desde el exterior a introducirse en tal marco jurídico"¹³⁷.

No pocos indicios apuntan a que la expansión del acervo de ideas occidentales en el Derecho internacional (y en el Derecho constitucional escrito de la mayoría de los Estados no europeos) podría considerarse una victoria aparente. Si ya es dudoso que las concepciones fundamentales hayan sido realmente comprendidas, mucho más cabe preguntarse cómo procesan sus refinamientos, en cuya elaboración no tienen parte alguna amplias zonas del Sur aunque sólo sea por la falta de los correspondientes recursos (investigación jurídica, formulación de la correspondiente doctrina, publicación de sus

¹³⁶ La Declaración de la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente (cit. en n. 115) concedía excepcionalmente en su Principio 23 la existencia de diferentes órdenes de valores, cuando hablaba de que era "esencial en todo caso considerar *los sistemas de valores que prevalecen en cada país*" (subrayado de BF). Cfr. también la "Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural" de la UNESCO, de 2 de noviembre de 2001, que en su art. 1 declara la diversidad cultural como "patrimonio común de la humanidad" (texto en internet: www.unesco.org).

¹³⁷ Cfr. A. Truyol y Serra, *Der Wandel der Staatenwelt in neuerer Zeit im Spiegel der Völkerrechtsliteratur des 19. und 20. Jahrhunderts*, Bad Homburg v.d.H. 1968, págs. 37.

resultados, influencia diplomática)¹³⁸. También las organizaciones no gubernamentales, cuya participación en la formación de normas jurídico-internacionales orientadas al bien común justo en los ámbitos de los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el desarme resulta significativa¹³⁹, se componen muy mayoritariamente de nacionales de los Estados occidentales industrializados.

En cualquier caso, las normas orientadas al bien común que hemos analizado con detalle se limitan a unos pocos elementos esenciales. La concepción normativa del bien común contiene sólo un marco mínimo (o fundamental) de valores irrenunciables¹⁴⁰. En esa medida, puede ser asumido un consenso mínimo global que salve el abismo entre las concepciones y los sistemas religiosos y éticos divergentes, un “código moral mínimo y universal” (Michael Walzer)¹⁴¹ conforme al cual al menos la paz (entendida como ausencia de violencia militar), los derechos humanos básicos y el medio ambiente natural aparezcan como dignos de protección¹⁴².

¹³⁸ Cfr. B. Fassbender, “Die prekäre Stellung des Südens im Völkerrecht der Gegenwart”, *Politische Studien*, 49. Jg. 1998, Heft 357, págs. 99-111 (103-106).

¹³⁹ Cfr. sobre esto D. Thürer, “The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State”, en R. Hofmann (ed.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, Berlín 1999, págs. 37-58 (43-46), y W. Hummer, “Internationale nichtstaatliche Organisationen im Zeitalter der Globalisierung”, en *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System*, *Berichte der DGVR* Bd. 39 (2000), págs. 161-180. Hummer diferencia y muestra con abundante material tres formas principales de colaboración de las ONGs en la creación internacional de Derecho: 1. “agenda setting” (puesta en marcha y colaboración en la elaboración de tratados internacionales), 2. “standard setting” (creación directa de normas, por ejemplo en el ámbito de las reglas técnicas), y 3. “monitoring” (vigilancia, control e implementación de tratados internacionales).

¹⁴⁰ Cfr. E. Fraenkel, “Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitsstaatsrechtlichen Demokratie” (1964), en su libro *Deutschland und die westlichen Demokratien*, 6.ª ed. Stuttgart 1974, págs. 197-221 (199 s.); igualmente Schwan (cit. en n. 14), esp. pág. 860.

¹⁴¹ Cfr. M. Walzer, *Interpretation and Social Criticism*, Cambridge, Massachussets, 1987, págs. 24.

¹⁴² En términos similares W. Graf Vitzthum, “Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts”, en el tratado editado por él mismo *Völkerrecht*, 2.ª ed. Berlín/Nueva York 2001, págs. 1-85 (48 s.). Cfr. R. Müllerson, “On Cultural

3. Sorprende que los componentes del bien común determinados por las normas de Derecho internacional hayan permanecido relativamente estables en el tiempo transcurrido desde 1945. Tras los precedentes de la época de la Sociedad de Naciones, la prohibición del uso de la fuerza entre los Estados resultó reconocida mediante la Carta de las Naciones Unidas como contenido del bien común. En pasos sucesivos se reforzó más tarde el reconocimiento de los derechos humanos. Sólo la protección del medio ambiente se ha incorporado como novedad. El sistema universal de Estados resulta extremadamente lento; transformaciones o innovaciones importantes han tenido lugar, incluso en el siglo XX, sólo como consecuencia de crisis de gravedad extrema, en último lugar tras la segunda guerra mundial.

4. Las normas orientadas al bien común materialmente dirigidas a garantizar la posición de la persona individual nos enfrentan a concepciones o ideas directrices abstractas¹⁴³, que precisan de *concretización* y de *ponderación* – tanto entre sí como con otros intereses y posiciones jurídicas¹⁴⁴. El bien común designa, también en el Derecho internacional, “no algo sustancial ya dado, sino una finalidad propuesta”¹⁴⁵. Para asumir tales funciones, y frente a lo que ocurre en el seno de los Estados constitucionales que nos son familiares, el

Differences, Levels of Societal Development and Universal Human Rights”, en J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya 1996, págs. 927-953 (931 s.).

¹⁴³ Con la excepción de las normas penales de Derecho internacional, que contienen descripciones precisas del supuesto de hecho penal en virtud del principio “nulla poena sine lege”.

¹⁴⁴ Cfr. sobre los necesarios “procesos de concretización del bien común” sólo P. Häberle, “Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht”, *Rechtstheorie* 14 (1983), págs. 257-284 (272-276). Postula enérgicamente una “aproximación procedimental” (“procedural approach”) como instrumento para acordar fines y valores jurídico-internacionales” M. Koskeniemi, “The Future of Statehood”, *Harvard International Law Journal* 32 (1991), págs. 397-410 (401-404).

¹⁴⁵ Cfr. A. Hollerbach, artículo “Gemeinwohl – Juristische Aspekte”, en *Staatslexikon* (cit. en n. 13), esp. págs. 862 s. Sobre el bien común como el “resultado de un delicado proceso de ideas e intereses divergentes de grupos y partidos en las democracias pluralistas” E. Fraenkel (cit. en n. 140), págs. 200.

ordenamiento internacional dispone sólo de un arsenal insuficiente de instituciones y procedimientos.

Ciertamente, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha formulado con éxito en varias de sus "Declaraciones" principios orientadores y ha dado expresión a un amplio consenso de la comunidad de Estados. Sin embargo, como colegio compuesto hoy por delegaciones sometidas a instrucciones de ciento noventa y un gobiernos, está estructuralmente incapacitada para valorar en situaciones concretas el peso relativo de los diferentes componentes del bien común, para ponderarlos recíprocamente. No consigue ir más allá de la repetición de siempre las mismas fórmulas. Sólo con carácter excepcional es competente un Tribunal internacional o un árbitro internacional; pero ello aún presupone que el Estado se haya "sometido voluntariamente" a la jurisdicción. Como instancia permanente y efectiva nos queda el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que en la práctica ha extendido su mandato, más allá de la garantía de la paz mundial que le atribuye la Carta, también al aseguramiento de otros aspectos del bien común, en especial a la protección de derechos humanos básicos. El Consejo de Seguridad ha sido caracterizado con razón como "un órgano que actúa en nombre de la Comunidad internacional en su conjunto en defensa de los intereses y valores que tal Comunidad considera como fundamentales para la conservación de su propia integridad"¹⁴⁶. La legitimidad del Consejo de Seguridad, sin embargo, no resulta indiscutida; en particular el "Tercer Mundo" critica su composición como desequilibrada y no representativa, y su procedimiento de decisión como no democrático y no transparente. En las cuestiones de la lucha contra el terrorismo internacional y en la crisis de Irak que se agudiza desde el otoño de 2002, el Consejo de Seguridad se ve además situado ante la alternativa de seguir en sus resoluciones los deseos de los Estados Unidos de América o de verse por el contrario relegado al margen de los acontecimientos.

5. También la *imposición* de las normas orientadas al bien común está organizada en el Derecho internacional de forma precaria. No existe una gran maquinaria de procedimientos judiciales y ejecutivos que se engranen y se complementen, como los que caracterizan al menos en Occidente al Estado moderno. Un Tribunal internacional sólo puede ser invocado por un Estado que se sienta perjudi-

¹⁴⁶ Dupuy (cit. en n. 34), págs. 22.

cado si cuenta con el acuerdo del supuesto causante del daño. Para individuos, minorías y pueblos sin Estado, la vía judicial queda completamente excluida: no tienen capacidad para ser parte¹⁴⁷. Los tribunales, como los colegios especiales creados para la supervisión del cumplimiento de las determinaciones de Derecho internacional contenidas en algún tratado¹⁴⁸ (por ejemplo la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas conforme al Pacto de Derechos Civiles y Políticos), tampoco pueden, por lo demás, ejecutar por sí sus resoluciones; dependen de la cooperación leal que el Estado correspondiente preste al Derecho.

Finalmente, sólo el Consejo de Seguridad dispone de la posibilidad de amenazar con el uso de la fuerza para imponer las normas jurídico-internacionales orientadas al bien común, ante todo en garantía de la prohibición de usar la fuerza entre Estados, en segundo lugar también para proteger otros aspectos del bien común, como los derechos humanos básicos. Pero depende de muchos factores políticos imprevisibles tanto que el Consejo de Seguridad actúe como el modo en que lo vaya a hacer. A causa del derecho de veto de los cinco miembros permanentes del Consejo, no cabe adoptar decisión alguna contra los intereses relevantes de cualquiera de esas potencias. Para imponer sus resoluciones con medios militares, el Consejo depende de que algunos Estados miembros pongan tropas a su disposición o se conviertan en ejecutores de la voluntad colectiva con el consentimiento del Consejo (como ocurrió en el caso de la liberación de Kuwait cuando fue ocupado por Irak).

6. A la vista de la posición dominante que desde 1990 tienen los Estados Unidos de América en el sistema de Estados ("los Estados Unidos como única superpotencia"), el concepto de *unilateralismo* ha cobrado nuevo significado en la ciencia política y en el Derecho internacional. Designa el proceder unilateral de un Estado sin atención

¹⁴⁷ Sólo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras la entrada en vigor del 11 Protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos el 1 de noviembre de 1998 (cfr. *EuGRZ* 25, 1998, págs. 644; texto del protocolo en *EuGRZ* 21, 1994, págs. 323) [BOE de 26 de junio de 1998], pueden los particulares acudir inmediatamente sin que sea precisa una declaración especial que reconozca tal competencia judicial.

¹⁴⁸ Sobre la organización y el trabajo de los órganos concretos cfr. los estudios contenidos en P. Alston (ed.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Oxford 1992.

a las instituciones y a los mecanismos multilaterales existentes, en determinadas circunstancias incluso contra la voluntad articulada por tales instituciones a través de los correspondientes procedimientos. La actuación unilateral puede adoptar diversas formas y afectar a cualquier ámbito de la política internacional – como ha ocurrido en los últimos años en particular con el comercio mundial, la protección del medio ambiente y el empleo de la fuerza militar. Parece evidente que sólo un Estado especialmente poderoso en los planos político, económico y militar puede sentir la tentación de “avanzar en solitario”. *Prima facie*, tal comportamiento contradice la esencia de una Comunidad internacional cuyo imperativo fundamental debe ser el equilibrio de diferentes intereses y finalidades en procedimientos e instituciones reconocidas. En la medida en que la actuación unilateral infrinja normas jurídico-internacionales (las reglas jurídicas de las que se ha dotado la Comunidad internacional), resulta ya por esa razón contraria a la Comunidad. El conflicto se agudiza si el proceder unilateral busca su fundamento en el servicio a contenidos del bien común – contenidos para cuya identificación y concreción en el caso concreto resulta de importancia capital el debate abierto y la ponderación en el marco de las instituciones y los procedimientos reconocidos por la Comunidad¹⁴⁹. “Los intereses colectivos deben ser objeto de deliberaciones colectivas (...) Un Estado aislado, aunque fuera el más civilizado del mundo, no podría hablar con autoridad en su nombre [del Derecho humano], ni en el de la humanidad”¹⁵⁰. Esto no excluye que —por ejemplo en caso de un efectivo fracaso de los procedimientos previstos o de las instituciones competentes de la Comunidad, o de un abuso de los derechos de participación en los mismos por parte de ciertos miembros de la Comunidad que desemboque en tal fracaso— la acción unilateral de un Estado, con carácter excepcional, como *ultima ratio*, como último recurso, pueda resultar necesaria no sólo ética, sino incluso también jurídicamente,

¹⁴⁹ Cfr. supra el texto correspondiente a la notas 143 ss.

¹⁵⁰ Rougier, “La théorie de l'intervention d'humanité”, *Revue générale de droit international public* 17 (1910), págs. 468-526 (501), citado en V. Gowlland-Debbas, “The Limits of Unilateral Enforcement of Community Objectives in the Framework of UN Peace Maintenance”, *EJIL* 11 (2000), págs. 361-383 (382). Cfr. también las demás contribuciones al simposio sobre “Unilateralism in International Law” en *EJIL* 11 (2000), Heft 1 (págs. 1-185) y Heft 2 (págs. 249-411).

para asegurar aspectos elementales del bien común de la Comunidad internacional. En tal caso excepcional, sin embargo, la carga de probar que "no cabe otro remedio"¹⁵¹ y la responsabilidad derivada de la acción unilateral y de sus consecuencias recaen exclusivamente sobre el Estado que ha establecido su propia regla de actuación.

7. Con razón se ha señalado que resulta muy escaso el número de *supuestos prácticos de aplicación* del *ius cogens* y de las obligaciones *erga omnes*. Ni una sola vez desde la entrada en vigor en 1980 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados se ha invocado el procedimiento previsto en la letra a) de su art. 66 para las disputas sobre la aplicación o la interpretación de los arts. 53 y 64 sobre *ius cogens*¹⁵². La idea de las obligaciones *erga omnes* no ha conducido a la consecuencia práctica que resultaba más evidente, el reconocimiento de una legitimación para recurrir ante los tribunales internacionales en favor de los Estados no inmediatamente perjudicados¹⁵³. En el Derecho de la responsabilidad estatal, las consecuencias jurídicas de una infracción de normas de cualquiera de estas dos categorías han sido reguladas estableciendo sólo una solución de mínimos; la idea de los "crímenes internacionales de los Estados" fracasó¹⁵⁴. Finalmente, hasta ahora apenas se deducen consecuencias prácticas del reconocimiento de la existencia de una "Constitución de la Comunidad internacional"¹⁵⁵.

Se justifica así la pregunta acerca de si tales constataciones no devalúan el significado de estas categorías normativas como encarnación y a la vez expresión de un cambio en el contenido del Derecho internacional, en dirección a un ordenamiento valorativo, orientado al bienestar de los individuos particulares. El destino de los "crímenes internacionales de los Estados" resulta sintomático de las reservas de los Estados (esto es, de quienes en ellos tienen la competencia para adoptar decisiones en materia de relaciones exteriores y de Derecho internacional, así como de los correspondientes aparatos funcionariales) a la hora de asumir y poner en práctica las novedades

¹⁵¹ La expresión procede del art. 20.4 de la Ley Fundamental (derecho de resistencia).

¹⁵² Cfr. Tomuschat, *International Law* (cit. en n. 33), págs. 82.

¹⁵³ Cfr. supra el texto correspondiente a la n. 64.

¹⁵⁴ Cfr. supra el texto correspondiente a la notas 73 ss.

¹⁵⁵ Cfr. sin embargo Fassbender, *UN Security Council Reform* (cit. en n. 32), págs. 129-159, 282-287.

dogmáticas impulsadas por la doctrina del Derecho internacional desde la terminación de la segunda guerra mundial. Los Estados han aceptado unívocamente sólo la existencia de *ius cogens* en el Derecho de los Tratados internacionales y la responsabilidad penal de los individuos fundada en el Derecho internacional. Lo primero no podía resultarles gravoso, ya que cabía suponer que los gobiernos evitarían en general acordar abiertamente mediante tratados por ejemplo la agresión o el genocidio. Lo segundo no afecta a la posición de los Estados y de sus gobiernos en la construcción general del Derecho internacional, ya que son ellos mismos quienes deben activar y apoyar cualquier acción contra un individuo por causa de un delito de Derecho internacional¹⁵⁶.

8. Detrás y al lado de las proclamaciones y de las figuras jurídicas en pro de los intereses y los valores de la Comunidad, ha sobrevivido el ordenamiento jurídico internacional tradicional de los "Estados soberanos" basado en el consenso¹⁵⁷. No cabe excluir que sus caracteres reaparezcan de nuevo con más fuerza, en un tiempo en el que se ha agotado en lo esencial el ímpetu promotor de la Comunidad que acumularon las experiencias de la segunda guerra mundial y de la descolonización. Pese a los frecuentes conjuros, no se ha producido (¿aún?) el enorme e irrevocable cambio de paradigma en el Derecho internacional.

Dentro de poco tiempo se cumplirán cuarenta años desde que Wolfgang Friedmann escribió: "En cuanto a objetivos, poderes, estructura jurídica y alcance, el estado actual de la organización internacional ofrece un panorama extremadamente complejo. En él se refleja la situación de una sociedad que se aferra de modo desesperado a los símbolos jurídicos y políticos de la soberanía nacional y, simultáneamente, resulta impulsada hacia la satisfacción de necesidades y objetivos comunes que sólo cabe lograr mediante un

¹⁵⁶ Resulta de todos modos digno de tener en cuenta que, conforme al art. 27.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, "el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal".

¹⁵⁷ Se muestra igualmente escéptico R. Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, Brüssel, Verlag Bruylant, 2003, parte III A II, que siguiendo a Ch. de Visscher habla de "la debilidad del bien común en la sociedad internacional".

nivel constantemente reforzado de organización internacional¹⁵⁸. Caracteriza la lentitud del desarrollo del Derecho internacional el hecho de que tal formulación resulte aún hoy sustancialmente correcta. Incluso los Estados con las mejores intenciones oscilan entre el deseo de garantizar la mayor independencia jurídica posible y la percepción de que la humanidad necesita urgentemente una organización internacional más eficaz.

El ordenamiento jurídico internacional no ha mantenido el paso ante la creciente e intensiva internacionalización que han experimentado de hecho las condiciones de vida humana y las transacciones desde comienzos del siglo XX, pero especialmente en los últimas décadas. Sólo de manera incompleta se corresponde con la creciente interdependencia global de los pueblos de todos los continentes de la tierra. En el espejo parcialmente cegado del Derecho internacional, la humanidad no se reconoce. Se plantea la cuestión de si un sistema normativo cuyos elementos estructurales esenciales aún están determinados por concepciones propias de un tiempo definitivamente pasado admite siquiera un desarrollo orgánico que lo convierta en un ordenamiento adecuado a una época en la que países interdependientes configuran *una* humanidad.

Si nos aferramos a los principios de igualdad y autonomía de los Estados, que encuentran hoy sus fundamentos en el derecho de autodeterminación de los pueblos, no existe otro camino para la necesaria transformación del Derecho internacional que una ulterior y consecuente constitucionalización. Para ello es preciso un nuevo gran impulso, similar al del año 1945. Y éste sólo puede proceder de los pueblos que se han dado a sí mismos una Constitución adecuada a los principios del Estado de Derecho y asumen el imperio del Derecho también en las relaciones internacionales – en el reconocimiento de que a comienzos del siglo XXI sólo una política internacional de los Estados orientada al bien común, acompañada por instituciones internacionales efectivas en el aseguramiento del bien común, pueden asegurar el futuro común de la humanidad.

¹⁵⁸ Friedmann (cit. en n. 24), págs. 293 s.