



SISTEMATIZACION Y PROBLEMATICA DE LOS «PRINCIPIOS INTERNACIONALES»

María Luisa ESPADA RAMOS

La noción de «principios internacionales» debe ser tenida en cuenta dentro del conjunto del ordenamiento jurídico internacional por una doble razón: primera, porque constituyen elementos jurídicos del proceso de formación de las normas internacionales, al que impulsan hacia la concreción en reglas; y segunda, porque son también directrices para el comportamiento de los sujetos internacionales, que se integran en el conjunto de las reglas jurídicas internacionales.

Ahora bien, si se constata su existencia y operatividad en el orden jurídico internacional, es preciso ante todo aclarar y matizar su significado y alcance. En el momento actual estos principios comprenden distintas categorías y grados de postulados jurídicos no asimilables entre sí, ni identificables con las categorías clásicas de los principios generales del derecho. «La noción induce a confusión, porque designa a la vez al derecho imperativo general y a los principios reconocidos por las naciones civilizadas»¹. No obstante, como ha señalado Baxter, los «principios internacionales» son componentes prioritarios del Derecho internacional dentro de «su infinita variedad»².

En primer lugar se impone distinguir entre aquellos principios generales, en los que —en orden a la equidad— se apoya la práctica judicial, y aquellos otros —también diversos entre

1. WALDOCK, H., «General Course on Public International Law», en *R.C.A.D.I.*, 1962-II, vol. 106, págs. 54 ss.

2. BAXTER, R. R., «International Law in 'Her Infinite Variety'», en *I.C.L.O.*, vol. 214, 1980, págs. 549 ss. También STONE, J., «From Principles to Principles», en *The Law Quarterly Review*, vol. 97, abril, 1981, págs. 224 ss.

sí— que constituyen principios de la práctica política y que orientan y a veces conforman las relaciones internacionales. Ambos tipos de principios, en distinto grado, están presentes en el proceso de formación del Derecho internacional y en su aplicación, si bien no siempre se encuentran diferenciados y ni tan siquiera planteados por la doctrina con entidad propia, al margen de la expresión ya histórica del art. 38 del Estatuto del TIJ.

La categoría de principios generales del derecho es una noción trasplantada de los derechos internos al ámbito del Derecho internacional y opera en el razonamiento judicial como fuente subsidiaria para la interpretación o aplicación de una norma jurídica internacional. El concepto de principios generales del derecho presupone una conciencia común de valores y reglas jurídicas mínimas compartidas por todos los Estados. O, como afirma Barile, son elementos que sirven para la determinación de una conciencia jurídico-social determinada. De todas maneras es preciso matizar el acentuado (por la práctica jurisdiccional internacional) carácter subsidiario de estos principios, que deriva de las dificultades de encontrar en un mundo dividido ideológicamente principios comunes, concretos y válidos, que no sean puras categorías formales³. Algunos sectores de la doctrina han insistido en la necesidad de un análisis de Derecho comparado para determinar los principios generales del derecho con un sustrato común en todos los Estados. Sin embargo, Sorensen ha señalado las dificultades de un análisis comparativo de todos los sistemas jurídicos, aunque reconoce la posibilidad de realizarlos respecto de aquellos con similitudes de aculturación jurídica, social e ideológica⁴.

El segundo grupo de principios internacionales estaría integrado por aquéllos que, de una manera espontánea, no coactiva y en función del *consensus* de los Estados y de los demás sujetos internacionales, no siempre expresamente formulado, estructuran pragmáticamente el orden social y político de relación. Esto es, son principios que organizan la vida de relación internacional conforme a pautas políticas y sociales exigidas por circunstancias históricas concretas y, como consecuencia de ello, estructuran el

3. BARILE, G., «Structure de l'ordre international», en *R.C.A.D.I.*, vol. 161, 1978, III, pág. 58 y en este mismo sentido, TUNKIN, G., *Conflict idéologique et Droit international*, en Homenaje a Paul Guggenheim, Ginebra, 1968, pág. 894.

4. SORENSEN, M., *Principes de Droit international Public*, en *R.C.A.D.I.*, vol. 101, 1960-II, págs. 24-25. En igual sentido, BLONDEL, A., *Les principes généraux du droit devant la C.P. J.I. et la C.I.J.*, en Homenaje a Paul Guggenheim, *op. cit.*, pág. 203.

orden jurídico internacional a través de reglas que conllevan derechos y obligaciones imperativas. En este sentido son elementos determinantes en la creación de normas internacionales a través de cauces no técnicamente formales o clásicos. Según este doble sentido o funcionalidad, estos principios podrían clasificarse como principios estructurales de la sociedad internacional y como principios del ordenamiento jurídico internacional. Son principios que suponen o representan valores constitucionales convenidos para la integración de la sociedad internacional y a la vez son elementos de ordenación social, política y jurídica. Además posibilitan la coexistencia pacífica y racionalizan la práctica política. Al hacerlo así están imponiendo un cierto y variable grado de normativización, que puede considerarse como punto de partida en el proceso de formación de las normas positivas internacionales y se constituyen en elementos determinantes respecto a la cristalización o renovación de las normas ya existentes. En definitiva, son factores del desarrollo del ordenamiento jurídico internacional.

En resumen, la categoría genérica de «principios internacionales» impone hoy una diferenciación teórica y práctica por su origen, por su contenido y por su función.

Ahora bien, pese a esta exigencia hay una cuestión en cierta manera común a todos ellos: la de su autonomía dentro del Derecho internacional, esto es, la explicación de su obligatoriedad y de su aplicación no coactiva pero operativa. Efectivamente, aunque no exista un poder legislativo internacional que promulgue normas, el fundamento inmediato de las obligaciones internacionales hay que buscarlo antes y ahora en la voluntad de los sujetos del Derecho internacional, principalmente en los Estados. Como afirma Ch. Chaumont, «las reglas del Derecho internacional están todas bajo el signo de la soberanía y el acuerdo... se trata de acuerdos *singularizados*, es decir, que no tienen alcance de derecho imperativo, sino alcance relativo, limitado a los Estados en causa. Que expresan la diversidad del medio internacional, nacido de las contradicciones..., pero que se organizan en base a intereses provisionalmente conciliados; pero pese a todo ello, suscitan una convicción general y difusa, en la cual una mirada suficientemente aguda podría percibir los signos del progreso»⁵.

Aun siendo esto cierto, los principios internacionales de carácter general no emanan *directamente* del consentimiento de los Estados. Necesitan una explicación distinta a la que pueden pro-

5. CHAUMONT, Ch., «Cours général de Droit international Public», R.C.A.D.I., vol. 129, 1970-I, pág. 417.

porcionar un estricto voluntarismo positivista o un iusnaturalismo. Los teóricos del derecho natural fundaron su validez como principios del derecho en derivar directamente de un sustrato jurídico universal y trascendente. Por el contrario, las corrientes voluntaristas les negaron este carácter, ya que carecerían de aplicabilidad en el sistema internacional, si no son expresión directa de la voluntad de los Estados. La incidencia condicionante del consentimiento estatal determina, en última instancia, el alcance jurídico que se les reconozca. «Ils ne sont pas apparemment fondés sur l'accord volontaire. Cependant tout dépend de la définition que l'on donne de ces catégories et de la portée juridique qu'on leur reconnaît»⁶.

En este sentido el propio orden jurídico internacional ha segregado mecanismos formalmente diferentes a los acuerdos para producir también reglas jurídicas. Pero, dado el débil y escaso grado de institucionalización que posee, necesitan su confirmación a través de la aceptación voluntaria por parte de los sujetos internacionales. Por ello la cuestión fundamental que plantean estos principios es la de su autonomía como elementos de la formación del Derecho⁷. Esta autonomía no puede estar sujeta a las notas de generalidad de su contenido y aceptación, pues —como afirma Manin— eso es un objetivo más que un resultado⁸. La dinámica evolutiva de la sociedad internacional y la contestación de sus mecanismos de normativización evidencian las dificultades de una unanimidad en este sentido. Los acuerdos son mínimos y están referidos tan sólo a su significado como instrumentos de cohesión y de complemento del orden jurídico internacional y esto es un doble sentido: primeramente como complemento para una consideración judicial o meramente práctica del Derecho Internacional; y en segundo lugar, como complemento en el proceso de creación de obligaciones de conducta y de desarrollo y afirmación de reglas jurídicas ya existentes.

En resumen, el conjunto de principios internacionales de mayor o menor obligatoriedad está compuesto por una gama muy diferenciada que hoy no se puede subsumir en la categoría de principios generales del derecho como fuente subsidiaria del Derecho internacional según el art. 38 del Estatuto del TIJ.

6. CHAUMONT, Ch., *op. cit.*, pág. 456.

7. THIERRY, H., COMBACEU, J. y otros, *Droit international Public*, París, 1979, pág. 131.

8. MANIN, Ph., *Droit international public*, París, 1979, pág. 56 y también VITANY, B., *La signification de la «generalité» des principes de Droit*, en R.G.D.I.P. 1976, n.º 2, tomo 8.º, págs. 536 ss.

El examen del Derecho positivo internacional obliga a distinguir varias clases de principios: por un lado hay que distinguir entre principios generales del derecho y principios generales, pero específicos, del Derecho Internacional; y por otro lado, hay que distinguir entre principios constitucionales del ordenamiento jurídico internacional y principios de estructuración jurídico-política de las relaciones internacionales actuales.

1. *Los principios generales del derecho.*

Los principios generales del derecho son estudiados aquí, en función del proceso de formación de las reglas jurídicas internacionales, como una «tercera fuente» de creación de obligaciones jurídicas o como un instrumento de apoyo práctico en la aplicación e interpretación judicial de dichas reglas. En ambos sentidos son objeto de discusión tanto por su contenido como por su virtualidad como elementos jurídicos internacionales.

Para algunos autores son instrumentos analógicos de aplicación de ciertas categorías jurídicas válidas entre sistemas jurídicos diferentes. Nacen de la convicción jurídica de su existencia y de la necesidad en todo orden jurídico. Son, según Friedmann, principios de interpretación, *standards* de procedimiento y principios normativos⁹. En este sentido se definen como «proposiciones primarias deducidas del conjunto del sistema jurídico por vía de síntesis, consideradas como exactas y susceptibles en consecuencia de justificar deducciones en el orden jurídico¹⁰. Sin embargo, precisamente por este carácter práctico y analógico, algún sector de la doctrina internacionalista les ha negado entidad como principios internacionales autónomos por entender que suponen una trasposición de categorías internas o de técnicas de interpretación o de construcción metodológica pasadas del plano interno al plano internacional¹¹.

Otros autores aducen la imposibilidad sociológica de aceptar-

9. FRIEDMANN, W., «The Use of 'General Principles' in the development of international Law», *A.J.I.L.*, 1963, págs. 287 ss. y SLONE, J., *From Principles to Principles*, *op. cit.*, pág. 225.

10. *Diccionario de la terminología del Derecho internacional*, citado por ROUSSEAU, Ch., en *Droit international public*, 1971, pág. 371. VITANYI, B., *Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées»*, en *R.G.D.I.P.*, vol. 86, 1982, n.º 1, págs. 48 ss.

11. HERCZEGH, G., *General Principles of Law and the international Order*, Budapest, 1969.

los como proposiciones universales que permitan deducciones prácticas generales en el orden jurídico internacional, dadas las divisiones ideológicas y económicas existentes. En este sentido algunas tesis de inspiración socialista aceptan los principios del Derecho como una subsunción en el Derecho Internacional de reglas internas a través de la norma consuetudinaria o convención. De esta manera se incorporarían al Derecho positivo y se permitiría su utilización posterior por el juez internacional¹². Rousseau constata cómo en la jurisprudencia arbitral, junto al Derecho convencional o consuetudinario, se admite en numerosas sentencias la existencia de una tercera fuente, «los principios generales del Derecho». En su opinión, la jurisprudencia internacional entiende bajo esta expresión ciertos principios que son comunes a los sistemas jurídicos de los diferentes Estados civilizados. Como tal expresión específica, antes de 1914 no aparece sino excepcionalmente por vía arbitral y es preciso llegar al Estatuto del TPJI para que se reconozca definitivamente como fuente diferenciada en la enumeración de las reglas de Derecho aplicables por el Tribunal¹³.

Independientemente de estos antecedentes de la jurisprudencia arbitral y de algunas reflexiones doctrinales, la positivización práctica de los principios generales del Derecho aparece con los dos Tribunales internacionales ligados a las Organizaciones Internacionales. La invocación de ciertos principios generales del Derecho debería permitir llenar las lagunas del Derecho internacional, reforzar las motivaciones de las sentencias o de las opiniones consultivas, controlar y limitar la libertad de acción de los Estados, si bien éstos no han sido los efectos en la historia de estos Tribunales. En este sentido es ilustrativo el informe del Comité Especial de los principios de amistad y cooperación entre los Estados que señalaba: «El desarrollo poco satisfactorio del Derecho Internacional y la ausencia de legislación internacional dan una importancia creciente a las funciones del TIJ, pues suple las

12. En este sentido KOROVINE, TUNKIN, KORESKY, «Les notions principales du droit de gens (Doctrines soviétiques)», *R.C.A.D.I.*, 1974, vol. 70, pág. 429 y TUNKIN, P., *Curso de Derecho internacional*, Ed. Progreso, Moscú, 1979, págs. 78-79. SINAGRA, A., «I principi generali di diritto nelle concezione socialiste del diritto internazionale», en *Comunicazione e Studi*, vol. 15, Milano 1978, págs. 417 y ss.

13. ROUSSEAU, Ch., *op. cit.*, especialmente el capítulo I sobre «Las principes généraux du droit», pág. 370 y ss. y en cuanto a la expresión «Estados civilizados», vid. FAVRE, A., «Principes généraux, fonds commun du droit des gens», en Homenaje a Paul Guggenheim, *op. cit.*, pág. 371.

lagunas existentes por medio de una jurisprudencia adaptada a las necesidades de una comunidad internacional en evolución»¹⁴.

Su utilidad puede ser ciertamente significativa, si se matiza su contenido y alcance respecto a otros principios internacionales. Concretamente se pueden plantear, dentro de una sociedad internacional descentralizada, sus connotaciones próximas a las reglas consuetudinarias y se ha llegado a discutir su autonomía jurídica en relación a las costumbres. Realmente las reglas consuetudinarias constituyen reglas jurídicas específicas del Derecho Internacional por su contenido y por el tipo de relaciones típicamente internacionales que regulan. Por el contrario, los principios generales del Derecho tiene distinta naturaleza. Son, según la expresión de Lord Phillimore, «los principios aceptados por todas las naciones *in foro domestico*», o —como ha dicho Lapradelle— «los principios que están en la base del Derecho nacional»¹⁵. Tienen una existencia autónoma y anterior al Derecho internacional y concretamente anterior a las reglas consuetudinarias. En Derecho internacional se reinterpretan como elementos esenciales a la idea del Derecho o generalizaciones de categorías jurídicas¹⁶.

En este sentido es interesante el estudio de Blondel sobre la naturaleza jurídica de estos principios generales y concretamente sobre las diferencias de origen y contenido respecto a otra categoría próxima a ellos, como son los principios específicos del Derecho Internacional Público. Los principios generales del Derecho emanarían, en cuanto categoría jurídica, de la misma idea del derecho, idea que es recogida por los derechos internos y plasmada en sus instituciones y en la práctica judicial de los diferentes Estados. Y sirven al Derecho Internacional en cuanto precedente, aunque corregido y adaptado a la específica naturaleza del orden internacional y a las necesidades de las relaciones internacionales. A este respecto Verdross ha señalado que «no existe criterio general para saber si un principio del Derecho interno es aplicable por analogía a las relaciones internacionales. Es preciso decidir dentro de un amplio margen de discrecionalidad judicial y según la naturaleza de cada caso la aplicabilidad del principio invocado»¹⁷.

14. BLONDEL, A., *Les principes généraux...*, *op. cit.*, pág. 202 y el documento literal citado por el mismo autor, DNU, Doc. A.5746, en pág. 202. Vid. HURT, P., *Petit manuel de la Jurisprudence de la C.I.J.*, Pedone, París, 1980.

15. Trabajos preparatorios del Estatuto del T.P.J.I., Comité de juristas, sesiones del comité de 16 de junio, 27 de julio de 1920, La Haya, pág. 335.

16. BLONDEL, A., *op. cit.*, págs. 210-211.

17. VERDROSS, A., *Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence internationale*, en *R.C.A.D.I.*, vol. 52, 1935, pág. 219.

De origen interno, con una naturaleza jurídica axiomática y con los correctivos propios del medio internacional, los principios generales del Derecho han constituido en la práctica internacional, y más concretamente en la judicial, un medio auxiliar de la decisión o de la interpretación en situaciones en las que la decisión del juez internacional no podía fundarse en normas claras, precisas o establecidas. Ahora bien, esta reinterpretación internacional o esta adaptación a la discreción judicial, basadas fundamentalmente en la abstracción o en el esencialismo de estos principios, ha permitido afirmar a Chaumont que, en cuanto tales, no son principios internacionales (pese a la práctica internacional) y no existen previamente a nivel del Derecho Internacional antes de la intervención del juez¹⁸. Cuando el juez internacional los utiliza, realiza una operación distinta a una aplicación completa y exacta de una regla internacional determinada. Se trata de ir más allá de las disposiciones precisas de cada ordenamiento, de retener su espíritu común y de distinguir lo esencial dentro de un razonamiento analógico. En este sentido no se puede excluir, pues, una construcción mínima por parte del juez, aun cuando esté condicionado por la existencia o el reconocimiento de unos materiales jurídicos básicos y propios de los ordenamientos jurídicos internos¹⁹.

Ahora bien, ¿en qué medida esta labor del juez de adaptación creadora supone un elemento de creación de la regla internacional? En sentido estricto los principios generales del derecho quedan fuera del proceso de formación de las normas internacionales, cuyo último fundamento es el consentimiento de los Estados. Sin embargo, ello no obsta para que de alguna manera estén presentes y puedan operar en el momento de la aplicación de aquéllas a un caso determinado. De aquí que el art. 38 del Estatuto del TIJ haya de entenderse como una guía para el razonamiento del juez, como una indicación para la práctica judicial y no como una exposición taxativa y exhaustiva de las fuentes de producción ni como una relación jerárquica de las normas internacionales. Simplemente han venido a confirmar, según González Campos, el razonamiento judicial desde una visión unitaria del Derecho²⁰. En un sentido relativo y en relación a estos prin-

18. CHAUMONT, Ch., *op. cit.*, pág. 462. También, LAMMERS, J. G., «General Principles of Law Recognized by Civilized Nations», en *Essays on the Development of the International Legal Order*, Maryland, 1980, pág. 53.

19. COMBACAU, THIERRY y otros, *op. cit.*, pág. 133.

20. GONZÁLEZ CAMPOS, J., *Curso de Derecho internacional público*, Oviedo, 1980, pág. 90.

principios la práctica consagrada un cierto poder creador de la jurisprudencia en un doble sentido. Por una parte, el principio general del derecho es manifestación de ciertas, aunque limitadas, afinidades jurídicas universales y en este sentido se aplican para evitar el *non liquet* y posibilitan una justicia material internacional, evidenciando la unidad del sistema jurídico. Es a partir de aquí cuando el juez, mediante una aplicación individualizada y concreta a un supuesto, crea una regla jurídica internacional *ad hoc*, pero de carácter general. Pero la creación específica de la regla internacional puede venir también por la diferente interpretación de un principio, cuando el juez cambia de opinión sobre su contenido. Por consiguiente es relativo su valor como precedente, pero a la postre son base del razonamiento jurídico y de la aplicación de reglas y obligaciones jurídicas. Por otra parte. El juez —como afirma Manin— no tiene cualidad para crear reglas de Derecho Internacional en virtud de su sola autoridad. Si aplica los principios generales del Derecho, lo hace sobre la base del consentimiento de los Estados, que sustenta su competencia. Este consentimiento se extiende, de manera implícita o expresa, a los principios generales del Derecho, como una de las «fuentes» recogidas por el Estatuto del Tribunal. De todas maneras, como afirma también Manin, el poder del juez no es absolutamente discrecional en materia de principios generales, puesto que debe apoyarse sobre elementos jurídicos, aunque éstos sean internos, y en elementos que muestran que la regla que se aplica es conforme con ciertas tendencias de la sociedad internacional. En este sentido su poder de apreciación es amplio y le permite remodelar auténticas reglas de Derecho Internacional ²¹.

En otro orden de cosas, la utilización práctica internacional de estos principios supone un doble correctivo al relativismo y a la precariedad del ordenamiento internacional. En primer lugar, implica una cierta vinculación jurídica para el juez en su razonamiento, que evita acudir excesivamente a la noción de equidad, donde las valoraciones subjetivas son frecuentes y fáciles. Por otro lado, limitan también y en cierta medida la libertad de acción de los Estados. En los principios generales del Derecho no están directamente plasmado el consentimiento estatal. Sin embargo, en el Derecho Internacional domina el no formalismo de ese consentimiento como creador de obligaciones jurídicas. De aquí que se pueda recurrir indirectamente a la aceptación de las competencias del TIJ, de su propio Estatuto y, en defini-

21. MANIN, Ph., *Droit international public*, París, 1979, pág. 59.

tiva, al art. 38, donde se les otorga el carácter de fuente subsidiaria para el razonamiento judicial. Su aplicación está fundada, pues, en el art. 38, que es una regla convencional, de la que se puede afirmar que codifica una regla consuetudinaria y cuyo contenido reposa además sobre la concordancia de los derechos estatales. Y tampoco puede olvidarse que son utilizados por medio de una jurisdicción, cuya competencia reposa sobre el consentimiento de los Estados²². En segundo lugar, los Estados ven recogidos en estos principios una expresión de la idea del derecho, una expresión de categorías e instituciones jurídicas fundamentales de su propio orden jurídico interno. En cierta medida están obligados por una exigencia de coherencia de comportamiento en el plano interno y en el plano internacional²³.

2. *El recurso a los principios generales del derecho en la jurisprudencia internacional.*

A veces se ha afirmado la escasa importancia que los Tribunales internacionales han dado a los principios generales del Derecho. Y esta afirmación es relativamente cierta. En un recorrido por la jurisprudencia internacional es fácil constatar cómo, ante las imprecisiones o carencias en las normas positivas internacionales, el juez internacional se ha valido de ellos en su razonamiento con fines analógicos, interpretativos o para reforzar las razones de equidad.

Ahora bien, no es menos cierto que esta utilización no es demasiado rigurosa e incluso es poco sistemática y coherente como para crear precedentes jurisprudenciales, que permitan hablar de cierta función creadora del juez con apoyo en los principios generales del Derecho. Además la nota de la discrecionalidad es típica en la actuación del juez internacional y se manifiesta de distintas formas. En primer lugar, el juez internacional no ha de demostrar que la regla que utiliza es de aplicación en los sistemas jurídicos de forma más o menos universal. Basta con que su utilización esté constatada en los principales sistemas jurídicos próximos a las aculturaciones jurídicas del juez. Así mismo el juez internacional goza de libertad para apreciar la oportunidad y la correlación de situaciones internacionales con otras similares internas que permitan esa transposición jurídica. Por todo

22. COMBACAU, THIERRY y otros, *op. cit.*, pág. 133.

23. SORENSEN, M., *Manual de Derecho internacional público*, México, 1973, págs. 149 ss.

ello se puede afirmar que, a nivel internacional, la utilización de los principios generales del Derecho como instancias de solución jurídica no es importante dentro del proceso de formación de normas internacionales y que tan sólo tienen un carácter subsidiario y bastante aleatorio. A todo ello se unen los recelos de los Estados a aceptar las instancias jurisdiccionales para la solución de conflictos, concretamente respecto al TPJI y al TJI, en la actualidad²⁴. Por otra parte la jurisprudencia del TPJI no se refirió nunca de modo expreso al art. 3, 3/c de su Estatuto, como tampoco explicitó jamás que su razonamiento se apoyase sobre principios jurídicos de los Derechos internos. No obstante, en ciertos casos el Tribunal Permanente hizo referencia a reglas que, sin poder ser fundamentadas en la costumbre internacional y de claro origen interno, eran utilizadas como base jurídica en razón del art. 38 de dicho Estatuto.

Sin embargo, los principios generales del Derecho que han inspirado las sentencias y dictámenes consultivos de ambos tribunales son de origen y alcance distintos. Abundan las reglas de carácter procesal que constituyen máximas de razonamiento judicial en los contenciosos internos, que no suelen ser discutidas, que tienen una vigencia objetiva casi universal y que, por ello, representan para muchos autores una referencia a la justicia como elemento sustancial de todo derecho interno²⁵. Así fue invocada la regla del abuso de derecho en el asunto de ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia, y los principios generales internos que rigen en materia contractual, a través de los cuales el Tribunal rechazó la estipulación por otro, en cuyo rechazo se podría ver el origen de un principio específico del Derecho Internacional actual, como es el del efecto relativo de los tratados²⁶. Junto a estos principios también aparecen en la jurisprudencia del primer Tribunal internacional los principios generales de responsabilidad aplicados al orden internacional, el principio de la conducta correcta del reclamante para la admisibilidad de la demanda, que en concreto aparece en el asunto Chorzov en la fase competencia del Tribunal²⁷. También están los principios usuales de interpretación que reposan sobre fundamentos de

24. YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., «Actitud de los nuevos Estados ante el T.I.J.», en *R.E.D.I.*, 1965, págs. 175 ss. Y STONE, J., «The International Court and world crisis», en *International Conciliation*, núm. 536. 1963, pág. 21.

25. FAVRE, A., *op. cit.*, pág. 366 y ss.

26. Sentencia del T.P.J.I., n.º 7 de 26 de abril de 1928, asunto relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia (Fondo), pág. 197.

27. T.P.J.I., asunto Chorzów (demanda de indemnización/competencia seria A, n.º 9, pág. 31.

cierta evidencia y lógica. Así la regla de la interpretación auténtica que la detenta, como cualidad intrínseca, aquel sujeto que tiene la competencia para modificarla o suprimirla²⁸, los principios de la referencia al texto y la interpretación según el contexto o el fin del instrumento jurídico, o la primacía de la «lex specialis» sobre la «lex generalis»²⁹.

En la jurisprudencia del TIJ hay ciertas referencias prudentes pero claras a los principios generales del Derecho, si bien también aparece la confusión ya apuntada y frecuente entre la doctrina de subsumir bajo una misma categoría estos principios y los principios internacionales. Con ello se disminuye ciertamente la incidencia de los principios generales o se hace menos apreciable. Ya era un antecedente la afirmación del TPJI en la sentencia del *Lotus*, cuando decía que «el sentido de la palabra 'principios del Derecho Internacional' no puede, según su uso general, significar sino el Derecho Internacional tal como está en vigor entre todas las naciones que forman parte de la comunidad internacional»³⁰. En el TIJ actual hay una cierta y relativa utilización de los principios generales del Derecho y al mismo tiempo una confusión. En el asunto de Corfú el Tribunal afirmaba: «las obligaciones que incumben a Albania están fundadas sobre ciertos *principios generales* y bien desconocidos tales como... el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas»³¹. Los principios de la soberanía y de la independencia de los estados son casi constantemente aducidos por el Tribunal como principios generales para justificar su competencia, pero confundiendo en el razonamiento judicial entre lo interno y lo internacional. En el caso *Nottebohm* el Tribunal aplica los principios de efectividad propios del derecho de la nacionalidad, pero confundiendo las exigencias de los derechos internos en esta materia con el principio de efectividad, que es un pilar dentro del ordenamiento jurídico internacional.

Pese a estas confusiones, se aplican principios especialmente procesales, como son la fuerza de la cosa juzgada aducida en el dictamen sobre los efectos y decisiones del Tribunal administrativo de las Naciones Unidas³²; el principio del «interés en la

28. Dictamen relativo a la delimitación de la frontera pocalo-checoslovaca, T.P.J.I., serie B, n.º 8, pág. 37.

29. Asunto de los empréstitos servios, T.P.J.I., serie A, n.º 20, pág. 30.

30. Asunto *Lotus*, T.P.J.I., serie A, n.º 10, págs. 16-17.

31. Asunto del Estrecho de Corfú, T.I.J., Rec. 1949, pág. 22.

32. Dictamen sobre los efectos de las decisiones del Tribunal Administrativo de N.U. sobre el pago de indemnizaciones, T.J.I., Rec. 1954, pág. 61.

acción» exigido en el asunto del Sud-oeste africano por el TIJ para no admitir la legitimación activa de Liberia y Etiopía³³, la utilización generalizada de los medios de prueba indirectos utilizados en todos los sistemas jurídicos y que se aducen en el asunto del estrecho de Corfú; la utilización de criterios de justicia distributiva en el asunto de la plataforma continental del mar del Norte de 1969 y finalmente, por ejemplo, las referencias a los supuestos de denegación de justicia contenidas en el asunto de la Barcelona-Traction de 1970, conducta correcta del reclamante y una transposición peculiar que el Tribunal hizo de las reglas de Derecho interno relativas a las sociedades anónimas³⁴.

Finalmente, la utilización de los principios generales del derecho se da también en otras instancias internacionales, como han sido los arbitrajes inter-estatales, los arbitrajes entre Estados y personas privadas, así como en el Tribunal de las Comunidades europeas que, en base al art. 215 del Tratado de la CEE, dispone que en materia extracontractual la Comunidad debe reparar conforme a los principios generales de los Estados miembros. También en materia de control de la administración, los principios generales de los países miembros juegan un papel importante³⁵.

Para concluir respecto a la importancia e incidencia de los principios generales del derecho en el Derecho Internacional, podría citarse la opinión de Ch. de Visscher, para quien tales principios permiten desarrollar al máximo el campo del Derecho Internacional judicialmente aplicable, facilitan y refuerza la motivación, y permiten a los jueces actuar en niveles de reflexión, de deducción y de construcción enormemente fecundos³⁶. Sin embargo, pese a esta valoración, hoy es preciso distinguirlos de otros principios internacionales que a través del cauce judicial o a través de la práctica de los Estados desarrollan y consolidan también reglas del Derecho Internacional.

33. Asunto del Sud-Oeste africano (2.ª fase), T.J.I., Rec. 1966, pág. 51.

34. Asunto de la Barcelona-Traction, T.J.I., Rec. 1970, pág. 37 y la referencia al régimen de sociedades anónimas reseñada por COMBACAU, THIERRY, etc., *op. cit.*, pág. 134.

35. LETOURNEUR, A., *Les principes généraux de droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Etudes documents, 1951, págs. 19-31, y también JEANNEAU, B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954.

36. VISSCHER, Ch. de, *Teorías y realidades del Derecho Internacional público*, Barcelona, 1962, pág. 389.

3. *Principios del Derecho internacional.*

Charles de Visscher entiende que los principios específicos del Derecho Internacional son un pequeño número de reglas, que son fundamentalmente necesarias para el sistema jurídico en cuanto tal. Son su vertebración jurídica y constituyen, en este sentido, reglas de contenido general que posibilitan otras de carácter más concreto y operativo.

La expresión «principios del Derecho Internacional» es, pese a su diferenciación de los principios generales del Derecho, vaga e imprecisa, si no se la entiende en un sentido más técnico. Virally dice que son ciertas reglas generales que integran el Derecho positivo, aunque no hayan sido establecidas según uno de los procedimientos que tradicionalmente se consideran como «fuentes»³⁷. Sin embargo, bajo esta denominación se pueden encontrar mezclados distintos tipos de reglas jurídicas. Así, ciertos principios de carácter general y abstracto que reclaman un desarrollo y concreción en reglas convencionales o consuetudinarias, tales como el de efectividad, el de soberanía de los Estados, el de buena fe, etc. También existen otros que son expresión de la estructuración de las relaciones internacionales actuales o que son el fundamento del actual ordenamiento jurídico internacional, como podrían considerarse los principios de coexistencia pacífica y las normas de «ius cogens» respectivamente. Como se comprenderá, todos estos principios son diferentes en su origen, en su fundamento, en su contenido y en su función y en general pueden entenderse como básicamente constitutivos de la sociedad internacional actual o del orden social y jurídico vigente. En todos los supuestos se trata de reglas jurídicas abstractas susceptibles de aplicarse a múltiples situaciones concretas, bien para reglamentarlas de modo permanente o bien para resolver ciertas dificultades que plantean. Su naturaleza jurídica no es discutida³⁸, si bien su singularidad, connotaciones particulares y diferencias de función reclaman precisiones desde el punto de vista de la ciencia del Derecho Internacional.

a) *Principios generales específicos del Derecho internacional.*

Son escasos los principios que, en cuanto máximas de origen consuetudinario, dan un sentido jurídico a unos mínimos de con-

37. VIRALLY, M., «Le rôle des «principes» dans le développement du droit international», en Homenaje a Paul Guggenheim, *op. cit.*, pág. 531.

38. VIRALLY, M., «Le rôle...», *op. cit.*, págs. 533-534.

ducta entre los sujetos de las relaciones internacionales. Su legitimidad viene dada por una aceptación general de carácter consuetudinario, reforzada por la práctica de los Estados, la cual evidencia el acuerdo de voluntades como postulado básico del orden jurídico internacional³⁹.

La positivización expresa de estos principios se produce a través de la codificación y el desarrollo progresivo de las reglas internacionales y, en consecuencia, quedan plasmados en convenios multilaterales de carácter normativo, como ha sido el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en cuyo art. 26 se establece como norma positiva las reglas del «pacta sunt servanda» y de buena fe, según la fórmula de que «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». Especialmente importante es este primer principio para la existencia misma del Derecho Internacional, asentado sobre el acuerdo de voluntades (tácito o expreso) y determinado por el carácter contractual de las relaciones de sus sujetos. Dada la escasa institucionalización de la sociedad internacional y, por consecuencia, la descentralización en el ejercicio del poder, la norma fundamental kelseniana y el principio de buena fe suponen —como señala Carrillo Salcedo— un correctivo o límite a la discrecionalidad y libertad de los Estados en la apreciación del alcance de sus derechos y obligaciones. «Es, por tanto, un criterio corrector de apreciaciones subjetivas que, a pesar de las dificultades de su concretización a la hora de su aplicación práctica, constituye un límite de evidencia que los Estados no pueden sobrepasar sin violarlo». El prof. Carrillo concluye afirmando que la fundamentalidad de estos principios está en que sólo pueden ser excluidos del Derecho Internacional al costoso precio de destruir a este último como ordenamiento jurídico⁴⁰.

En concreto el principio «pacta sunt servanda» es una norma fundamental del Derecho Internacional (de origen consuetudinario, pero recogida en innumerables instrumentos convencionales y, por tanto, de naturaleza positiva, siendo algo más que una hipótesis o simple postulado). Muchos autores, desde las concepciones clásicas de Anzilotti o Vattel hasta las más modernas de Verdross, Scelle o Favre, lo consideran como una regla de valor objetivo derivada de la misma idea de justicia. Incluso autores actuales próximos a las concepciones realistas americanas, como

39. ROUSSEAU, Ch., *Droit international public*, t. I, París, 1970, págs. 389 ss.

40. CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, 2.ª ed., Madrid, 1976, págs. 197 y 200.

Friedmann, sostiene su objetividad y lo consideran más allá del consentimiento de los Estados. Ni los acuerdos internacionales ni los derechos internos pueden condicionarlo. Respecto a este principio no caben más que dos actitudes: respetarlo o violarlo⁴¹. Lo cierto es que, sobre la base de presupuestos doctrinales diversos y de concepciones jurídicas y sociales distintas, los diferentes sistemas jurídicos actuales y la doctrina lo aceptan como regla jurídica, lo consideran como principio general del derecho y como principio general específico del Derecho Internacional. Baste recordar en este sentido la importancia que el derecho soviético le reconoce y la defensa que del mismo hacen los nuevos Estados. Por otra parte hay que tener en cuenta la especial importancia de su reconocimiento positivo en instrumentos internacional en vigor. Así se hace en la Carta de N. U. en su art. 2, 1, cuando expresamente se dispone: «Los miembros cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta». Por otro lado, el art. 26 del Convenio de Viena viene a reforzar uno de los más delicados equilibrios del actual Derecho Internacional, como son las exigencias de seguridad y estabilidad jurídicas y la necesaria y precisa matización ante un cierto valor absoluto que llevara a desconocer los factores de cambio especialmente relevantes en la sociedad internacional actual⁴².

Con distinto alcance, pero con especial importancia también, se encuentran otros principios específicos del Derecho Internacional, como son el de efectividad, el no formalismo del consentimiento, el «stoppel» como imposibilidad de retractación de los comportamientos estatales, el deber de cooperar como regla medio del comportamiento entre los sujetos internacionales, el postulado esencial de la soberanía como eje de todo el edificio internacional y que se plasma en principios más particulares como son el valor del consentimiento estatal y la independencia de los Estados, etc. Sin embargo, estos dos últimos —soberanía e independencia— representan la base estructural social y política, sobre la que se articulan las relaciones entre los sujetos típicos, los Estados. Por ello deben ser analizados como una categoría especial aparte.

La jurisprudencia internacional hace continuas referencias a estos principios en sus decisiones más clásicas o actuales, si bien —como ya hemos dicho— estas referencias no hacen dife-

41. FRIEDMANN, W., *The Changing Structure of international Law*, London, 1967, pág. 86.

42. CHAUMONT, Ch., «Cours général...», *op. cit.*, pág. 383.

renciaciones respecto al concepto más amplio de principios generales del Derecho. Así en el asunto de Carelia Oriental se afirmaba que «hay un principio que está en la base misma del Derecho Internacional: el principio de la independencia de los Estados». En el mismo asunto se aludía en un parecido párrafo al valor del consentimiento como fundamento de cualquier solución de conflictos entre Estados⁴³. El principio del consentimiento estatal es una exigencia constante en la jurisprudencia internacional a la hora de fijar su competencia y sus límites. Baste recordar el asunto del incidente aéreo entre Israel y Bulgaria de 1955 y la sentencia de 1959, así como el examen de la competencia del Tribunal en el asunto del templo Préah Vihéar de 1959. En las más recientes sentencias, como puede ser las del asunto de la plataforma continental del mar Egeo de 19-XII-1978 o del asunto de los rehenes de Teherán de 24-V-1980, el TIJ es absolutamente celoso de dejar asentada su competencia sobre el consentimiento expreso de los Estados.

Respecto a otros principios, como el de efectividad o no formalismo del consentimiento, la jurisprudencia ha reforzado también su carácter jurídico fundamental en el Derecho Internacional actual. Sobre el no formalismo hay en el asunto entre el Reino Unido y Noruega sobre pesquerías un análisis del valor jurídico del silencio, de la pasividad estatal, de la ausencia de protesta, como formas no expresas de evidenciarse también la voluntad de los Estados y de crear, por tanto, obligaciones jurídicas oponibles⁴⁴. La noción del «stoppel» es aducida y reforzada desde la clásica sentencia del templo Préah Vihéar hasta una de las más polémicas, como fue la de la Barcelona-Traction. Respecto al principio de efectividad se considera como un elemento imprescindible de objetivización en el medio internacional, por cuanto expresa al necesaria relación que existe entre las normas y las situaciones jurídicas. Con este carácter es también abordado en algunos razonamientos judiciales⁴⁵.

En resumen, a todos estos principios se refiere la doctrina y la jurisprudencia internacional, considerándolos como el mínimo jurídico fundamental, sobre el que se asienta el sistema normativo internacional. Sin tales principios específicos generales no

43. Asunto del Estatuto de Carelia Oriental, T.P.J.I., Serie B, n.º 5, pág. 27.

44. Asunto de Pesquerías entre Reino Unido-Noruega, T.I.J., Rec. 1951, págs. 138-139.

45. Asunto Nottebohm, T.I.J., Rec. 1955, pág. 23 y Asunto de la Barcelona-Traction, T.I.J., Rec. 1970, págs. 58 a 63.

se podría hablar del Derecho Internacional como sistema autónomo respecto a los Derechos internos o respecto a sus propias posibilidades de evolución en relación a su capacidad normativa de conductas. De estos principios generales específicos se deducirán regímenes concretos de regulación jurídica, aplicables a la dinámica social internacional y con una función, pues, más concreta, operativa y efectiva que la que puede corresponder a los principales generales del Derecho, dentro de los cuales no cabría siembre subsumirlos.

b) *Principios estructurales del orden internacional.*

La sociedad internacional actual se configuró especialmente a partir de la segunda guerra mundial. El «status quo» territorial y político quedó recogido en los tratados de paz, los cuales en virtud de la fuerza hegemónica de sus titulares fueron elevados a orden social de aquella, y futura, convivencia internacional. Antes como ahora es cierta la afirmación de Virally de que el orden jurídico internacional se ha ido formando progresivamente en el curso de la historia en sectores privilegiados. Las grandes potencias han confirmado al Derecho Internacional. Lo más frecuente ha sido que las consideraciones de conveniencia propia a cada situación particular, la búsqueda pragmática de un equilibrio de fuerzas e intereses, la oportunidad política, etc., han pesado más que las ideas. Hoy hay principios que, aun con lejana referencia a la justicia, pretenden configurar las relaciones sociales y jurídicas y a los que se podría denominar estructurales⁴⁶.

En esta perspectiva política, la Carta de las Naciones Unidas fue un reforzamiento de los tratados de paz y una generalización de sus consecuencias. El número de firmantes de la Carta de S. Francisco constituía en aquel momento ya, como dijera el TIJ, un número suficientemente representativo de la comunidad internacional. La Carta garantizaba, pues, jurídicamente la situación internacional establecida entre las grandes potencias respecto a los vencidos y determinaba los contenidos sustanciales de la estructuración política de las relaciones internacionales a partir de ese momento. Así el capítulo I, arts. 1 y 2, contiene la enumeración de los propósitos y principios que van a guiar la actividad de la Organización. Este capítulo, junto al Preámbulo, constituyen lo que Salmón ha denominado la base ideológica de la ONU⁴⁷.

46. VIRALLY, M., «Le rôle...», *op. cit.*, págs. 539-540.

47. SALMON, H., *Le preambule de la Charte, base idéologique de l'O.N.U.*, Ginebra, 1946, pág. 198.

En concreto los principios se presentan como una proposición normativa, que se ha de traducir en una conducta determinada de los Estados miembros, y son de naturaleza jurídica, ya que están plasmados en una de las fuentes o procedimientos tradicionales de creación de obligaciones jurídicas. Además hay en la Carta otra serie de principios que vienen expresados en conceptos abstractos, tales como soberanía o igualdad de los Estados. Por su formulación son generales y se pueden aplicar o deducir de ellos aspectos y circunstancias concretas de la actuación estatal. Por ello son los pilares constitucionales, sobre los que se asienta la reglamentación concreta «de las líneas de acción o los modelos de comportamiento»⁴⁸. En la clasificación que hemos realizado al principio, los hemos englobado en el epígrafe de principios constitucionales del ordenamiento jurídico internacional, en cuanto que de ellos derivan proposiciones prácticas, concretas, que resumen o recogen la correlación de fuerzas sociales y políticas. Son los principios que conforman la estructuración social y jurídica del poder y sus exigencias para las relaciones internacionales. Así todo el conjunto de los principios de la Carta se asienta sobre el postulado básico de la modernidad, que es la soberanía de los Estados y del que deriva prioritariamente el principio de la igualdad soberana de éstos. Secundariamente los restantes principios de los arts. 1 y 2 son exigencias derivadas de aquellos dos y constituyen normas de conducta para los Estados miembros y para la propia Organización. Pero, en definitiva, las obligaciones individualmente contraídas o las colectivamente asumidas por la misma Organización equivalen al compromiso formal de respetar el «status quo» establecido y ya garantizado por un medio institucional. La propia estructura de la Organización y las características políticas de sus órganos, especialmente el Consejo de Seguridad, van a ser el medio operativo de garantizarlo.

La Carta de N. U. fue, pues, como tratado constitutivo el instrumento formal para dar cobertura jurídica a las exigencias sociales y políticas de aquel momento histórico. Por ello algunos autores han calificado los principios de la Carta como centrales o estructurales, esto es, en cuanto ocupan una posición central en el orden internacional actual⁴⁹. Esta tesis es significativa, porque reconoce sin eufemismo la importancia de esos principios

48. VIRALLY, M., *Le rôle...*, *op. cit.*, pág. 234.

49. GONZÁLEZ CAMPOS, J., *Curso de Derecho internacional público*, *op. cit.*, pág. 81. También SCHACHTER, O., «The Relation of Law politics and action in the United Nations», en *R.C.A.D.I.*, vol. 109, 1963, pág. 192.

par la pervivencia del orden establecido a partir de la Conferencia de S. Francisco, de un orden que proclama la paz entre vencedores y vencidos, pero muy expresivo también y realista de los intereses políticos concretos. Como ha señalado Carrillo Solcedo, no es casual que en S. Francisco se consagren tres grandes compromisos políticos: el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la cooperación internacional institucionalizada en materia social y económica, y el régimen jurídico del colonialismo. Este tríptico de problemas y su regulación constituyen antes y ahora los parámetros de la estructura social, política e histórica de la sociedad internacional actual. Pero también, antes como ahora, precisan de un compromiso o consenso de reglamentación o de adaptación, aunque dentro de unos límites políticos reales⁵⁰. Elisa Pérez Vera pone de relieve cómo uno del orden jurídico internacional es el reconocimiento de que prioritariamente está condicionado por lo inter-estatal. No es de extrañar, pues, que en la formulación de estos principios-eje no se encuentren contemplados los derechos humanos, cuya virtualidad internacional se hace depender de la mediatización estatal, de los niveles de coexistencia política que se alcance entre los Estados⁵¹.

De todo lo anterior se puede deducir la importancia especial de los principios contenidos en dichos artículos sobre la prohibición del uso y amenaza de fuerza contra la integridad territorial o la independencia política. Es cierto que aquí se positiviza una norma consuetudinaria general o de alcance universal que tenía su origen en los tratados de Briand-Kellog y París, pero que ahora se fortalecía con dos precisiones: el respeto de la situación territorial surgida después del reparto de la Segunda Guerra Mundial y la garantía del contenido jurídico-político de la soberanía, esto es, la independencia política de los Estados. Pero se trata de algo más, de la garantía jurídica —como ha señalado Elisa Pérez Vera— tendente a evitar que se produzca por la fuerza el cambio social en la comunidad internacional y a procurar la solución consistente en la obligación del arreglo pacífico, aunque se deja a la libre elección de las partes los medios de solución pacífica. Esto lleva a evidenciar la desigualdad fáctica entre los miembros de N. U. y constituir el contrapunto jurídico a la

50. CARRILLO SALCEDO, J. A., «Veinticinco años de Naciones Unidas: un ensayo de interpretación», en *Arbor*, febrero, 1971, Madrid, pág. 29.

51. PÉREZ VERA, E., *Naciones Unidas y los principios de coexistencia pacífica*, Madrid, 1973. SINCLAIR, I. M., «Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States», en *H. a Krishnan Rao*, Leyden, 1976, págs. 107 ss.

exigencia absoluta establecida en la prohibición del art. 2, 4 de la Carta⁵².

El segundo principio en importancia, en este orden de cosas, es la no intervención en los asuntos internos de los Estados y vuelve a ser un reforzamiento del contenido jurídico de la soberanía. La soberanía estatal se concreta en ámbitos competenciales, en los cuales el Estado ejerce su poder de manera discrecional, en una plenitud de jurisdicción sin más límites que los impuestos por el Derecho internacional. Ahora bien, como ha señalado el prof. Carrillo Salcedo, el poder discrecional del Estado en su haz de competencias tiene un doble límite: el deber de respetar los derechos de las demás comunidades independientes en una reciprocidad de derechos y deberes de los Estados, y en segundo lugar el entendimiento de que la soberanía, en concreto la territorial, es una función que garantiza el derecho a excluir poderes externos al Estado, pero que en aras del mismo concepto de independencia e igualdad impone el respeto de los derechos de los demás antes soberanos⁵³. En este sentido la jurisprudencia es reiterativa, ya que la afirmación de que «entre Estados independientes, el respeto a la soberanía es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales» aparece, bajo iguales o parecidas expresiones, constantemente en las decisiones de los tribunales internacionales⁵⁴.

En la Carta hay también consagrado o al menos proclamado otro principio que podríamos calificar como estructural de las independencia política de los Estados, cuyo significado no puede identificarse plenamente con el que hoy podría dársele. En el contexto de 1945 se plantea como un postulado formal, como el contenido político de la soberanía. Significaba «tanto la negación de toda autoridad política superior a la del Estado, como la exclusión de la competencia de cualquier otro Estado soberano»⁵⁵. Carrillo Salcedo extrae del razonamiento del juez Anzilotti un párrafo del dictamen de TPJI sobre el régimen aduanero entre Alemania y Austria de 5 de septiembre de 1931 extremadamente aclarativo al respecto: «la condición normal de los Estados ante el Derecho Internacional puede ser calificada de soberanía (suprema potestas) o soberanía externa, si se entiende por

52. PÉREZ VERA, E., *op. cit.*, págs. 59 y ss.

53. CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía...*, *op. cit.*, págs. 85-86.

54. Como ejemplo significativo, la sentencia del T.I.J. en el asunto del Estrecho de Corfú, Rec. 1949, pág. 35.

55. CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía...*, *op. cit.*, pág. 83.

ésta que el Estado no tiene sobre él ninguna otra autoridad, si no es la del Derecho Internacional»⁵⁶.

Sin embargo, el principio de la independencia es hoy reflejo de la estructura política de las relaciones internacionales con un doble y distinto significado. Por una parte, la independencia no puede entenderse hoy sólo como ausencia de poder político externo y superior al Estado, ya que el ejercicio interno y externo de esa soberanía estatal pasa actualmente por la independencia económica. De aquí la concreción que establece la Resolución 1803 de la Asamblea General sobre la soberanía permanente sobre las riquezas y recursos naturales. Por otra parte, la independencia significa hoy también la libre elección por los pueblos de su forma política, social y económica de gobierno, esto es, el ejercicio de la autodeterminación. Este principio hay que enmarcarlo dentro de la Resolución 1514 (XV), que en cuanto principios que desarrollan la Carta constituye hoy principios estructurales del orden internacional.

Estos tres principios, en su formulación primera de S. Francisco, fueron la articulación jurídica de una estructuración sociopolítica entre un número, entonces reducido, de Estados. El reforzamiento de estas relaciones pactadas se realizó a través de los vínculos creados bajo el deber de cooperar. Y esta obligación jurídica de cooperar, enormemente importante, se va a imponer por una doble vía: por vía individual y por vía institucional en lo social y en lo económico. Así, en el desarrollo de la Organización internacional, se ha asistido a una transformación importante dentro de sus objetivos y los aspectos sociales y económicos han pasado a ser los auténticamente significativos en su actividad. De esta manera se ha creado una trama económica que ha reforzado el sistema económico mundial surgido de la segunda guerra mundial. El principio de cooperación internacional ha jugado a través de un sistema de articulación de las relaciones económicas, esto es, del sistema liberal-capitalista. Incluso dicho principio se ha proyectado en los países de economía planificada, cuya actividad se abre al exterior, esto es, se realiza dentro de unas relaciones internacionales y se manifiesta con similares características a las de los sistemas occidentales capitalistas. El principio de cooperación ha venido, desde 1945 hasta hoy, imponiendo unos determinados modelos de relaciones económicas de dominación. Los mismos esfuerzos de racionalización y ordenación social y económica que representan los principios del «nue-

56. Asunto del régimen aduanero entre Alemania y Austria, opinión individual del juez Anzilotti, Dictamen de 5 de septiembre de 1931.

vo orden económico internacional», pese a la paternidad en la iniciativa de los países subdesarrollados, encuentran graves dificultades en su articulación concreta por parte de los condicionamientos que impone el sistema económico mundial.

En definitiva, de lobjetivo prioritario de 1945 del mantenimiento de la paz y la seguridad en el plano jurídico e insttucional, se ha ido derivando hacia un nuevo objetivo de la Organización: la cooperación. Se sostiene con razón que posibilita una paz llena de contenidos materiales y sustantivos, sin eufemismos. Aunque no se discuta su importancia y su necesidad, de debe reconocer que tiene límites estructurales reales y de carácter político principalmente, que son mantenidos por aquellos que detentan los recursos económicos y políticos que lo harían realmente posible. La cooperación, como exigencia de la paz internacional, depende también de la voluntad política de los Estados. Y es que la paz y la seguridad jurídica son en sí conceptos formales, sin contenido preciso, si no se establecen en relación a un conjunto de valores como la justicia y la libertad, cosa que no se hace en la Carta de las Naciones Unidas. En la Carta, la paz y la seguridad están referidas al respeto de la soberanía, de la dependencia, a la igualdad formal, a la no intervención. Por ello pueda explicarse el silencio ante la materia de derechos humanos en concreto o de descolonización como un aspecto del ejercicio colectivo de los derechos humanos.

Ahora bien, como la garantía del orden social y político establecido está hoy más en la solución de los problemas socio-económicos coyunturales que en la solución de estrictos conflictos armados, ha surgido un notable esfuerzo por acomodar las funciones de la Organización a las nuevas exigencias de la convivencia pacífica. De aquí el nacimiento de una serie de nuevos principios jurídicos internacionales, surgidos al margen de los procedimientos formales tradicionales y que son punto de arranque de obligaciones jurídicas en las relaciones internacionales actuales o fortalecimiento en las relaciones internacionales actuales o fortalecimiento de las existentes y con un contenido y alcance que van más allá de los postulados formalmente establecidos en la Carta de las Naciones Unidas. Las transformaciones radicales de la Organización internacional en su composición, en su papel en la sociedad internacional y en su influencia como foro mundial, han supuesto a partir de la década de los 60 un giro total en la teleología real de la Organización.

Precisamente como foro universal y a partir de esos momentos, se van a plantear en su seno problemas relativos no sólo a la sociedad internacional particular e institucionalizada que re-

presenta sino también problemas de alcance general. Sus soluciones y respuestas van a constituir auténticas exigencias que son planteadas ya como contenido sustantivo de los principios positivos establecidos y en última instancia, de un concepto material, no formal, de la paz internacional. Así en el XXV aniversario de su fundación, el lema de la efemérides fue «paz y justicia» como exigencia no sólo de los comportamientos de los Estados miembros, sino también como expectativa o exigencia de todos los pueblos ante Naciones Unidas en un mundo dividido por las desigualdades, pero forzosamente interdependiente.

Para ello había que remodelar y adaptar las reglas jurídicas a las necesidades sociales y económicas de esos pueblos, cuyas situaciones eran nuevas o diferentes a las que se daban en el momento de nacer la Organización. Como pone de relieve la profesora Pérez Vera, esas nuevas situaciones eran de naturaleza política y otras eran de estructuración social y desajuste jurídico. Así cita Pérez Vera las siguientes: a) la coalición aliada apenas sobrevivió a la Conferencia de S. Francisco y la guerra fría sustituyó a la alianza, la carrera de armamentos al entendimiento político y el equilibrio del terror termonuclear a la cooperación; b) la culminación del proceso descolonizador incide cuantitativamente y cualitativamente en la ONU como instancia jurídica y política de solución de conflictos internacionales; c) el sistema internacional se bipolariza en las divisiones ideológicas y económicas, que condicionan cualquier tipo de operatividad y eficacia jurídicas; d) el abismo creciente que separa a países desarrollados y subdesarrollados viene a ser no un problema parcial de la sociedad internacional, sino el más grave y urgente y el que potencialmente y de hecho más ha convulsionado esta etapa histórica⁵⁷.

Dentro de estas coordenadas se plantea la necesidad de proceder a una actualización de los principios básicos de la Carta. Esta necesidad fue planteada en el seno de la VI Comisión de la Asamblea General de N. U. Por la delegación soviética bajo la denominación de los «principios de la coexistencia pacífica» en 1957, tema que fue incluido en la agenda de trabajos de la Asamblea General y como trabajo futuro en el campo de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional. La oposición occidental a la formulación de tales principios fue vencida mediante un cambio en la denominación de esos trabajos, desligándolos del patronazgo soviético y de la politicidad que llevaba implícito al ser dichos principios una constante de

57. PÉREZ VERA, E., *op. cit.*, págs. 25-26.

la doctrina soviética sobre las relaciones internacionales. Por ello se formularon como principios de amistad y cooperación entre los Estados de acuerdo con la Carta de N. U. Tras años de estudio en el Comité especial de 1964, los trabajos quedaron plasmados en una resolución de la Asamblea General que contenía la Declaración de los principios de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de N. U. (/2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970), aprobada con bastantes reservas, especialmente por parte occidental. Esta declaración responde al deseo «de proporcionar un desarrollo progresivo de los principios de la Carta a la luz de los grandes cambios que han tenido lugar en el mundo desde su adopción, como al convencimiento de la necesidad en las actuales circunstancias de una aplicación efectiva de tales principios»⁵⁸.

La Resolución 2625 (XXV) enuncia principios que, en líneas generales, son la trascripción y desarrollo en algunos supuestos de los contenidos en el art. 2 de la Carta. Sin embargo, los aspectos más significativos y problemáticos de las nuevas situaciones no fueron recogidos y plasmados en la formulación definitiva, aunque el Comité los abordó con profundidad y exhaustividad sin que, al final, fuera posible un acuerdo. Los trabajos son bastante ilustrativos de las posiciones y del grado de consenso que fue posible alcanzar. En muchos casos, aspectos reales y sustanciales de las actuales relaciones internacionales quedaron finalmente calificados como simples reivindicaciones políticas, sin tener en cuenta que las posturas de rechazo eran también posiciones claramente políticas de signo contrario. Por ejemplo, baste recordar la imposibilidad de recoger en la formulación del principio de no uso de fuerza a la reglamentación sobre las luchas de liberación nacional y colonial. La vinculación a los supuestos de legítima defensa no era admitida por los países occidentales, así como la vinculación a la defensa de los derechos humanos. Por tanto, su regulación jurídica no fue posible bajo la cobertura de la prohibición del no uso de fuerza por parte de la metrópoli ni bajo la excepción de legítima defensa del art. 51 sobre pueblos sometidos a situaciones de dominación política irresoluble⁵⁹. Algo

58. GONZÁLEZ CAMPOS, J., «La VI Comisión de la A.G. de Naciones Unidas y el Derecho internacional de la coexistencia pacífica», en *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1963, vol. VII, n.º 18, pág. 405. Así mismo mi artículo sobre «El Comité especial de los Principios de amistad y cooperación entre los Estados, sus trabajos y resultados», en *R.E.D.I.*, vol. XXIV, 1971, n.º 12, pág. 125.

59. ESPADA RAMOS, M. L., «Nuevas formas de uso de fuerza y su compatibilidad con el Derecho internacional», en *Homenaje al Prof. Sela Sampil*,

parecido sucedió con el principio de no intervención, respecto al cual no fue posible estudiar ni vincular los supuestos de intervenciones indirectas e intervenciones económicas, ni recoger el contenido de la resolución 2131 (XX) de 21 de diciembre de 1965.

En definitiva, en esta Declaración hay más de codificación que de desarrollo progresivo. El fantasma político sobrevolaba sobre los trabajos y las decisiones últimas y estaba en juego la estabilidad plasmada en los principios de la Carta frente a las exigencias de adaptación del derecho a las nuevas situaciones. Estas exigencias podían ir ciertamente más lejos de lo querido por los Estados, al menos algunos Estados, y propician un cambio importante, aunque lento, y además con carácter jurídico.

Entre los principios reconocidos en dicha Declaración, algunos de ellos siguen reflejando la actual estructuración de la sociedad internacional y con una función de continuidad y estabilización. Sólo los principios de autodeterminación y de igualdad de derechos podrían valorarse como posibles motores del cambio internacional o incluso cambio revolucionario, porque afectan a dos elementos críticos de la actual sociedad internacional: las situaciones de dependencia o «neo-dependencia» más o menos larvada y la desigualdad de hecho. Estos principios van precisamente contra una concepción estática del Derecho Internacional y de ellos derivan otros más particulares que, si en el plano jurídico son mínimos, son en el plano político máximas de supervivencia para muchos pueblos.

De los siete principios propuestos por la delegación soviética inicialmente, unos se dirigían al mantenimiento de las situaciones dadas y otros a su remoción. Pero la reglamentación jurídico-positiva concreta, que fue posible plasmar en un texto formal, y las posturas adoptadas al respecto no ha facilitado el cambio, sino simplemente han mantenido unos mínimos jurídicos y políticos en medio del delicado equilibrio de fuerzas existente entre los poderes internacionales. De este difícil equilibrio, que también se da entre Estados ya asentados y Estados nuevos, se han ido arrancando trabajosamente algunos resultados especialmente para esos Estados nuevos, no sólo ya como sujetos internacionales, sino simplemente como pueblos⁶⁰.

vol. II, Oviedo, 1970, pág. 301. También ESPADA RAMOS, M. L., «La legalidad de las luchas de liberación colonial», en *Anuario de la Escuela Social de Granada*, vol. V, 1976, pág. 119.

60. MARÍN LÓPEZ, A., «La codificación de los principios de amistad y cooperación entre los Estados: el derecho a la igualdad soberana», en *Rev. General de Derecho*, Valencia, 1976, vol. XXIII, pág. 586.

En la actualidad puede hablarse también de unos principios internacionales estructurales, que no están contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, ni en el esfuerzo de codificación y desarrollo progresivo emprendido por dicha Organización. Se trata de aquellos principios que, de manera espontánea por medio del consenso de los sujetos internacionales, dan expresión jurídica a las relaciones sociales y políticas actuales y que se presentan como exigencias de coexistencia internacional. La proclamación de estos principios se produce en medio o instancias políticas internacionales distintas y con claro carácter reivindicativo. Se discute, pues, si son principios jurídicos o tal vez simplemente principios políticos, bien porque nacen, en cuanto al procedimiento de su formulación, a través de resoluciones de organismos internacionales, o bien porque su contenido no es susceptible de aplicación de modo estrictamente jurídico a una situación dada, o bien porque no existe la fuerza coactiva o imperativa de hacerlos exigir como una obligación jurídica en sentido estricto.

Evidentemente estos principios nacen en un medio político, que no tiene fuerza ni carácter vinculante. También es claro que muchos de esos principios estructurales partieron de reivindicaciones políticas, que tendían a conseguir un régimen mínimo de protección y reconocimiento. Pero no es menos cierto que posteriormente su cumplimiento voluntario y habitual, junto a la conciencia de su exigencia social y jurídica, ha ido consolidándolos como normas de origen consuetudinario o plasmándolos en instrumentos convencionales. En este sentido baste recordar lo que supuso la Declaración Universal de Derechos del Hombre, o en materia de descolonización la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales contenida en la R/1514 (XV) de 1960 y conocida como la Carta Magna de la descolonización. En ella quedaba consagrado el principio de autodeterminación de los pueblos en su significado actual.

Junto a estos ejemplos, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado numerosas resoluciones o declaraciones solemnes, que contienen principios de estructuración social y política y que posteriormente se han convertido en normas positivas. Así, el principio de la soberanía sobre las riquezas y recursos naturales, contenido en la R/1803 (XVII), el principio de eliminación de todas las formas de discriminación racial, R/1904 (XVIII), los principios que deben regir las actividades de los Estatutos en la exploración y explotación del espacio exterior, R/1962 (XVIII), el principio de no intervención en los asuntos internos e independencia de los Estados, R/2131 (XXI), los principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo

de 17 de diciembre de 1970. Y para terminar, lo que puede significar para el futuro la declaración sobre el nuevo orden económico internacional, contenida en la R/2310⁶¹ de 1974, concretamente para la cooperación internacional. Estos son ejemplos significativos de lo que la doctrina inglesa ha denominado «Soft Law», en los que los aspectos jurídicos y políticos de las proclamaciones se entrecruzan. Y es que, como afirma Virally, no existe antinomia entre «principios jurídicos» y «principios políticos». Los principios claramente jurídicos pueden tener para los Estados que los invocan o proclaman una gran importancia política, lo cual no les hace perder su carácter jurídico. Este carácter les viene dado, en cuanto constituyen una proposición normativa nacida de la conciencia social, susceptible de ser aplicada a determinadas situaciones sociales y recogida por los instrumentos normativos internacionales, como la costumbre o el tratado. Lo determinante de su carácter jurídico —dice Virally— es si tiene por efecto crear, suprimir, modificar o confirmar los derechos y obligaciones establecidos por el orden jurídico internacional. Si la respuesta es afirmativa, estaremos ante un principio jurídico. Si es negativa, se podrá hablar de un principio puramente político. Pero no basta su contenido obligacional. Para su consideración jurídica es preciso así mismo que esté esblecido su carácter positivo, que ha llegado a ser parte del orden jurídico positivo⁶².

Este planteamiento conduce a una cuestión ya apuntada, la de los procedimientos de positivización jurídica internacional, especialmente difícil respecto a principios internacionales por el medio en que se producen. Sin entrar en este complejo problema, podríamos resumir una conclusión respecto a estos principios estructurales: estos principios constituyen elementos normativos de distinto rango y grado dentro del sistema jurídico internacional y a la vez constituyen un punto de partida en el proceso de formación de normas positivas internacionales, bien en cuanto son plasmados en costumbres generales, bien en cuanto recogidos en un tratado multilateral de carácter normativo, bien en cuanto derecho particular interno de las organizaciones internacionales. En definitiva son un factor de desarrollo del ordena-

61. La Asamblea General ha aportado, a lo largo de la vida de la ONU, innumerables resoluciones que han desarrollado el ámbito material del Derecho internacional actual. A estos ejemplos de aportación al derecho positivo pueden sumarse aquellos otros de otras instancias internacionales de ámbito regional o particular.

62. VIRALLY, M., «Le rôle...», *op. cit.*, pág. 550.

miento jurídico internacional. Es así como se opera, en terminología de Virally, la penetración de estos principios en el orden jurídico internacional. Su valor o alcance jurídico depende, pues, del valor y alcance de los instrumentos jurídicos que los contienen. Para Stone los principios representan distintos grados y su valor dependerá en última instancia de su propio contenido y según la doctrina actual constituyen una auténtica fuente del derecho. Para enjuiciar el carácter normativo de su contenido, algunos autores distinguen aquellos principios que ya estén en la práctica y en el derecho positivo internacional y que se reafirman de nuevo a través de una proclamación formal, en cuyo caso su valor como premisa axiomática y como norma jurídica es ya incuestionable. Y distinguen también aquellos otros principios que tiene una clara referencia política, que postulan exigencias de «lege ferenda», o que tienen un contenido ideológico. En estos supuestos se considera que basta la aplicación de la teoría del reconocimiento respecto a su pretensión normativa y a la conciencia jurídica existente sobre ellos. Michel Virally ha escrito: «Cuando los actos de reconocimiento son suficientemente numerosos y concordantes y emanan de autores suficientemente diversificados, provocan la formación de un *consensus* general, con cuya aparición la regla consuetudinaria se acaba de formar y de la cual deriva su autoridad. Ese *consensus* no es *a priori* un elemento psicológico, sino un hecho social, que resulta de la generalización de una práctica de la que es expresión⁶³. Se trata de actos unilaterales estatales de reconocimiento de una norma jurídica y según la concordancia de prácticas estatales y el carácter del medio en que se dan (organización regional o universal) se formará una norma jurídica positiva de alcance *erga omnes* o de Derecho internacional particular.

c) *Principios constitucionales del ordenamiento jurídico internacional.*

En el conjunto de los «principios internacionales» existe un núcleo mínimo que constituyen los pilares constitucionales sobre los que se asienta el sistema jurídico internacional. Los principios constitucionales son necesarios para el ordenamiento jurídico internacional en la medida en que se les imponen a los sujetos internacionales en sentido amplio (Estados, Organizaciones internacionales, individuos) más allá de la manifestación de su con-

63. VIRALLY, M., «Le rôle...», *op. cit.*, pág. 550.

sentimiento, sin que quepa derogación por su parte. Son, pues, elementos primarios y determinantes de la relación internacional, la posibilitan y la condicionan. Su reglamentación, sin embargo, sólo es posible si se respetan como postulados constitucionales del orden jurídico que se pretende en un pacto entre las fuerzas en presencia y los intereses de los sujetos internacionales.

El prof. Chaumont afirma que la necesidad de ciertas reglas de Derecho Internacional, más fuertes y duradera que las demás, es un dato histórico y quizás una manifestación de esa «faim de droit» que experimenta la sociedad internacional contemporánea a la búsqueda de una mayor estabilidad y de una mayor cooperación entre sus miembros⁶⁴. Esta necesidad se ha intentado justificar desde los más diversos puntos de vista doctrinales. En todas las funciones late la búsqueda de una razón última que contrarreste la inestabilidad y el relativismo del Derecho Internacional. La doctrina y la práctica internacionales actuales vienen denominando a estas reglas normas de «ius cogens», imperativas en sí mismas y con un contenido axiológico fundamental, como las bases inexcusables del orden social y jurídico internacional.

La doctrina ha dedicado un gran esfuerzo de reflexión sobre su naturaleza y sentido y dentro del proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional estas normas, de naturaleza consuetudinaria, han sido positivizadas en el Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, aunque sobre ellas queden grandes interrogantes teóricos y prácticos.

Las teorías actuales sobre las normas de «ius cogens» reactualizan, en su mayor parte, las fundamentaciones de las normas internacionales proporcionadas por el iusnaturalismo. En su análisis axiológico «on parvient au seuil de l'irréductible droit naturel»⁶⁵. Verdross afirmaba que el derecho positivo, en tanto que sistemas de normas de derecho objetivo, no se concibe si no se presupone la existencia de algunas normas que no son de Derecho positivo⁶⁶. Sin embargo, las actuales escuelas francesas se refieren más a razones de utilidad social o de ética social para explicar su sentido en el conjunto de las normas internacionales⁶⁷. Ch. de Visscher aporta argumentos de claro carácter iusnaturalista para demostrar que no son normas de derecho dispositivo,

64. CHAUMONT, Ch., «Cours général...», *op. cit.*, pág. 370.

65. VISSCHER, Ch. de, «Positivism et 'jus cogens'», en *R.G.D.I.P.*, 1971, pág. 9.

66. VERDROSS, A., «Jus dispositivum and jus cogens in international Law», en *A.J.I.L.* 1966, pág. 55. También MARÍN LÓPEZ, A., «Las normas imperativas», en *Homenaje al Prof. Sela Sampil*, *op. cit.*, pág. 61.

67. SCELLE, G., DUPUY, J.-R., VIRALLU, M., MAREK, K., etc.

sino impuestas a los Estados por razón esenciales de bien común. Así dice: «una vez más es obligado constatar con Triepel, pese a sus vinculaciones positivas, que el fundamento de la validez del derecho está fuera del Derecho» y reconocer con Anzilotti «la necesidad de fundar el Derecho positivo sobre un principio metafísico». Con Verdross coincide en afirmar que «el Derecho Internacional positivo, en tanto que sistema de normas de derecho objetivo, necesita de tales normas para existir»⁶⁸.

Para las doctrinas de orientación positivista, que tienden a una visión más realista fundamentada en la práctica internacional, las normas de «ius cogens» son expresión del equilibrio entre algunos valores fundamentales y consideran especialmente decisivo el hecho de la constante e irremplazable relevancia del consentimiento de los Estados en la formación y aplicación de todas las normas internacionales. Son consideradas ciertamente como imperativas «por expresar las exigencias de orden moral, económico, político y jurídico dispensables para la existencia misma de la sociedad internacional y de un sistema jurídico internacional»⁶⁹. Para algunos autores, como Rolin, Mónaco, Schwarzenberger, son expresión del orden público internacional, que es el que las dota de carácter constitucional. Desde un punto de vista sociológico, este cuerpo mínimo de principios responde a necesidades plurales de lo sociedad internacional, ya que «la aproximación técnica y la multiplicación de vinculaciones entre los Estados han creado una situación, en que la coexistencia ordenada no es posible sin un cierto orden público internacional y sin un cierto número de normas concretas imposibles de derogar»⁷⁰. Es la misma necesidad de ordenación jurídica de las conductas yuxtapuestas de los Estados la que impone unos mínimos de acción o unos mínimos en los comportamientos de los Estados.

Personalmente entiendo que la realidad de la coexistencia es la que fundamenta este tipo de principios constitucionales, como

68. VISSCHER, Ch. de, *Positivisme...*, *op. cit.*, págs. 9 ss.

69. CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía...*, *op. cit.*, págs. 257-285. En igual sentido MAREK, K., «Contribution à l'étude du jus cogens en droit international», en *Homenaje a Paul Guggenheim*, *op. cit.*, págs. 426-459. SINCLAIR, I. M., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1973, en especial pág. 110. VIRALLY, M., «Reflexions sur le jus cogens», en *A.F.D.I.*, 1966, págs. 5 ss., VISSCHER, Paul de, «Cours général de droit international public», en *R.C.A.D.I.*, vol. 136, 1972-II, pág. 111.

70. ROLIN, H., «Vers un ordre public réellement international», en *Homenaje a J. Basdevant*, 1960, pág. 441; PAN, J., «Richiami alla tradizione in tema di ordine pubblico internazionale», en *Riv. di Dritto Internazionale*, 1977, vol. 60, n.º 1-2, pág. 116.

cualesquiera otras normas del Derecho Internacional. En este sentido Charpentier ha afirmado que «el fundamento del Derecho Internacional no reside en la comunidad internacional en sentido metafísico, sino simplemente en la coexistencia de los Estados y esto es suficiente para que cada uno de ellos esté obligado a tener en cuenta la actitud de los otros y a entenderse para evitar la anarquía permanente. Existe coexistencia y desgraciadamente no comunidad, lo que equivale a no presuponer valores universales, sino equilibrio entre la correlación de fuerzas y los intereses individuales y hoy, en algunos aspectos, colectivos»⁷¹.

En cuanto a su carácter de normas positivas internacionales, hoy es evidente tal carácter por haber sido introducidas en el ordenamiento jurídico internacional a través de uno de sus procedimientos formales cualificados: el tratado y el tratado multilateral de carácter normativo. Así el art. 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados formula el concepto de normas de «ius cogens» y los caracteres, como la imperatividad, que les son consustanciales. En el Art. 64 establece su lógica y rango normativo, que lleva a establecer en el art. 66 a) un cauce obligatorio de solución jurisdiccional para las diferencias que se susciten en la aplicación o interpretación de dichas normas. Ahora bien, su carácter de imperatividad no les viene del tratado, sino del conjunto de valores morales, sociales y políticos que implican. De aquí también su carácter de obligación «erga omnes», que significa una derogación del efecto relativo de los tratados⁷².

A pesar de su positivización convencional y de ser una noción definitivamente acuñada, estos principios plantean innumerables interrogantes y problemas. En este sentido es preciso constatar cómo la propia expresión de «uso de fuerza» en sus contenidos actuales, como la agresión indirecta, bandas subversivas, propaganda bélica, agresiones económicas, etc., carece de consenso general sobre su contenido. El mismo derecho de autodeterminación es considerado como norma de «ius cogens» por los Estados del tercer mundo, pero no así por muchos países accidentales. La misma conceptualización y contenido concreto de los derechos humanos son problemáticos. En este sentido es muy expresiva

71. CHARPENTIER, J., En el debate sobre la determinación del «ius cogens», en el Coloquio de Toulouse sobre «L'elaboration du droit international public», París, 1975, pág. 215.

72. MAHLIK, S., «Jus cogens and the codified Law of treaties», *Temis*, 1973-74, n.º 33-34, pág. 85. También en este sentido, SINCLAIR, I. M., *op. cit.*, en especial págs. 110 ss., donde realiza un estudio del arreglo pacífico de controversia relativo al «ius cogens».

la opinión de Maritain, comentando una sesión de la Unesco, en la que se discutían los derechos del hombre y en la que algunas delegaciones llegaron a afirmar: «Estamos de acuerdo en lo tocante a estos derechos, pero a condición de que no se nos pregunte por qué»⁷³. Efectivamente, la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, los principios relativos a derechos humanos y a la libre determinación de los pueblos y en especial todos aquellos principios inspirados en propósito y fines humanitarios, constituyen —como afirma en TIJ en su sentencia de 9 de abril de 1949— principios de carácter absoluto por estar referidos al ser humano como último destinatario (hipotético) de todo Derecho. En cuanto normas jurídicas internacionales representan un progreso en la evolución de la sociedad internacional, en la que la persona humana, pese a su subsidiariedad internacional, ha sabido encontrar mecanismos de protección jurídica. Sin embargo, en otras áreas de las relaciones internacionales, la evidencia ética o social de tales principios no es tan patente e incluso ciertos principios suponen un desarrollo histórico-jurídico del Derecho Internacional y son mecanismos nuevos de ordenación social, pero que no dejan de ser históricos, coyunturales y relativos, que cumplirán unas funciones en el sistema internacional. En general, estas connotaciones de relativismo, la ausencia de un poder centralizado, la carencia de un poder jurisdiccional obligatorio, etc., harán de la concretización y aplicación de las normas de «ius cogens» una cuestión absolutamente problemática en su dimensión jurídica. Pese a que la doctrina parece estar mayoritariamente de acuerdo en la existencia necesaria de estos principios y pese a que la práctica internacional las declaraciones formales son habituales, es difícil una aceptación generalizada de su existencia concreta, una determinación individualizada de una norma de «ius cogens», el consenso necesario respecto a su contenido, etc.⁷⁴.

Esta categoría jurídica deja, pues, demasiadas zonas oscuras, demasiados juicios de valores que se presuponen compartidos por una mayoría de Estados. Charpentier considera problemática la existencia de esta categoría que constituiría el «ius cogens»⁷⁵.

73. Citado por Garrido Falla, F., en *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, 1980, pág. 128.

74. Nisor, J., «Le concept de 'jus cogens' envisagé par rapport au Droit international», en *R.B.D.I.*, 1968, I, págs. 1 ss.

75. Charpentier afirma que respecto a las normas imperativas no se puede disociar el problema de su existencia de las categorías concretas que constituirán «ius cogens», en el Coloquio de Toulouse, París, 1976, *op. cit.*, pág. 214.

Todo depende del consenso que la respalde y de que se admita la autoridad que ha de concretar su existencia. En el Coloquio de Toulouse de 1975 sobre la elaboración del Derecho Internacional Público, Favre exponía que los criterios de su fundamentación son principalmente el interés general y esencial de la comunidad internacional. Aun siendo esto cierto, hay muchos interrogantes: ¿a través de qué método se descubre ese interés general y esencial?, ¿quién es la autoridad competente (salvo en el caso del art. 66 del Convenio de Viena) para determinar ese interés?, ¿es la doctrina, ¿es la jurisprudencia?, ¿son los Estados? Si fuera la doctrina, supondría optar por un subjetivismo. Si fuera la jurisprudencia, concretamente el TIJ, significaría transformarlo en un órgano de creación de Derecho. Si fueran los Estados, sería la voluntad estatal la última razón de las normas positivas internacionales. La verdad es que, dada la problematicidad de su procedimiento de concreción, las contradicciones de las relaciones internacionales, no son estas normas en sí mismas las más adecuadas para consolidar principios fundamentales o constitucionales del orden jurídico internacional.

Se podría aducir que la definición y precisión contenidas en el Convenio de Viena eran suficientes para su definitiva incorporación al Derecho positivo. Pero la fórmula de Viena es también vaga. Como afirma Rousseau, la noción de normas imperativas, respecto a las cuales no es posible ninguna derogación porque son necesarias, tiene más de círculo vicioso que de noción válida⁷⁶. A pesar de su positivización en un instrumento convencional multilateral, calificado como «el tratado de tratados», el problema de su obligatoriedad no queda resuelto, porque la expresión «comunidad internacional en su conjunto» no implica la existencia de un poder supraestatal capaz de imponer obligaciones a los Estados más allá de su consentimiento. Sólo podrían entenderse como presupuestos necesarios para la existencia de la propia sociedad internacional o como estructura de su funcionamiento y en consecuencia por el hecho de pertenecer o incorporarse a dicha sociedad, los Estados habrán de acatarlas o demostrar con una práctica contraria su posición. Ante el problema de su obligatoriedad, se reproducen los postulados jurídicos de la obligatoriedad de las normas consuetudinarias generales y los requisitos que, para su formación y vigencia, exigiría el Tribunal Internacional de Justicia en la sentencia sobre la plataforma continental del Mar del Norte de 1969. En este sentido Monaco ha

76. ROUSSEAU, Ch., *Droit international...*, *op. cit.*, pág. 151.

dicho que «le norme costituzionali rappresentano dunque un apparato tale da dar una struttura autonoma all'ordinamento internazionale; orben quest'ultimo in tanto è tale, in quanto vale indistintamente per tutti i soggetti, non già in forza delle sue norma particolare —fra le quali ocupano un posto molto rilevante le norme poste mediante accordi soggeti— ma invirtù delle norme generali»⁷⁷. Pero la problemática del proceso consuetudinario es mayor en las normas de «ius cogens», porque la generalidad es o debe ser unanimidad, como afirma Therry, o los Estados pueden disponer de un poder de bloqueo⁷⁸. Su proceso de formación es más riguroso y las excepciones, menos admitidas para unas normas de la que se predica su imperatividad esencial. Las reglas de «ius cogens» son en parte consuetudinarias, pero por definición son algo más. No basta la «opinio iuris» para su obligatoriedad, sino que debe reconocerse también su imperatividad. Therry ha dicho: «On mesure la difficulté d'établir une hiérarchie des normes à la fois volontaire et universelle. S'il doit être universel, le *jus cogens* ne peut résulter en pratique que d'un processus partiellement autoritaire. S'il doit respecter le volontarisme, le *jus cogens* risque fort de n'être pas universel, de ne pas être composé de règles absolument générales»⁷⁹. No es suficiente su asimilación por el procedimiento consuetudinario, sino que habría de añadirse la fuerza que le da el *consensus* como legitimación política y jurídica de su obligatoriedad. El *consensus* no constituiría a priori el elemento psicológico, sino un hecho social complejo, que resulta de un reconocimiento generalizado, en el sentido de que todos los Estados las aceptan de manera expresa o tácita y son manifestación de la calidad del acuerdo. El *consensus*, como procedimiento de legitimación, representa un hecho sólidamente enraizado en la realidad social, un fenómeno objetivo. Es la expresión de una práctica general y continuada. Por tanto, cuando se impone o se invoca una norma imperativa de «ius cogens» en Derecho Internacional es preciso que estos principios estén efectivamente impuestos en la práctica por los Estados en las decisiones concretas que toman a la hora de negociar internacionalmente sus intereses⁸⁰.

Así, pues, la noción de normas de «ius cogens», que participa

77. MONACO, R., «Fonti e pseudofonti del diritto internazionale», en *Homenaje al Prof. Miaja de la Muela*, t. I, Madrid, 1979, págs. 416-417.

78. THIERRY, COMBACAU y otros, *op. cit.*, pág. 79.

79. THIERRY, COMBACAU y otros, *op. cit.*, pág. 80 y en igual sentido CHARPENTIER, en el Coloquio de Toulouse, 1975, pág. 215.

80. VIRALLY, M., «Le rôle...», *op. cit.*, págs. 551-552 y CHAUMONT, Ch., *op. cit.*, pág. 377.

de las características propias de los principios jurídicos generales (abstracción, generalidad, vaguedad, etc.), ve agravada su vigencia real por la propia dificultad del sistema orgánico y estructural internacional. Son expresión de contradicciones de ese mismo sistema. Sólo una práctica decidida de los Estados o un futuro efectivo del Convenio de Viena podrán afirmar la virtualidad de este tipo de normas o principios de carácter «constitucional» internacional. Por ello, pese al gran peso doctrinal que tal noción tiene hoy, sólo cuando dicha noción sea recogida en un tratado, específico sobre la materia, de carácter normativo, sólo cuando el proceso de su reglamentación y sanción esté más reglamentado e integrado que la fórmula de Viena, sólo entonces se podrá admitir esta categoría como tal categoría jurídica y no sólo como principios informadores del Derecho Internacional actual.