

EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO A FINES DEL SIGLO XX. ALGUNAS BREVES REFLEXIONES

FAROUK GARFE JARUFE
Universidad Católica de Valparaíso

Quizás sea una osadía de este ponente referirse en unas breves líneas a un tema que por su complejidad y amplitud exige un estudio profundo y sumamente extenso, el que además excede el ámbito estrictamente jurídico por sus interrelaciones con otras ciencias.

Pero la alternativa era optar por un análisis del estado actual de algún aspecto específico del ordenamiento jurídico internacional, lo que debo admitir considera insatisfactorio pues implicaba prescindir de una opinión global sobre el Derecho Internacional Público contemporáneo. Consciente del riesgo de incurrir en generalizaciones, decidí sin embargo exponer someramente algunas reflexiones sobre la materia a fin de que sirvan para iniciar un diálogo sobre el tema central de estas jornadas, el que seguramente será fructífero.

1. Afirmar que el Derecho Internacional Público se encuentra en proceso de transformación, constituye a todas luces una obviedad. Lo ha estado desde la época de la República Christiana. Ha variado eso sí su rapidez, extensión y profundidad, especialmente durante la segunda mitad de este siglo, el que ha sido testigo de cambios imposibles de prever en el pasado.

En este sentido, no creo que sea una redundancia sostener que la evolución del *Jus Gentium* guarda una estrecha relación con las transformaciones políticas, económicas, sociales y culturales que ha sufrido la sociedad internacional. Esta realidad ha generado un dinamismo propio no conocido en otros campos del saber jurídico cuya capacidad de adaptación se encuentra casi anquilosada.

Un ejercicio elemental bastaría para acreditar nuestras aseveraciones. Consiste en comparar textos escritos hace algunas décadas con los que se han editado últimamente. A excepción de los aspectos doctrinarios e históricos, la pérdida de actualidad de los primeros es asombrosa.

2. A mi juicio, al menos dos fenómenos con incidencia en el ordenamiento jurídico internacional han sido relevantes en su actual etapa de transformación.

En primer lugar, "la interdependencia creciente de los pueblos", según la antigua y feliz expresión de Juan XXIII en su encíclica *Pacem in Terris*. La percepción del Sumo Pontífice ha alcanzado hoy una dimensión planetaria y los problemas que actualmente afectan a la Humanidad considerada como un todo, excluyen toda posibilidad de soluciones aisladas o locales, imponiendo una necesaria solidaridad

indispensable para la supervivencia del género humano, solidaridad que se funda en una cada vez mayor cantidad de intereses comunes que se expresa en acciones también comunes que deben ser jurídicamente reguladas. Temas como el medio ambiente, los derechos humanos, la globalización de la economía, los nuevos espacios, etc., han requerido urgentemente de un tratamiento internacional de carácter universal dentro del cual el derecho ocupa un lugar preferencial. Esta situación ha significado una ruptura de los antiguos esquemas políticos y jurídicos y la instauración de nuevos principios. A partir de formulaciones iniciales más bien vagas, éstos van adquiriendo contornos más precisos y definidos gracias a un desarrollo progresivo acelerado de la normativa internacional impulsado por la necesidad de encontrar soluciones a los nuevos problemas que se plantean.

El segundo factor, en mi opinión de gran importancia, es la superación de uno de los más graves obstáculos políticos para la cooperación internacional, la división de la sociedad internacional en prácticamente dos grandes conglomerados de naciones o bloques ideológicos confrontados, cuya influencia en el ordenamiento jurídico internacional y en la aplicación de sus normas fue determinante. Subsisten empero otras importantes divisiones principalmente de base económica, étnica y cultural, las que originan políticas reivindicacionistas creando nuevas dificultades y conflictos que no sólo alteran las relaciones interestatales sino que incluso arriesgan la existencia misma de algunos Estados, gravitando peligrosamente en la vida internacional.

3. Una de las características más importantes del Derecho Internacional Público durante la mayor parte de este siglo, es el que sus normas estuvieron dirigidas fundamentalmente a los sujetos por excelencia de este ordenamiento jurídico, es decir, a los Estados que constituyen la Comunidad Internacional, los que poseen el esencial atributo de la soberanía.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico internacional debía ser conceptualizado como un derecho de coordinación, relacional, que obedece a una estructura internacional descentralizada. Sin embargo, las nuevas realidades están imponiendo un cierto grado de subordinación en ciertas áreas críticas, ante el cual el individualismo asentado en concepciones ya obsoletas de soberanía, característico de todas las etapas conocidas en la evolución histórica del Derecho Internacional, comienza a ser sustituido por nuevas nociones a las cuales las ideas de bien común internacional, solidaridad, socialización y justicia social no le son extrañas. La globalidad de ciertos problemas que atañen a toda la comunidad internacional están exigiendo soluciones conjuntas, preferentemente institucionales, y ante las cuáles las concepciones jurídicas internacionales anteriores se han demostrado absolutamente insuficientes e inapropiadas. Esto por supuesto no significa aún el abandono de las doctrinas tradicionales sobre la soberanía, pero comienzan a limitarla notablemente.

4. Creo que estamos en presencia de los inicios de una nueva y profunda transformación del Derecho Internacional Público, lo que se deduce de las tendencias específicas que se advierten en el actual ordenamiento jurídico internacional, que en nuestra opinión confirman la existencia de una etapa de transición entre un derecho de coordinación y un derecho de subordinación.

5. La primera de estas tendencias dice relación con el surgimiento y aceptación de nuevos conceptos, como el del *jus cogens* y el de patrimonio común de la humanidad.

El primero, obviamente, constituye una superación del imperio ilimitado del voluntarismo en las relaciones internacionales y una seria restricción a la soberanía estatal. No nos explayaremos sobre este tema por ser suficientemente conocido. Pero no podemos dejar de señalar someramente que la existencia de normas de *jus cogens*, aplicables incluso a los Estados que no han consentido en ellas o no han colaborado en su formación, respecto de las cuales no se pueden formular reservas, y cuya infracción en la celebración de los tratados produce importantes efectos jurídicos, supone una fuerte limitación al *jus tractatum*, una de las facultades soberanas de todo Estado, y al principio de la autonomía de la voluntad, implicando uno de los posibles fundamentos de un orden público internacional imperativo para todos los miembros de la Comunidad Internacional.

El concepto de patrimonio común de la Humanidad, a su vez, expresa la existencia de intereses comunes respecto de ciertos espacios, que deben ser gestionados en forma colectiva y en beneficio de todos los Estados. Su contenido es profundamente igualitario, lleva implícita la idea de justicia social y solidaridad internacional en sus formulaciones positivas, y manifiesta una clara tendencia a la socialización del ordenamiento jurídico internacional, en la que se advierte la presencia no declarada de la noción de bien común internacional.

Nuevamente encontramos una limitación a la soberanía estatal, en la medida en que los Estados no podrían legítimamente desarrollar actividades en forma libre y en su propia utilidad en determinados espacios, como los fondos marinos u oceánicos, la Zona, y el extra atmosférico. Se impone además una obligación de cooperación internacional.

Por otra parte, las distintas declaraciones aprobadas y tratados celebrados que integran lo que se denomina como Derecho Internacional Ambiental, imponen responsabilidades individuales a los Estados respecto de problemas y situaciones medioambientales comunes, introduciendo novedosos conceptos como el desarrollo planetario sostenible y otros, lo que abre nuevas perspectivas para un derecho internacional de subordinación.

Y como una consecuencia de lo expresado precedentemente, se ha abierto la discusión en torno a si la Humanidad en cuanto tal puede por efecto necesario de los instrumentos que a ella se refieren, ser considerada como un nuevo sujeto del Derecho Internacional Público.

6. La creación de una o varias jurisdicciones internacionales con competencia obligatoria para conocer, juzgar y sancionar las violaciones al ordenamiento jurídico internacional, quizás sea una de las utopías más amadas de todo jurista internacional. Recordemos que en el pasado, se llegó a impugnar la naturaleza jurídica del Derecho Internacional debido a la carencia de órganos judiciales adecuados.

Esta deficiencia, que podríamos calificar como estructural, aún subsiste. Sin embargo, se advierten algunos progresos que considerados en su conjunto podrían configurar una tendencia importante que reafirmaría la tesis central de esta ponencia. No me refiero a la existencia de tribunales internacionales cuya competencia depende de la voluntad estatal, como son por ejemplo la Corte Internacional de Justicia o aquéllos que han sido creados para conocer de las violaciones de los derechos humanos en algunos órdenes regionales, sino a la creación de instancias judiciales encargadas de juzgar crímenes internacionales cometidos con ocasión de conmociones políticas y raciales internas en algunos países como Yugoslavia y Rwanda. En ambos casos, su origen se encuentra en resoluciones emanadas del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas y la competencia que se les ha

otorgado se funda directamente en los poderes de la Organización Internacional, imponiéndose por sobre la voluntad de los Estados afectados. Ambos tribunales tienen limitaciones, pero sus estatutos introducen conceptos novedosos que constituyen nuevos antecedentes valiosos para el establecimiento de una eventual jurisdicción internacional obligatoria, cuya lejanía o proximidad no nos atrevemos a insinuar.

Asimismo, y dentro de esta línea argumental, considero importante la aceptación de jurisdicciones concurrentes en determinados tratados que tipifican crímenes internacionales, como la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, terrorismo, toma de rehenes, etc., y en los cuales el principio fundamental es el de "aut dedere aut punire", reconociéndose bajo determinados requisitos, hasta la competencia del Estado de la residencia del culpable, aun cuando los efectos de la acción delictual no le alcancen.

Finalmente, también debemos mencionar la actividad que desarrolla Naciones Unidas con el objeto de crear una corte penal internacional, iniciativa que reconoce importantes avances.

En consecuencia, es posible afirmar que existe una tendencia, débil aún, pero notoriamente más intensa que en el pasado en sus manifestaciones concretas, a crear instancias jurisdiccionales obligatorias para juzgar ilícitos internacionales con prescindencia de la aceptación o consentimiento de sus destinatarios, sean individuos, Estados u organizaciones.

7. El decaimiento de ciertos principios propios de un derecho de coordinación, es otro de los fenómenos contemporáneos que atrae la atención del observador. Nos referimos, por ejemplo, a la preocupación de la comunidad internacional por la organización política y sistemas de gobierno que se dan los Estados, materia que tradicionalmente era considerada como perteneciente al ámbito de la jurisdicción interna o competencia doméstica.

La adhesión, cada vez más vinculante, a los principios de la democracia representativa, por los Estados americanos, es actualmente una realidad jurídica consagrada positivamente en la carta constitutiva de la Organización de los Estados Americanos. También existen normas de similar naturaleza en el sistema regional europeo y las Naciones Unidas tiene una importante labor que exhibir en este sentido, en consonancia con los principios y propósitos contenidos en su Carta.

Igualmente podríamos afirmar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Ambiental y el Derecho Económico Internacional, entre otras ramas especializadas del Derecho Internacional Público, incursionan cada vez con mayor frecuencia en asuntos que hasta hace poco se consideraban propias de la jurisdicción interna de los Estados. Esto supone una creciente incidencia del ordenamiento jurídico internacional en espacios considerados como estrictamente internos o nacionales, lo que implica nuevos cercenamientos de la soberanía estatal.

Analizar cada una de estas intromisiones sería una ingente labor, motivo por el cual sólo enunciamos la existencia de este fenómeno jurídico.

8. Otra tendencia ya claramente establecida desde hace algunas décadas, es la humanización del Derecho Internacional Público, en virtud de la cual el individuo y la protección de sus derechos y libertades fundamentales han pasado a ocupar un lugar preferente en el ordenamiento jurídico internacional, que antes lo consideraba como un mero objeto del mismo. Ella se ha manifestado a través de una verdadera

proliferación de tratados internacionales de tutela y la creación de diversos órganos de control e instancias internacionales.

Los efectos de esta tendencia son suficientemente conocidos, por lo que sólo nos limitaremos a enunciar algunos de sus efectos en los órdenes jurídicos nacionales. El primero es la internacionalización de estos derechos y libertades individuales, en la medida en que son considerados de interés para toda la comunidad internacional, lo que conduce a la inoperancia de la excepción de competencia doméstica, consecuencia que en nuestra opinión se remonta a 1945 y que por tanto ya es antigua.

Por otra parte, la aceptación de la jurisdicción de las instancias que se han creado para proteger estos derechos y libertades, formuladas por numerosos Estados, en especial de los sistemas europeo y americano de protección, ha producido un cambio notable en la medida en que los tribunales supremos nacionales ya no constituyen la última instancia en lo referente a dicha protección. Cabe mencionar que la no aceptación de la competencia de los órganos de protección no precave contra sanciones de la comunidad internacional, las que pueden ser, como lo ha demostrado la práctica, bastante graves.

Por último, es posible advertir que existe un acelerado proceso de incorporación al derecho interno, ya sea por la vía de la adaptación, recepción, reenvío u otras modalidades, de las normas internacionales relativas a los derechos humanos.

Los efectos anteriores están indicando una internalización de una parte importante del Derecho Internacional, en cierta medida voluntario y en otra impuesto, fenómeno que pondría en evidencia su superioridad jerárquica respecto del derecho nacional.

Sin embargo, y es necesario precisarlo, no podríamos afirmar que este proceso tiene un carácter absolutamente universal, ya que existen aún Estados que se han negado a una incorporación global por estimar que algunas normas contradicen y tensionan sus propios sistemas políticos, jurídicos, religiosos y culturales.

9. La universalización del Derecho Internacional Público, prácticamente terminada en las últimas dos décadas, y su codificación y desarrollo progresivo, que desde una perspectiva comparativa ha experimentado en nuestra época un crecimiento espectacular, son por supuesto factores que coadyudan de una manera importante a la transición a un Derecho Internacional de subordinación. Las grandes convenciones codificadoras de nuestra época, como la de Viena sobre Derecho de los Tratados y la de Jamaica sobre Derecho del Mar, no se limitaron a positivizar las normas existentes sino que también desarrollaron el derecho vigente introduciendo innovaciones de importancia, creando en ciertos casos organizaciones internacionales, modernizando, adecuando la regulación jurídica a las nuevas realidades de toda índole, e incorporando nuevos conceptos, como los de *jus cogens* y patrimonio común de la Humanidad, ya mencionados.

Estos instrumentos han sido firmados y ratificados por una gran mayoría de Estados, se encuentran en vigor, y han pasado a integrar el derecho nacional. Aún más, muchas de sus normas y principios han adquirido vigencia para los Estados no partes a través de la vía consuetudinaria en términos tales que no es posible para ellos autoexcluirse de su aplicación. Por último, este proceso ha conducido a la formación de ramas especializadas del ordenamiento jurídico internacional que han adquirido su propio dinamismo aunque sin perder su relación esencial con éste.

10. Prescindimos en nuestro análisis del denominado Derecho Internacional Económico, que es una hibridación entre las dos ciencias jurídicas que integran su de-

nominación. Es muy conocido su amplio desarrollo, impulsado por las crecientes relaciones económicas, financieras y comerciales de los Estados, claramente influenciado por antiguas concepciones libremercadistas no superadas por los instrumentos programáticos que conforman el denominado nuevo orden económico internacional, que han permitido que subsistan y se acentúen las profundas diferencias entre el mundo desarrollado y el que se encuentra en vías de desarrollo, el Norte y el Sur.

11. El proceso de institucionalización de la comunidad internacional ha experimentado en estos últimos decenios una notable expansión en términos tales que podríamos insinuar la existencia de una reestructuración basada en la conjunción de intereses comunes de diferentes naturaleza que dan lugar a la creación de múltiples organizaciones de la más diversa índole, en las que sus miembros se encuentran ligados en función de la satisfacción de esos intereses específicos, creando intrincadas redes de relaciones transversales.

Ello de alguna manera afecta la centralización de la comunidad internacional a través de la Organización de las Naciones Unidas, y quizás sea fuente de tensiones entre ésta y las nuevas entidades.

Sin embargo, la función de mantener la paz y seguridad internacionales continúa radicada en la Organización Mundial, la que luego de la desaparición del mundo bipolar, se ha fortalecido en especial a través de las operaciones para el mantenimiento de la paz que a pesar de sus limitaciones, han crecido de una manera espectacular, en especial con motivo de nuevos fenómenos políticos, como el resurgimiento de los nacionalismos y la reivindicaciones de las minorías, que han pasado a sustituir el enfrentamiento Este Oeste como nueva fuente de conflictos internacionales.

Estas operaciones están dirigidas en la actualidad tanto a situaciones internas de convulsión política, guerras civiles, protección de minorías y ayuda humanitaria, como a conflictos internacionales, lo que refleja un cambio evidente. Sin embargo, no es posible excluir el riesgo de la utilización de los mecanismos de seguridad colectiva en beneficio de los intereses y posiciones de determinadas potencias como quedó en cierta medida de manifiesto con ocasión de la Guerra del Golfo.

Las reformas que se han propuesto y se esperan a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, en consideración a las nuevas realidades, deberían incluir la eliminación de los obstáculos políticos y jurídicos que dificultan y en numerosos casos imposibilitan cumplir con las funciones para las cuales la Organización fue creada, lo que supondría un fortalecimiento evidente y una expresión de progreso institucional y jurídico.

12. En definitiva, y de la breve exposición que antecede acerca de nuestra personal estimación sobre las principales tendencias del Derecho Internacional Público a finales del presente siglo, es posible llegar a concluir, tal como lo expresamos en un comienzo, que la naturaleza del ordenamiento jurídico internacional se encuentra en proceso de transformación desde un derecho de coordinación hacia un derecho de subordinación registrando importante avances.

Esta conclusión podrá por supuesto ser impugnada y discutida, objetivo que confieso estoy buscando. Pero a pesar de las eventuales discrepancias que puedan plantearse, no se puede negar que el actual Derecho Internacional Público exhibe tendencias sumamente novedosas; crea nuevos conceptos y es aceptado universalmente; sus principales normas codificadas se incorporan al derecho nacional; éste se adecúa para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales y admite compe-

tencias también internacionales de diferente naturaleza. Ello ha significado nuevas limitaciones a la soberanía de los Estados y en especial al voluntarismo como fuente de la obligatoriedad de las reglas jurídicas internacionales, no como efecto de una mayor conciencia jurídica universal sino como una imposición de las nuevas realidades. Esta nueva situación obedece principalmente a la intensa interdependencia y globalización que presenciamos, impulsada por numerosos fenómenos contemporáneos como los que dicen relación con el medio ambiente, el increíble avance tecnológico, la explosión demográfica, las migraciones, la descolonización, el término de la confrontación bipolar, el resurgimiento violento de los nacionalismos, las reivindicaciones de las minorías, la desintegración de numerosos Estados, etc.

Todo esto ha llevado a la aceptación de transformaciones sustanciales en la naturaleza misma del ordenamiento jurídico internacional, fundadas más en las exigencias que impone el bien común internacional que en los intereses nacionales de los Estados.