Michael Akehurst

Introducción al Derecho Internacional

Versión española
y notas de
Manuel Medina Ortega

Adiciones y bibliografía complementaria de
Miguel de la Fuente Casamar

Alianza
Editorial

Título original:
A Modern Introduction to International Law
5th Edition

Primera edición en «Alianza Universidad Textos»: 1973
Segunda edición: 1988
Primera reimpresión: 2018

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeren, plagiaren, distribuyeren o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

© George & Unwin (Publishers) Ltd., 1970, 1971, 1977, 1984
© Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1973, 1975, 1979, 1982, 1987, 1988, 2018
Calle Juan Ignacio Luca de Tena, 15; 28027 Madrid
www.alianzaeditorial.es
ISBN: 978-84-206-8020-0
Depósito legal: M. 40.605-1988
Printed in Spain

SI QUIERE RECIBIR INFORMACIÓN PERIÓDICA SOBRE LAS NOVEDADES DE ALIANZA EDITORIAL, ENVÍE UN CORREO ELECTRÓNICO A LA DIRECCIÓN:
alianzaeditorial@anaya.es

INDICE

Advertencia de los traductores 9

1. Carácter jurídico del Derecho internacional 11
2. Factores históricos y políticos 21
3. Fuentes del Derecho internacional 31
4. Derecho internacional y Derecho interno 49
5. Estados y Gobiernos 61
6. Organizaciones internacionales, individuos y sociedades 77
7. El trato a extranjeros 97
8. Jurisdicción 111
9. Inmunidad de jurisdicción 119
10. Tratados 131
11. Adquisición de territorios 151
12. Consecuencias jurídicas de los cambios de soberanía territorial (Sucesión de Estados) 165
13. La organización de las Naciones Unidas 173
14. Solución pacífica de controversias entre Estados 205
15. Guerras internacionales 219
16. Guerras civiles 241
17. Autodeterminación 249
18. El Derecho del Mar 261
19. Espacio aéreo y espacio exterior 285

Apéndice: El conflicto de las Malvinas 291

Indice analítico 299

Tabla de casos 311

ADVERTENCIA DE LOS TRADUCTORES

La presente traducción se ha basado en la quinta edición inglesa, a la que se han agregado algunas secciones y notas con referencia al Derecho y publicaciones españolas, así como bibliografía en castellano al final de cada capítulo, que aparecen entre corchetes para distinguirles de la simple traducción.

Capítulo 1

CARACTER JURIDICO DEL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho internacional (también llamado Derecho internacional público o Derecho de gentes) es el ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre estados. Los estados solían ser los únicos entes con derechos y obligaciones internacionales, pero el actual Derecho internacional también atribuye derechos y obligaciones a las organizaciones internacionales, las sociedades mercantiles y los individuos, aunque sigue siendo cierto que el Derecho internacional se ocupa *primordialmente* de los estados.

Los manuales ingleses de Derecho internacional no sólo tratan de esta materia, sino que suelen incluir también ciertas reglas de Derecho inglés, como la ley de nacionalidad británica de 1948, que tienen importancia para las relaciones internacionales, y la presente obra seguirá esa práctica establecida.

El generalizado escepticismo sobre la existencia del Derecho internacional

La reacción inicial de los estudiantes de Derecho y del público en general, cuando se les habla de Derecho internacional, suele ser de amplio escepticismo. Se cree que los estados tienen poco respeto hacia el Derecho de gentes, y que faltan incentivos para su observancia al no existir un sistema supranacional de sanciones que puedan ser impuestas al infractor. Es creencia generalizada que el Derecho internacional no es realmente un sistema jurídico.

La cuestión de si el Derecho internacional es realmente Derecho no puede ser descartada sosteniendo que se trata de una simple discusión terminológica. Si los ministros y los diplomáticos llegaran a compartir el escepticismo popular sobre el Derecho internacional, las violaciones de éste serían mucho más frecuentes de lo que lo son en la actualidad. Incluso si consideraran el Derecho de gentes como un conjunto de obligaciones morales, y no jurídicas, el respeto por este ordenamiento resultaría gravemente quebrantado; es significativo que los que consideran al Derecho internacional como una forma de moral se suelen referir a él como «*simple* moral». Aunque los diplomáticos experimentados no

suelen compartir el escepticismo popular sobre el Derecho internacional, existe el peligro de que la actitud general pueda afectar a funcionarios menos especializados y a grupos de presión dentro del Estado, lo que a su vez puede llevar a éste a infringir el Derecho internacional.

Sin embargo, los estados suelen aceptar el carácter jurídico del Derecho internacional y, lo que es aún más importante, suelen ajustarse a él. Es cierto que el Derecho internacional resulta a veces infringido con total impunidad, pero lo mismo ocurre en todo sistema jurídico. En el Derecho inglés, por ejemplo, las costas de una acción jurídica civil suelen ser más elevadas que la cuantía de la indemnización que cabe esperar de su ejercicio, y muchos particulares renuncian simplemente al recurso ante los tribunales al no conocer cuáles son realmente sus derechos. Incluso en el Derecho penal inglés, cuando la acusación suele correr por cuenta del ministerio público, el 58 por 100 de los delitos conocidos por la policía nunca son resueltos, y existe, además, gran número de infracciones que no llegan a ser puestas en conocimiento de las autoridades (como ocurre con muchas de las cometidas contra las normas de tráfico). La situación es aún peor en otros países. Si consideramos a la guerra como el supuesto más importante de infracción del Derecho y del orden, resulta significativo que en muchos estados las guerras civiles y las sublevaciones internas han sido más frecuentes (y, en ocasiones, más catastróficas) que las guerras internacionales.

Las violaciones del Derecho internacional no son más frecuentes que las de cualquier otro ordenamiento jurídico, pero se suele creer que se infringe de modo constante. Creo que existen dos explicaciones para esta impresión generalizada.

En primer lugar, sólo las infracciones del Derecho merecen la atención de los periódicos. Constituye noticia la comisión de un robo o de un asesinato, o el ataque de un Estado a otro Estado, pero no se informa del cumplimiento de la ley, que se da por supuesto, Podríamos excusar al visitante de otro planeta que pensara que nuestra vida es sumamente insegura a la vista de uno de nuestros periódicos sensacionalistas, aunque los habitantes del globo terráqueo sabemos por experiencia cotidiana que los robos y los asesinatos que recoge la prensa constituyen la excepción y no la regla. Pero la mayor parte de la gente no tiene una experiencia similar en asuntos internacionales que pueda contrastar con lo que dicen los periódicos, y piensa, en consecuencia, que las infracciones de Derecho internacional que en ellos se recogen son típicos y no excepcionales.

En segundo lugar, suele pensarse que la simple existencia de una disputa internacional prueba que al menos uno de los estados ha infringido el Derecho. Ahora bien: las controversias internacionales no se deben necesariamente a violaciones del Derecho internacional, del mismo modo que los litigios entre particulares no son siempre consecuencia de violaciones del Derecho interno. El Derecho internacional no proporciona repuestas a todos los litigios internacionales, igual que el Derecho inglés no atiende a todas las disputas entre ingleses. Creemos oportuno mencionar, a este respecto, algunos de los factores que pueden producir controversias internacionales.

1. Puede haber auténtica incertidumbre sobre los hechos. Por ejemplo, antes de decidir sobre la legalidad o ilegalidad de la participación de los Estados Unidos en la guerra de Vietnam, habrá que saber si el Frente de Liberación Nacional (Vietcong) en Vietnam del Sur representaba una sublevación interna espontánea o un movimiento subversivo organizado por Vietnam del Norte. En el primer supuesto, la intervención americana habría sido, probablemente, ilícita, y en el

segundo, lícita (*vid. infra,* pp. 243-47). Pero los puntos de vista y las pruebas disponibles sobre la naturaleza del Frente de Liberación Nacional no eran uniformes, y es necesario conocer los hechos antes de proceder a la aplicación de las normas jurídicas.

2. Puede existir auténtica incertidumbre sobre el Derecho. Por ejemplo, algunos estados consideran lícitas las nacionalizaciones de bienes de extranjeros sin indemnización, punto de vista con el que otros estados están en franco desacuerdo. Cuando surge una disputa entre estados pertenecientes a dos sectores diferentes a este respecto, cada uno de los estados en litigio estará convencido de tener razón, y resulta imposible predecir la forma en que un tribunal internacional resolvería la disputa (*vid. infra,* pp. 101-6).

3. Un litigio internacional puede resultar de una pretensión de modificación del Derecho existente, del mismo modo que las huelgas y otros conflictos laborales suelen ser ocasionados por pretensiones de modificación de los contratos de trabajo. Este tipo de disputas no puede ser resuelto informando a los estados sobre la situación del Derecho existente, del mismo modo que no podremos persuadir a los huelguistas a que vuelvan al trabajo diciéndoles que el profesor X ha dicho en su libro de Derecho social que los jornales se fijan por el contrato de trabajo y que el profesor Y dice en su manual de Derecho civil que los contratos sólo pueden ser modificados por acuerdo de las partes.

4. El origen de una controversia internacional suele deberse a un acto inamistoso pero lícito. El Derecho internacional suele imponer a los estados obligaciones limitadas, con lo que resulta posible causar graves daños a otro Estado sin infringir sus normas. Por ejemplo, salvo lo que dispongan tratados especiales, el Derecho internacional no prohíbe a un Estado elevar sus tarifas sobre mercancías procedentes de otro Estado, aunque tal elevación pueda producir paro en este último.

5. Es posible que surja una controversia internacional de la violación de reglas que no pertenecen al Derecho internacional. Del mismo modo que las sociedades nacionales cuentan con reglas de moral, buenos modales, etc., que no forman parte del Derecho, también la sociedad de estados cuenta con reglas de conducta que no pertenecen al Derecho internacional. Algunas de tales reglas pueden mencionarse sumariamente.

a) Existen reglas de cortesía, como el saludo en el mar a la bandera de buques de guerra extranjeros. Hay clara semejanza entre estas reglas y las de cortesía que observan los individuos en una sociedad nacional (por ejemplo, quitarse el sombrero en una iglesia).

b) Ciertos ideales son considerados como deseables, pero no siempre practicables; por ejemplo, los derechos humanos y la autodeterminación de los pueblos. Precisamente porque no son siempre practicables, no suelen considerarse como reglas jurídicas, puesto el Derecho exige observancia en un 100 por 100 [1]. Ofrecen algún parecido con ideales morales, como la verdad, que el Derecho interno no trata de imponer, porque sus violaciones son demasiado corrientes para que su observancia se considere practicable.

c) En virtud de la doctrina de las esferas de influencia, una gran potencia puede adoptar la política de defender a las pequeñas potencias situadas dentro

[1] Estos ideales tienden a convertirse gradualmente en reglas jurídicas; *vid. infra,* pp. 82-87 y 248-256. Pero el proceso es lento, porque los estados necesitan mucho tiempo para adaptarse a ideales tan exigentes.

de su esfera de influencia frente a ataques exteriores (en tal supuesto, la doctrina sirve para reforzar el Derecho internacional); la gran potencia suele también alegar el derecho a intervenir en los asuntos de las pequeñas potencias situadas en su esfera de influencia (y, en este caso la doctrina se opone al Derecho internacional). Un triste recordatorio de la supervivencia de esta concepción fue la invasión soviética de Checoslovaquia en agosto de 1968, que la URSS justificó haciendo referencia a la doctrina de las esferas de influencia. Aunque la doctrina en cuestión no tiene paralelo en las sociedades nacionales, encontramos ciertos parecidos en los supuestos de segregación encubierta cuando una sociedad se encuentra dividida por profundas diferencias religiosas o raciales; el católico que compre una casa en una zona protestante de Belfast se sentirá pronto como un intruso, aunque cuente con inacatables títulos de propiedad.

Sólo hay un medio de distinguir el Derecho internacional de las reglas no jurídicas aplicables a las relaciones internacionales, y éste consiste en preguntar: «¿Consideran los estados esta regla particular como una norma de Derecho internacional, o no la consideran?» Es ésta una cuestión importante, y la pregunta debe ser respondida, porque de la respuesta derivan dos consecuencias significativas.

En primer lugar, cuando una regla no jurídica se convierte en regla jurídica, adquiere un vigor que antes nunca tuvo. Un acto inmoral o descortés es considerado aún peor si es ilegal al mismo tiempo. Por ejemplo, Argentina reaccionó en forma decidida ante el secuestro de Eichmann por Israel en territorio argentino, no porque tuviese interés alguno en proteger a Eichmann, sino porque el secuestro constituyó una violación de los derechos de Argentina en la esfera internacional; si Argentina se hubiese limitado a considerar el secuestro como descortés o inmoral, su reacción no hubiera sido tan decidida. Igualmente, una esfera de influencia resulta reforzada si se le proporciona una base jurídica. Así, el hecho de que los Estados Unidos hayan prometido *en un tratado* defender a los miembros europeos de la OTAN frente a un ataque soviético significa que las probabilidades de que los Estados Unidos cumplen su promesa son mayores que si ésta no se hubiese formulado de modo *jurídicamente* vinculante, aumentando en consecuencia la efectividad de la OTAN como instrumento de disuasión.

En segundo lugar, cuando una regla no jurídica se convierte en norma jurídica, las discusiones sobre el ámbito de la misma toman un nuevo giro. Los juristas son preparados no sólo para saber (o, mejor, para saber dónde encontrar) el Derecho cuando éste es claro, sino también para interpretar o distinguir precedentes establecidos, para hacer uso de analogías, para deducir principios generales de reglas más detalladas, y viceversa. La argumentación jurídica constituye una forma peculiar de raciocinio, lo mismo que constituye una forma peculiar de razonamiento lo crítica literaria. La aplicabilidad del razonamiento jurídico a determinadas reglas es tanto la consecuencia como la prueba del carácter jurídico de las mismas; resultaría patentemente absurdo argumentar sobre las reglas de moralidad o de cortesía en la misma forma que argumentamos sobre las reglas jurídicas. «En las discusiones, con frecuencia técnicas, entre estados sobre cuestiones litigiosas de Derecho internacional predominan las referencias a precedentes, tratados y publicaciones jurídicas; es rara la mención de derechos o entuertos morales... Por ello, la alegación de que el gobierno de Pekín tenga o no derecho, según las normas internacionales, a expulsar a las fuerzas nacionalistas de la isla de Formosa es muy diferente a la de si es razonable, justo o moralmente bueno o malo el hacer

tal cosa, y los argumentos que apoyan tal alegación también son esencialmente diferentes» [2].

El problema de las sanciones

Estamos acostumbrados a ver en el Estado moderno cómo las leyes son aprobadas por un órgano legislativo, mientras la judicatura examina las violaciones del Derecho, y un órgano ejecutivo, entre otras cosas, aplica las decisiones de los poderes legislativo y judicial. Este sistema es prácticamente desconocido en la esfera internacional. En gran medida, los estados crean el Derecho internacional por sí mismos y no necesitan aceptar una nueva regla si no están de acuerdo con ella; no tienen obligación de comparecer ante un tribunal internacional si no se comprometen de antemano a hacerlo; y no existe un ejecutivo centralizado encargado de aplicar el Derecho.

La falta de un poder legislativo internacional movió a algunos pensadores decimonónicos a negar el carácter jurídico del Derecho internacional, pero esta deficiencia no se considera hoy crucial. Los actuales escépticos insisten en la falta de sanciones, es decir, la falta de un procedimiento judicial obligatorio de solución de conflictos y de una autoridad ejecutiva central que aplique las sentencias.

Si un Estado comete un acto ilícito contra otro Estado, y se niega a efectuar reparación o a comparecer ante un tribunal internacional, sólo hay (o había, hasta hace poco) una sanción posible para el Estado lesionado: la auto-ayuda. La auto-ayuda existe como sanción en todos los sistemas jurídicos. En el Derecho primitivo (por ejemplo, el Derecho inglés anterior a la conquista normanda) la mayor parte de las sanciones suponían el recurso a la auto-ayuda en una u otra forma. Incluso en el actual Derecho inglés, un individuo puede defenderse legítimamente frente a atentados personales, recuperar la posesión de cosas que le han sido sustraídas, expulsar intrusos de sus propiedades o poner fin a un contrato si la otra parte ha infringido una cláusula principal del mismo. Pero en las sociedades modernas, la auto-ayuda se ha convertido en un procedimiento excepcional, mientras que en Derecho internacional sigue siendo la regla.

Llegó a ser lícito incluso para los estados recurrir a la guerra para garantizar sus derechos. Tal recurso a la guerra, sin embargo, ha dejado de ser lícito, con ciertas excepciones como la legítima defensa frente a un ataque armado. La retorsión y las represalias son otras formas de auto-ayuda.

La *retorsión* es un acto lícito dirigido a causar daño al Estado que ha cometido un acto ilícito; por ejemplo, la interrupción de la ayuda económica (que es en sí un acto lícito, pues no existe obligación legal de proporcionar ayuda económica si no se hace constar en un tratado).

Las *represalias* consisten en actos que serían normalmente ilícitos, pero que resultan legales por la comisión de un acto ilícito anterior por otro Estado. Por ejemplo, si el Estado A expropia bienes pertenecientes a ciudadanos del Estado B sin indemnización, el Estado B puede adoptar represalias haciendo lo mismo con bienes de los ciudadanos del Estado A. Las represalias no tienen por qué tomar necesariamente la misma forma que el acto ilícito original; en el ejemplo que acabamos de dar, el Estado B puede, en vez de expropiar los bienes de los ciuda-

[2] H. L. A. Hart, *The Concept of Law,* 1961, p. 223.

danos del Estado A, negarse a devolver un préstamo que hubiese recibido de éstos. Ahora bien: las represalias deben ser proporcionadas al daño original; así, el Estado B no podría expropiar bienes cuyo valor fuera superior en varias veces al que hubiesen perdido sus súbditos; aún menos facultado resultaría para matar o detener a súbditos del Estado A.

La retorsión y las represalias ofrecen la desventaja de que el Estado que las impone puede resultar tan perjudicado como el Estado contra el que van dirigidas. Esto resulta particularmente cierto cuando un Estado interrumpe sus relaciones comerciales con otro país. Pero lo mismo ocurre con otros tipos de sanciones; por ejemplo, en el Derecho inglés, cuando un hombre de negocios demanda a un cliente para el cobro de una deuda puede acabar pagando a sus abogados honorarios muy superiores al valor de la deuda originaria. Un inconveniente aún más grave de la auto-ayuda es que sólo puede ser utilizada de modo eficaz si el Estado agraviado es más fuerte o decidido que el Estado que causó el daño.

No es sorprendente, en consecuencia, que se manifieste recientemente una tendencia a la imposición de sanciones por grupos numerosos de estados, que actúan a través de organizaciones internacionales como la ONU. Ahora bien, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sólo puede imponer sanciones en casos muy bien delimitados, y suele encontrarse paralizado por el derecho de veto de los cinco miembros permanentes. Aunque no existe veto en la Asamblea General de las Naciones Unidas, sus resoluciones carecen normalmente de fuerza jurídica obligatoria (si bien constituyen una forma institucionalizada de opinión pública y pueden ejercer gran presión política). Tanto el Consejo de Seguridad como la Asamblea General, al ser órganos políticos y no judiciales, apoyan sus decisiones en consideraciones políticas y a veces dedican escasa atención a los derechos y obligaciones jurídicas en disputa.

Las organizaciones internacionales con funciones especializadas pueden ejercer un control más efectivo sobre sus miembros, en especial si prestan servicios esenciales, como el Fondo Monetario Internacional: un Estado que resulte excluido del Fondo se encontrará en la imposibilidad de obtener oro y divisas de éste para enfrentarse con una crisis en su balanza de pagos. Las organizaciones regionales pueden ejercer una disciplina aún más estricta sobre sus miembros; por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas goza de jurisdicción obligatoria sobre los estados miembros acusados de infracción de las normas de la CEE.

Ahora bien: hemos de reconocer que las sanciones son menos eficaces en Derecho internacional que en Derecho interno. Los estados son pocos en número y desiguales en poder, y siempre existen uno o dos estados tan poderosos que los restantes estados suelen resultar demasiado débiles, tímidos o desunidos para imponer sanciones contra ellos. Esto no quiere decir que el Derecho internacional en su conjunto funcione en forma menos eficaz que el Derecho nacional, sino tan sólo que lo hace en forma diferente. No hay por qué exagerar la importancia de las sanciones. No constituyen éstas la razón principal de obediencia a las leyes en un sistema jurídico. Si la gente se abstiene de cometer asesinatos, esta abstención no es imputable generalmente al miedo al castigo, sino a una educación que hace impensable el asesinato; el hábito, conciencia, moralidad, afecto o tolerancia juegan un papel mucho más importante que las sanciones mismas. Las sanciones sólo son eficaces si los infractores constituyen una pequeña minoría; de no ocurrir tal cosa, las sanciones resultan impotentes para conseguir la observancia del Derecho, como prueba la generalizada violación de los límites de velocidad

en las carreteras inglesas. Resultaría irracional el estudio de un sistema jurídico en términos de sanciones. Es preferible, por el contrario, estudiar el Derecho como un conjunto de reglas que son usualmente obedecidas, en vez de concentrarse exclusivamente en lo que ocurre cuando son infringidas. No debemos confundir la patología del Derecho con el Derecho mismo.

Razones por las que los estados cumplen el Derecho internacional

Los estados obedecen a las normas internacionales con más frecuencia de lo que el público supone. El miedo a las sanciones poco tiene que ver con esta obediencia. Existen otros factores inherentes a la naturaleza misma del Derecho internacional y de la sociedad internacional que inducen a los estados a cumplir el Derecho internacional. Estos factores compensan adecuadamente la debilidad de las sanciones, pero son pocas las personas que toman conciencia de ellos, debido a la falta de su contrapartida en los sistemas jurídicos nacionales. Puede que no todos estos factores actúen simultáneamente, pero la observancia del Derecho internacional se suele conseguir incluso cuando tan sólo uno de ellos interviene en un caso particular.

1. *La falta de un órgano legislativo* constituye, paradójicamente, un elemento que refuerza el Derecho internacional. Todos los sistemas jurídicos se corresponden en alguna medida con el clima dominante en la sociedad en la que actúan, pero en los sistemas jurídicos nacionales la concentración del poder legislativo en las manos de un reducido número de individuos puede originar la adopción de reglas no queridas por la mayoría del pueblo y que éste no está dispuesto a obedecer. La falta de un órgano legislativo internacional significa que los estados crean, en gran medida, el Derecho internacional por sí mismos, siendo improbable que creen un Derecho que no se ajuste a sus intereses o que se sientan inclinados a infringir. Desde luego, es posible que un Estado pueda verse forzado a aceptar una regla impuesta por la fuerza, o que cambien los intereses de los estados, o, incluso, que un cambio en las circunstancias haga resultar gravosa una regla determinada; pero el Derecho internacional proporciona, al menos, una solución parcial a estos problemas (*vid. infra,* pp. 141-48).

No resulta difícil comprender por qué interesa a los estados llegar a un acuerdo sobre las reglas de Derecho internacional. Los estados son naturalmente interdependientes en muchos aspectos (por ejemplo, comercio internacional), y el Derecho internacional facilita la cooperación entre ellos; los estados tienen un interés común en impedir la contaminación marina, pero este objetivo requiere reglas detalladas sobre materias como la salida de petróleo de los buques, y sólo un tratado o algún otro instrumento jurídico resulta adecuado para establecer las reglas necesarias. Iigualmente cuando un problema particular se plantea con frecuencia (por ejemplo, ¿tienen derechos los aviones de un Estado a atrasar el espacio aéreo de otro Estado?) redunda en interés de todos el establecimiento de una regla acordada para la solución de todos los casos similares, en vez de dejar la solución de cada caso particular a un juego de fuerzas entre los estados directamente afectados. Incluso en aquellos casos en que resulta imprecisa la regla aplicable de Derecho internacional, juega ésta una función útil; aunque no elimine el área de desacuerdo entre los estados, puede al menos redu-

cirla, y facilita de este modo la solución de disputas sin que se produzcan fricciones.

El hecho de que el Derecho internacional refleje en gran parte los intereses de los estados no justifica la conclusión de que éstos se seguirían comportando de la misma manera aunque no existiesen normas jurídicas; menor justificación aún tiene el punto de vista cínico de que los estados sólo obedecen el Derecho internacional cuando redunda en su interés el hacerlo. En primer lugar, como veremos más adelante, el simple hecho de que una regla pertenezca al Derecho internacional justifica su cumplimiento por parte de los estados, aunque parezcan resultar ganancias a corto término de su incumplimiento. En segundo lugar, como he intentado demostrar (*supra,* pp. 14-15), una regla adquiere vida propia cuando se convierte en norma de Derecho internacional. Los estados obedecen la regla aunque vaya contra sus intereses, y reclaman sus derechos legales aun cuando sus intereses no entren en juego, fundamentalmente por razones de hábito. Razonamientos jurídicos, tanto como políticos, son utilizados en las disputas relativas a la aplicación de las reglas de Derecho internacional.

2. *El Derecho internacional se basa en gran medida en la costumbre.* Los estados fortalecen una regla consuetudinaria mediante su observancia y la debilitan cuando la infringen, ya que, de este modo, podríamos decir que emiten un voto en favor de su desaparición. El Derecho consuetudinario cuenta con mecanismos inherentes de cambio. Así, un Estado que infringe una regla de Derecho consuetudinario puede encontrarse con que ha creado un precedente que puede ser usado contra él mismo, no sólo por la víctima original de su violación, sino también por terceros estados, cuando el Estado infractor trate de invocar la protección de tal regla en el futuro. La conciencia de esta posibilidad disuade con frecuencia a los estados de violar el Derecho internacional.

La aplicación de este factor está sujeta, sin embargo, a tres desventajas.

a) Cuando los estados infringen las reglas del Derecho internacional, suelen tratar de justificar su conducta invocando una excepción limitada a la regla original, en la esperanza de que una excepción limitada no llegará a constituir un precedente peligroso. Pero a veces esta expectativa no resulta confirmada. Por ejemplo, cuando la India invadió Goa en 1961, alegó que la liberación de los territorios ocupados en el pasado por potencias coloniales constituía una excepción a la prohibición general del empleo de la fuerza. Al año siguiente, China invadía algunas zonas ocupadas por la India en el Himalaya, alegando que habían sido originalmente arrebatadas a China por una potencia colonial (Gran Bretaña) y que China se encontraba, por tanto, facultada para utilizar la fuerza para recuperarlas, del mismo modo que la India había hecho con Goa.

b) Un Estado puede tratar deliberadamente de debilitar una regla si ésta opera de modo general contra sus intereses. Sin embargo, en tales supuestos puede resultar difícil el debilitamiento de una regla determinada sin debilitar el Derecho en su conjunto, y la conciencia de esta posibilidad puede actuar como elemento de disuasión del Estado en cuestión.

c) Puede faltar a muchos diplomáticos la sutileza necesaria para contrarrestar los beneficios a corto plazo de la violación de una regla con las ventajas a largo plazo de su observancia. En épocas de gran tensión puede resultar difícil mirar más allá de la crisis inmediata. Con una perspectiva cínica, cabría decir que los estados violarán el Derecho internacional siempre que estén en peligro

sus intereses vitales (a corto plazo). Este punto de vista sólo es correcto en parte, ya que las violaciones, cuando ocurren, suelen ser más frecuentemente inconscientes que conscientes. Suele ocurrir que no haya una respuesta absolutamente correcta a un problema jurídico y que, en su lugar, haya respuestas con diferente grado de razón o sinrazón jurídica. En épocas de crisis, cuando se encuentran en juego los intereses vitales de un Estado, los asesores jurídicos de ese Estado pueden perder su habitual calma e imparcialidad y contentarse con un nivel más bajo de corrección jurídica que el que habrían requerido normalmente. Existe el peligro, sin embargo, de que lo que parece razonable para una parte no lo sea para la otra, sobre todo si el otro Estado se encuentra igualmente excitado. En consecuencia, cada parte puede creer genuinamente que es *ella* la que se ajusta al Derecho, mientras la otra lo infringe.

3. *Los estados son escasos en número y se basan en un territorio.* Al existir pocos estados, cada uno de ellos entra en frecuente contacto con cada uno de los restantes estados. Como el Estado se apoya en un territorio, no puede escoger sus vecinos y está obligado a convivir con los estados más próximos. Ocasionalmente, puede un Estado vivir en virtual aislamiento del resto del mundo, como la China comunista ha mostrado en ocasiones disposición a hacer, y como hizo el Japón durante dos siglos con anterioridad a 1854. Pero lo normal es que un Estado se vea impulsado por necesidades económicas y de otra índole a buscar beneficios en el trato con otros estados. Si pretende obtener estos beneficios por la fuerza, los restantes estados se coligarán contra él en una alianza defensiva. Si trata de obtener esos beneficios por medios pacíficos, tendrá que dar algo a cambio, y, para inducir a otros estados a «negociar» con él, habrá de adquirir la reputación de ser un Estado responsable y que se ajusta al Derecho. Esto será particularmente aplicable a las relaciones con sus vecinos, con los que sostendrá, probablemente, relaciones más frecuentes. En las sociedades nacionales, un individuo que adquiera reputación de infringir las leyes en su ciudad natal puede desplazarse a otra ciudad donde sea desconocido y encontrar el anonimato en la multitud. Pero los estados no pueden trasladarse de un continente a otro e incluso si pudieran se encontrarían con que su reputación es conocida en todo el mundo, sencillamente porque la sociedad internacional de estados es mucho más pequeña que una sociedad nacional de individuos.

Se sostiene con frecuencia que sólo los pequeños estados han de preocuparse por adquirir la reputación de ajustarse al Derecho. Pero esta misma reputación es un elemento indispensable para la política exterior de los estados, incluso de los más poderosos. Por ejemplo, bajo el Tratado del Atlántico Norte, que constituye uno de los puntos cardinales de la política exterior de los Estados Unidos, este país se compromete a defender a sus aliados europeos frente a un ataque esoviético. Para que la alianza sea un elemento efectivo de disuasión para la Unión Soviética, los Estados Unidos habrán de convencer tanto a la URSS como a los miembros europeos de la OTAN de que son un Estado que mantiene sus promesas.

Sugerencias de lectura

M. A. Kaplan y N. de B. Katzenbach: *Fundamentos polticos del Derecho internacional*, versión castellana de Andrés M. Mateo, Editorial Limusa-Wiley, S. A., México, 1965.

L. HENKIN: «International Law and the Behavior of Nations», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye,* vol. 114 (1965-I), pp. 171-276.
L. HENKIN: *How Nations Behave,* 1968.
A. JAMES: *The Bases of International Order,* 1973, pp. 60-84
J. G. MERRILS: *Anatomy of International Law,* 1976.
R. FISHER: *Points of Choice,* 1978.
J. A. PERKINS: *The Prudent Peace: Law as Foreign Policy,* 1981.
[A. TRUYOL: *Fundamentos de Derecho internacional público,* 4.ª ed., 1977.
A. MIAJA DE LA MUELA: *Introducción al Derecho internacional público,* 6.ª ed., 1974.
J. A. CARRILLO SALCEDO: *Soberanía del Estado y Derecho internacional,* 2.ª ed., 1976.
M. DÍEZ DE VELASCO: *Instituciones de Derecho internacional público,* t. I, 7.ª ed., 1985. pp. 47 y ss.]

Capítulo 2
FACTORES HISTORICOS Y POLITICOS

Siempre que entran en relaciones pacíficas diferentes comunidades políticas independientes, han sentido éstas la necesidad de alguna forma de Derecho internacional que regule dichas relaciones, aunque sus normas sean muy rudimentarias, como la obligatoriedad de los tratados o la inviolabilidad de los embajadores. De este modo, existieron sistemas vigentes de Derecho internacional entre las ciudades-Estado de la Grecia clásica y entre los reinos hindúes de la India antigua. Se puede hablar, incluso, de un Derecho internacional en la Europa occidental de la Edad Media, aunque, al no encontrarse dividido nuestro continente en estados en el moderno sentido de la palabra, no ofreciera las condiciones más apropiadas para el desarrollo del Derecho internacional. Concebimos hoy al Estado como una entidad independiente de todo control político externo y que ejerce un dominio político indiscutido en el interior de su propio territorio. Los reyes medievales no ocupaban una posicón semejante: en el interior, compartían el poder con sus nobles, y cada uno de éstos contaba con su propio ejército particular; hacia el exterior, reconocían alguna forma de vasallaje del Papa y del emperador romano-germánico.

El Derecho internacional moderno comenzó a desarrollarse contemporáneamente con el sistema moderno de estados, durante los siglos XVI y XVII. Aunque se originó en la Europa occidental, los europeos estaban dispuestos a reconocer, en un principio, que los estados no europeos tenían, al menos, ciertos derechos limitados bajo el sistema europeo de Derecho de gentes. Los estados no europeos también estaban dispuestos a admitir que los estados europeos tuviesen ciertos derechos limitados bajo sus distintos sistemas jurídico-internacionales no europeos, y de este modo resultaban posibles las relaciones jurídicas entre Estados europeos y no europeos. Hacia 1880, sin embargo, los europeos habían conquistado la mayor parte de los estados no europeos, lo que se interpretó en Europa como prueba evidente de la superioridad manifiesta del hombre blanco, y el sistema jurídico-internacional se convirtió en una sociedad de estados blancos a la que sólo podían ser admitidos los no europeos si aportaban pruebas concluyentes de que estaban «civilizados».

Sólo después de la primera guerra mundial abandonó el Derecho internacional estos prejuicios raciales para hacerse auténticamente universal. Ha sido tal el número de colonias que han conseguido su independencia desde 1945 que la mayoría de los estados actuales son no europeos. Pero los sistemas aislados de Derecho internacional que habían existido entre estados no europeos fueron destruidos durante el período de dominación europea, y los pueblos no europeos quedaron sujetos durante mucho tiempo a la influencia cultural y tecnológica de nuestro continente. En consecuencia, los estados no europeos, en vez de tratar de restablecer los sistemas tradicionales no europeos de Derecho internacional, han aceptado el sistema desarrollado en un principio por los europeos y se han limitado tan sólo a pedir la revisión de reglas particulares que se oponen a sus intereses (*vid. infra,* pp. 27-30).

Iusnaturalistas y positivistas

Durante el período de formación del Derecho internacional, la doctrina ejerció mayor influencia de la que tiene hoy. Al haber dejado sus construcciones una impronta permanente sobre el Derecho moderno, es preciso decir algo sobre los autores clásicos y, en particular, sobre las dos principales corrientes doctrinales, es decir, el iusnaturalismo y el positivismo.

El autor iusnaturalista más importante fue el holandés Hugo Grocio (1583-1645), que suele ser considerado el fundador del Derecho de gentes; otros autores iusnaturalistas de gran importancia fueron los españoles Vitoria (1480-1546) y Suárez (1548-1617), Gentili, italiano protestante refugiado en Inglaterra (1552-1608), y el inglés Zouche (1590-1660). Aunque con diferencias entre ellos en muchos aspectos, estos autores estaban de acuerdo en que los principios básicos del Derecho (nacional o internacional) derivaban, no de una elección o decisión humana deliberada, sino de principios de justicia con validez universal y eterna y que podían ser descubiertos por la razón sola; el Derecho habría de ser «hallado», y no «hecho».

Estos principios jurídicos básicos recibían el nombre de Derecho natural. El Derecho natural se sostuvo en un principio, era de origen divino. Grocio, sin embargo, afirmó que el Derecho natural seguiría existiendo aunque no hubiese Dios. El autor holandés estimaba que la existencia del Derecho natural era consecuencia automática del hecho de que los hombres viviesen en sociedad y fueran capaces de comprender la necesidad de la existencia de ciertas reglas para el mantenimiento de la vida social. Según este razonamiento, la prohibición del homicidio, por ejemplo, constituía una regla de Derecho natural, con independencia de que un legislador determinado la formulara expresamente, porque todo hombre racional se daría cuenta de que tal regla resultaba justa y necesaria para la preservación de la sociedad humana.

La teoría del Derecho natural goza de una larga tradición, que se remonta a la Roma clásica, y sigue siendo la filosofía del Derecho oficial de la Iglesia Católica. Pero su aceptación no es hoy muy generalizada fuera de la Iglesia Católica. Por su connotación religiosa y la imposibilidad de contrastación empírica, el iusnaturalismo resulta sospechoso en una era científica y laica. Esencialmente, la teoría iusnaturalista sostiene que el Derecho se basa en la justicia, y, aunque abogados y jueces invocan con frecuencia la justicia para llenar lagunas o resolver puntos oscuros del Derecho, la teoría iusnaturalista debe llevar lógica-

mente a una conclusión mucho más radical, en el sentido de que una norma injusta carece de valor jurídico y de que el juez puede prescindir de ella; pero esta conclusión no podría ser aceptada por ningún sistema moderno. Ni los mismos defensores de la teoría han podido formular principios de Derecho natural con cierta precisión; por ejemplo, aunque la regla «no matarás» puede ser aceptada como norma válida universalmente y necesaria para la supervivencia de la sociedad humana, los autores iusnaturalistas no han podido ponerse de acuerdo sobre el número de excepciones que hay que admitir a su respecto.

La concepción iusnaturalista, sin embargo, fue universalmente aceptada durante los siglos XVI y XVII y llevó a cabo una labor muy útil al fomentar el respeto por la justicia en una época en que el colapso del sistema feudal y la división de Europa entre católicos y protestantes pudo haber llevado a una total anarquía. Es difícil concebir otra base en la que pudiera fundarse un sistema de Derecho internacional por aquellos tiempos. La misma vaguedad del iusnaturalismo, que constituye hoy su principal defecto, resultaba menos aparente en tiempos de Grocio, quien apoyaba sus argumentos en citas bíblicas, referencias a la historia de Grecia y Roma y, sobre todo, en analogías sacadas del Derecho privado romano, que, por entonces, era considerado como un reflejo bastante fiel del Derecho natural y fue así aceptado por la mayor parte de los países de Europa.

Después de Grocio, el clima intelectual resultó mucho más escéptico, y el Derecho internacional hubiese perdido aceptación si hubiese continuado apoyado en la teoría del Derecho natural. Hacia 1700 se comenzó a sostener que el Derecho era fundamentalmente positivo, es decir, hecho por el hombre; en consecuencia, Derecho y justicia no eran una y la misma cosa, y las leyes podían variar en el espacio y en el tiempo, según el arbitrio del legislador. En su aplicación al Derecho internacional, el positivismo (nombre de esta nueva teoría) consideraba el comportamiento real de los estados como la base del Derecho internacional. El primer gran autor positivista en el campo del Derecho de gentes fue otro holandés, Cornelis van Bynkershoek (1673-1743), quien se adelantó a su tiempo en algunos aspectos; aunque el positivismo hunde sus raíces en el siglo XVIII no llegó a ser plenamente aceptado hasta el XIX. Por desgracia, aparte de la publicación de textos de tratados, poco se hizo en el estudio científico de la práctica de los estados hasta el siglo XX.

El autor suizo Emeric de Vattel (1714-69) intentó combinar iusnaturalismo y positivismo. Concedió gran atención a los *derechos inherentes* que los estados derivaban del Derecho natural, pero sostuvo, por otra parte, que los estados sólo respondían ante su propia conciencia en cuanto al cumplimiento de los *deberes* que imponía el Derecho natural, a no ser que accedieran de modo expreso a considerar a esos deberes como parte del Derecho positivo. Vattel ejerció una gran influencia, aunque perniciosa, sobre muchos autores y estados durante los siglos XVIII y XIX y hasta comienzos del XX, e incluso hoy se mantienen en ocasiones sus puntos de vista. Un clima intelectual que estimula a los estados a afirmar sus derechos e ignorar sus obligaciones es la mejor invitación al desorden internacional.

La teoría de la soberanía

Una palabra que se repite con frecuencia en los escritos de los seguidores de Vattel es la de «soberanía», y es difícil pensar en ninguna otra palabra que haya causado tanta confusión intelectual y mayor anarquía internacional.

La teoría de la soberanía surgió con el intento de analizar la estructura interna del Estado. Un grupo de pensadores políticos sostuvo que dentro de cada Estado debía existir una entidad que poseyera el supremo poder legislativo y el supremo poder político o uno de ellos [1]. Como corolario de esta teoría, resultaba fácil sostener que el soberano, al detentar el poder supremo, no quedaba ligado a las leyes que él mismo había dado.

Luego, mediante un cambio de significado, la palabra fue empleada para describir no sólo la relación de un superior con sus inferiores *dentro* del Estado, sino también la relación del mismo jefe del Estado con *otros* estados. Pero el término seguía incluyendo resonancias emotivas de un poder ilimitado colocado por encima del Derecho, lo que produjo una representación totalmente errónea de las relaciones internacionales. El que un gobernante pueda hacer lo que quiera con sus propios súbditos no implica que pueda hacer igualmente lo que quiera con otros estados, tanto por consideraciones jurídicas como por consideraciones de política de poder.

Cuando los internacionalistas afirman que un Estado es soberano, sólo quieren decir que es independiente, es decir, que no depende de ningún otro *Estado*. No piensan que esté en modo alguno situado por encima del *Derecho*. A este respecto sería preferible que la palabra «soberanía» fuera sustituida por el término «independencia». En la medida en que «soberanía» signifique algo distinto a «independencia» no se trata de un término jurídico con un significado concreto, sino de una expresión altamente emocional. Todos sabemos que los estados son poderosos, pero el acento en la soberanía exagera su poder y les incita a abusar de él; sobre todo, mantiene viva la superstición de que hay algo en la cooperación internacional que se aproxima a una violación de la naturaleza intrínseca del Estado «soberano».

A finales del siglo XIX un sector internacionalista, sobre todo en Alemania, desarrolló de tal modo la doctrina de la soberanía que llegó a amenazar la existencia misma del Derecho internacional. Frente a esta concepción se produjo una reacción de sentido contrario a partir de 1914. Los iusinternacionalistas occidentales han rechazado los viejos dogmas de la soberanía y de los derechos inherentes de los estados, y los estudios científicos de la práctica de los estados, que se llevaron a cabo por primera vez en este siglo, han puesto de manifiesto que esos dogmas nunca fueron tomados tan en serio por los estados como lo fueron por los teóricos.

En 1923, el Tribunal Permanente de Justicia Internacinal declaró: «El Tribuenal se niega a ver en la conclusión de cualquier tratado, por el que un Estado se compromete a hacer o no hacer alguna cosa, un abandono de su soberanía...; la facultad de contraer compromisos internacionales es un atributo de la

[1] La teoría se remonta al siglo XVI, pero su más conocido expositor desde el punto de vista jurídico fue John Austin (1789-1859), quien definió el Derecho como los mandatos generales del soberano apoyados en la amenaza de sanciones. Como el Derecho internacional no se ajustaba a esta definición, negó carácter jurídico a este ordenamiento. [Sobre Austin, A. Truyol y Serra, «John Austin et la philosophie du droit», *Archives de philosophie du droit*, vol. XV, 1970, pp. 151 ss.] En realidad, es difícil encontrar un ordenamiento jurídico que se ajuste a esta teoría. En los estados federados, como los Estados Unidos, la Constitución distribuye el poder legislativo entre la Federación y los estados miembros, sin que la primera ni los segundos tengan un poder legislativo supremo. Ni siquiera en Inglaterra, donde la reina con el Parlamento («*the Queen in Parliament*») goza de un poder legislativo supremo, la legislación no constituye la única fuente del Derecho, ni la más antigua. [En España son fuente del Derecho, además de la ley, la costumbre y los principios generales (art. 1.º del Código civil).]

soberanía del Estado» (caso *Wimbledon, TPJI,* serie A, núm. 1, p. 25). Es, desde luego, posible concebir tratados que contengan obligaciones tan amplias que lleguen a privar a un Estado de su independencia, como ocurriría en el caso de un tratado por el que un Estado se convierta en protectorado de otro Estado (*vid. infra,* p. 64). Pero no existe una línea rígida que separe la independencia de la pérdida de independencia, sino que se trata de una cuestión de grado y de punto de vista; la misma «independencia» comparte algunas de las cualidades emocionales de la palabra «soberanía». Así, por ejemplo, la idea de participar en una organización supranacional como la Comunidad Económica Europea (Mercado Común), que hubiese sido considerada como una restricción intolerable de la independencia hace un siglo, es hoy discutida con mayor realismo en términos de las ventajas y desventajas económicas.

En el mundo occidental, la soberanía ha dejado de ser ensalzada en la forma en que venía siéndolo tradicionalmente. Encontramos, sin embargo, una situación diferente en las actitudes de los países comunistas y de los estados que han conseguido recientemente su independencia.

La teoría comunista del Derecho internacional

Elemento central del credo marxista es la importancia de la economía como fuerza determinante en la sociedad. El derecho y las instituciones políticas son simples «superestructuras» que reflejan la voluntad de la clase dominante (es decir, la clase que controla los medios de producción, distribución y cambio). Al existir diferentes clases dominantes en los distintos estados, cabría pensar que no puede existir un Derecho internacional de alcance universal. Pero la teoría comunista sostiene unánimemente la opinión de que existe un Derecho internacional con validez universal; de la lectura de autores soviéticos podemos incluso recibir la impresión de que la Unión Soviética inventó el Derecho internacional. Los esfuerzos por conciliar esta postura con la teoría marxista del Derecho en general han sido prolongados y tortuosos.

Inmediatamente después de la Revolución rusa se llegó a sugerir la existencia de dos sistemas de Derecho internacional, uno aplicable a los estados «capitalistas» y otro a las relaciones entre estados «capitalistas» y «socialistas». Pero esta concepción fue pronto abandonada, y, a partir de los años veinte, la concepción ortodoxa sostiene que sólo hay un único sistema de Derecho internacional, y se supone que éste refleja una coincidencia o compromiso de intereses entre las clases dominantes de los diferentes estados.

En un principio, los comunistas soviéticos esperaban que los países «capitalistas» se lanzaran a una guerra general contra la Unión Soviética con el objeto de erradicar el comunismo y que éste emergiera de la misma triunfante en todo el mundo; en tanto no se produjera este conflicto final, el Derecho internacional habría de jugar el papel de arreglo transitorio, limitado en su ámbito a los tratados comerciales y otras instituciones semejantes. Posteriormente, a medida que el conflicto final se hacía cada vez más remoto, se atribuyó una función más amplia al Derecho internacional. Por último, en 1956 Jruschiof proclamó que la guerra entre países «socialistas» y «capitalistas» no era inevitable, y que el comunismo acabaría triunfando en todo el mundo por medio pacíficos o a través de revoluciones internas, que no habrían de desembocar necesariamente en guerras internacionales. La nueva doctrina fue definida como la coexistencia pacífica