

I. LA SOCIEDAD INTERNACIONAL Y SU ORDENAMIENTO

JURÍDICO

TEMA 1: LA BASE SOCIOLÓGICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

1.1. SOCIEDAD Y DERECHO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

El **Derecho Internacional** es el ordenamiento jurídico propio de la Sociedad Internacional. Es el conjunto de normas que regula las relaciones entre los miembros de la Sociedad Internacional.

Estas normas han sido creadas por el proceso propio del Derecho Internacional. Las normas no surgen de la nada, surgen en un contexto político, social, cultural,... son procesos que influyen en la creación de las normas y por eso antes de ver las normas estudiaremos el contexto internacional.

Las características de la Sociedad Internacional se van a trasladar al Derecho Internacional. Igualmente, la evolución histórica también se va a trasladar al Derecho Internacional.

Esta relación entre el Derecho y la Sociedad Internacional la podemos plasmar en una frase latina: **UBI SOCIETAS IBI IUS** = Allí donde hay una sociedad, existe el Derecho.

Las normas nacen para regular el comportamiento de las sociedades.

La Sociedad Internacional hoy en día engloba a todos los Estados (entidades políticas) que existen en el mundo.

1.2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL

El origen más cercano lo encontramos en la relación entre los diferentes pueblos mediterráneos durante la Baja Edad Media.

Pero el punto de origen lo situamos en realidad en el siglo XVII con la constitución de lo que se denomina: **"SISTEMA EUROPEO DE ESTADOS"**. Éste se constituye como fruto de una serie de transformaciones de los Estados europeos.

Antes existían 2 instancias superiores de autoridad:

– La **IGLESIA**, entendiendo por tal el Papado. El Papado se denomina en la Edad Media: la "RES PÚBLICA CRISTIANA".

• El IMPERIO

Lo que nos conduce en el siglo XVII al "SISTEMA EUROPEO DE ESTADOS" es la quiebra de la "res pública cristiana" y del Imperio. Aunque no desaparecen, desaparece su influencia.

Además durante los siglos XIII– XVI se produce la aparición del Estado Moderno.

También hemos de mencionar los grandes descubrimientos geográficos que desembocarán en la

"universalización" de la Sociedad Internacional.

También la aparición de nuevas formas económicas que nos llevarán al progreso técnico.

Todas estas transformaciones nos conducen en el siglo XVII al Sistema Europeo de Estados.

Ésta es una sociedad de **ESTADOS SOBERANOS e IGUALES**

SISTEMA
EUROPEO DE
ESTADOS

Estos conceptos son el núcleo duro de la Sociedad Internacional y del Derecho Internacional.

Su característica principal es su carácter INTERESTATAL. Sólo a partir de la 2ª Guerra Mundial surgen otros entes, pero el Estado sigue siendo el sujeto principal.

La SOBERANÍA es un concepto esencial. La mayor parte de las normas van a estar influidas por esta Soberanía.

Y son IGUALES porque no existe una instancia superior a los Estados. No existe una entidad superior a las demás: "Todos somos iguales"

Esta idea se plasmó en la "PAZ DE WESTFALIA". A partir de entonces se convierten en los pilares básicos de la Sociedad Internacional.

La Soberanía implica el poder exclusivo que tiene el Estado sobre su territorio, impidiendo que el resto de entidades políticas no intervenga.

Esta idea de **Soberanía** implica:

1. – Una **DESCENTRALIZACIÓN** del poder; ya no está concentrado en la Iglesia o el Imperio, sino que está distribuido entre los Estados de la Sociedad Internacional.
2. – Implica una **CONCENTRACIÓN** del poder político dentro del Estado.
3. – El individuo deja de tener protagonismo dentro de la Sociedad Internacional porque éste se adscribe a uno u otro Estado.

La evolución de la Sociedad Internacional y el Derecho Internacional han ido creando varias capas, desde este sistema europeo... hasta llegar a la Sociedad Internacional actual.

Dentro de esta evolución, uno de los fenómenos ya citados, los descubrimientos geográficos que contribuyen a la ampliación de los Estados europeos. Estos descubrimientos son por vía colonial, el Estado se añade a sí mismo las conquistas por lo que la Sociedad Internacional no aumenta en estados miembros.

Durante dos siglos XVIII–XIX se produce la **DESCOLONIZACIÓN** de estos pueblos y así irán surgiendo nuevos estados.

El Sistema Europeo va a dar lugar a un **SISTEMA DE ESTADOS DE CIVILIZACIÓN CRISTIANA** debido a sus costumbres y usos comunes. Éste engloba a los estados europeos y a los estados americanos que han conseguido su independencia (1787).

Durante el siglo XIX la descolonización se extiende a los territorios africanos y asiáticos.

Los Estados de Civilización Cristiana irán reconociendo las diferentes entidades políticas (Marruecos, Etiopía) y en Asia (Japón, China, Persia, Tailandia) van a ser admitidos como miembros de la Sociedad Internacional y dejar de ser colonias.

Esto nos lleva a un **SISTEMA DE ESTADOS CIVILIZADOS** que abarca los Estado europeos + los Estados americanos + todos los Estados africanos y asiáticos reconocidos por occidente.

Éstos últimos no están en igualdad con occidente; aunque va ser a partir de la 2ª mitad del siglo XX es cuando se va a producir la efectiva ampliación, la plena universalización de la Sociedad Internacional con la independencia de África, Asia y Oceanía, hasta llegar a la Sociedad Internacional Universal que hoy conocemos.

Cabe decir que esta es una visión "eurocéntrica" de la Sociedad Internacional.

La Sociedad Internacional ancla sus raíces en el Sistema Europeo de Estados. Esta evolución va a influir sobre las normas internacionales que surgen en cada momento histórico.

Así en un primer momento, del siglo XVII hasta la 2ª Guerra Mundial el Derecho Internacional lo denominaríamos: **DERECHO INTERNACIONAL CLÁSICO** para distinguirlo del **DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL**

El **DERECHO INTERNACIONAL CLÁSICO** tenía 2 funciones:

- Regular los Derechos y los Deberes de los Estados. Se trata de regular la coexistencia de los Estados para garantizar una cierta convivencia. Esto se debe a que los Estados gozan de una amplia libertad de actuación cuando ven lesionados sus intereses. Existe una gran facilidad para usar la fuerza armada.
- Delimitar las competencias del Estado partiendo del concepto de Soberanía. Hay que determinar hasta donde llega la soberanía de una Estado para determinar una coexistencia pacífica de los Estados.

A este Derecho Clásico también se le denomina **Derecho de la Coexistencia**.

Esto hasta la 2ª Guerra Mundial que marca el fin de una época.

FACTORES de cambio:

– El fin de la preponderancia de los Estados Europeo, es el fin de la visión eurocéntrica de la Sociedad Internacional. A partir de la 2ª Guerra Mundial se instaure un sistema BIPOLAR que dura los 50 años siguientes. Nos encontramos con la GUERRA FRÍA, dos grandes potencias tienen la hegemonía: EE. UU y la URSS

– El fenómeno de la descolonización que nos conduce a la aparición de nuevos Estados: universalización de la Sociedad Internacional. Esta universalización se refleja en la evolución de las Naciones Unidas, cuando se funda en 1945 existen 51 países miembros, ahora hay 189, el número de miembros se ha triplicado.

En la actualidad, la GLOBALIZACIÓN, introduce una mayor interacción entre los Estados.

Estos Estados tienen problemas de desarrollo económico y social, surge así una escisión económica entre **NORTE/SUR**, entre los países industrializados y los países en vía de desarrollo.

Esta distinción se va a superponer a la escisión **ESTE/OESTE** (1945) que es de carácter político-ideológico.

Estas escisiones ponen de manifiesto que la Sociedad Internacional es **HETEROGÉNEA**. Esta idea deriva de que no todos los miembros de la Sociedad Internacional tienen los mismos intereses, hay intereses divergentes.

La heterogeneidad resalta la idea de fragmentación. Así encontramos 2 ideas que se contraponen fragmentación/universalización.

También es cierto que estos nuevos Estados aportan a la Sociedad Internacional nuevos intereses, y rechazan el Derecho Internacional Clásico porque éste había permitido las colonizaciones; se rechazan todas las normas de tinte imperialista. También dicen que el Derecho Internacional debe tener un carácter más activo y promover la cooperación para ayudar a los países en vías de desarrollo para que estos consigan la Paz.

1.3. CARACTERES BÁSICOS DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL

- La Sociedad Internacional es **INTERESTATAL** porque sus principales sujetos de derecho son los Estados. De todas formas se ha experimentado una evolución porque hasta 1945 no existe otro actor que no sea el Estado. A partir de la fecha surgen nuevos actores, aunque el Estado sigue siendo el actor principal pero no exclusivo.
- La Sociedad Internacional es **COMPLEJA** por su propia estructura; la forman los Estados soberanos, los individuos, las ONGs, las empresas transnacionales,... Pero también es compleja por sus problemas: aumento de la población mundial, progresivo empobrecimiento, conflictos armados,...
- También es **DINÁMICA** porque está sometida a profundos cambios y transformaciones: el fin de la Guerra Fría, la caída del muro de Berlín,... En los 90 desaparece el Sistema Bipolar, dando paso a la Posguerra Fría y hoy podemos hablar de UNIPOLARISMO (EE. UU). Y se abren nuevas expectativas, antes la Sociedad Internacional estaba en manos de las 2 grandes potencias
- Es **HETEROGÉNEA** por la diversidad de intereses existentes como consecuencia del desigual reparto de poder político y económico
- Es una sociedad poco **INTEGRADA** porque está escasamente institucionalizada.
- Es una sociedad **DESCENTRALIZADA**, el poder está distribuido entre los poderes soberanos, no existe una institución superior a los Estados
- Nos encontramos una Sociedad Internacional **INTERDEPENDIENTE** que no es únicamente política sino que se manifiesta también en los planos económico y ecológico. Esto pone de manifiesto que los Estados no se pueden limitar a coexistir, sino que tienen que cooperar en primer lugar por su propio interés, porque los Estados no son autosuficientes, sus problemas van más allá de sus fronteras. Además existen una serie de problemas que afectan a todos los Estados

En la actualidad, lo que caracteriza a la Sociedad Internacional es la idea de **transición e incertidumbre** en la que encontramos elementos de cambios y elementos de permanencia. No sabemos hacia donde va a evolucionar la Sociedad Internacional.

La soberanía estatal se permanece pero se erosiona porque surgen dentro del propio Estado grupos organizados (terrorismo, mafias de emigrantes, de drogas,...), movimientos migratorios consecuencia del progresivo empobrecimiento, el deterioro del medio ambiente,...

Los Estados están obligados a cooperar, a ceder parcelas de su poder, y de esta manera se va erosionando su soberanía. Ej: con la creación de la UE cada estado miembro debe ceder parcelas de su soberanía.

Persisten las desigualdades políticas y económicas. La desigualdad política se manifiesta en el carácter privilegiado que tienen algunos Estados dentro del Consejo de Seguridad (los 5 miembros permanentes)

Las desigualdades económicas entre los Estados aumentan, esto puede ser consecuencia de la Globalización.

Sin embargo, hay evoluciones positivas, por ejemplo, de cara a los Derechos Humanos. Se da una mayor importancia a los Derechos Humanos, a la Dignidad humana,...

TEMA 3: EL PAPEL Y ALCANCE DEL DERECHO EN LA SOCIEDAD

INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEA.

INTRODUCCIÓN:

El Derecho Internacional se debe estudiar atendiendo a 3 perspectivas, a una concepción tridimensional:

- **TÉCNICO-JURÍDICA**

- **AXIOLÓGICA**

- **SOCIO-HISTÓRICA**

- La perspectiva técnico-jurídica nos dice que el Derecho Internacional es una disciplina jurídica. Aquí lo que vamos a estudiar son las Normas: los mecanismos para elaborarlas, para aplicarlas,... Pero esta aproximación por sí sola no basta.
- La perspectiva axiológica atiende a los valores, a la fundamentación del Derecho Internacional. Debemos tener en cuenta un conjunto de valores hacia los que deben tender las normas. Esto aparece reflejado en la Declaración del Milenio, las normas se interpretan en torno a unos valores.
- La perspectiva socio-histórica nos dice que debemos tener en cuenta el contexto sociopolítico en el que se elaboran esas normas, la realidad social que nos permite interpretar esas normas.

Las normas que hoy existen las podemos agrupar en 3 grandes estructuras:

- **ESTRUCTURA RELACIONAL**

- **ESTRUCTURA INSTITUCIONAL**

- **ESTRUCTURA COMUNITARIA**

Estas estructuras responden a las diferentes fases de la Sociedad Internacional, algunas normas se mantienen, y otras desaparecen.

1. La ESTRUCTURA RELACIONAL hace referencia a las Normas que regulan las relaciones entre los Estados, son los Derechos y los Deberes que tienen los Estados. Coincide con el Derecho Internacional de la **COEXISTENCIA**.

Hoy siguen existiendo las ideas de **estatalidad, soberanía e igualdad**: el Estado es soberano en su territorio, no interjerencia en los asuntos internos.

Estas normas tienden a preservar los intereses individuales de los Estados y constituyen el núcleo básico del Derecho Internacional.

2. La ESTRUCTURA INSTITUCIONAL respondería a ese Derecho Internacional de la **COOPERACIÓN**; es la necesidad que tienen los Estados de cooperar entre sí porque existen intereses comunes. Esta cooperación se institucionaliza a través de la creación de las Organizaciones Internacionales, éstas contribuyen a la formación del Derecho Internacional. Surgen nuevos procedimientos para elaborar normas jurídicas.

3.La ESTRUCTURA COMUNITARIA viene integrada por el conjunto de normas que van más allá de la cooperación, para la protección de valores sociales. Existen valores comunes en la Sociedad Internacional, y así van a surgir en el Derecho Internacional nuevas obligaciones para la Sociedad Internacional en su conjunto.

Van a surgir un conjunto de obligaciones que el Estado tiene que respetar no con otro Estado, sino con toda la Sociedad Internacional. Este tipo de obligaciones las denominamos **OBLIGACIONES ERGA OMNES**:

- La obligación de todos los Estados a respetar los Derechos Humanos.
- La Paz: obligación de no utilizar la fuerza armada en las RR.II.

Algunas de estas obligaciones erga omnes han alcanzado un ESTATUTO ESPECIAL. Se les ha reconocido el valor de **Normas IUS COGENS** que tienen una consideración especial.

¿Qué ocurre cuando se violan estas normas? Podemos hablar de **crimen internacional**; la violación de estas normas nos lleva a la RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL.

Hoy existe una idea de Comunidad que está por encima de los propios Estados. El individuo juega un papel esencial (respeto a la dignidad humana).

Son normas que preservan los derechos del **individuo** y no de los Estados, en las 2 estructuras anteriores sólo podemos hablar de intereses estatales.

Estas normas también defienden los **pueblos** (Principio de la Libre Determinación frente a la ocupación extranjera) y la preservación de su identidad nacional.

Y aunque la interestatalidad predomina en la Sociedad Internacional consideramos que la estructura comunitaria es la que debe preservarse en el futuro. Los avances jurídicos deben limitarse a este ámbito, los Estados ya tienen demasiados derechos.

• SOBERANÍA DEL ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL.

RELATIVISMO SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL

Y SUS LÍMITES

- En el contexto internacional no hay ningún órgano superior al Estados y son los Estados los que elaboran las normas.
- Hay una carencia de mecanismos institucionales encargados de prevenir y sancionar la violación de las normas. No hay una policía internacional, lo más parecido es el consejo de seguridad cuya misión es mantener la paz mundial.
- Los Tribunales Internacionales no pueden actuar de manera coactiva, no se asegura la aplicación de las normas. La aplicación corresponde a los Estados.

Los Estados son los que elaboran las normas internacionales, y a la vez, son los encargados de aplicarlas. Decimos así que la **voluntad** de los Estados juega un papel esencial basado en la soberanía del Estado. Y esto es lo que da lugar al **relativismo** del Derecho Internacional porque los Estados tienen la capacidad de elegir las normas que le van a obligar. La idea de voluntarismo quiere decir que la aplicación de las normas depende de la voluntad del Estado. Y esto nos plantea un problema: el ordenamiento jurídico depende de la voluntad de

sus miembros.

Sin embargo, el Estado se encuentra inserto en una Sociedad Internacional cada vez más interdependiente. Y de este hecho surgen límites a la soberanía del Estado para facilitar la relación de los Estados, y estos límites son límites también al relativismo (a la voluntad) del Derecho Internacional.

Los LÍMITES a la voluntad del Estado son:

- **PRINCIPIO DE BUENA FE:** Los Estados tienen que cumplir de buena fe las obligaciones internacionales, un Estado cuando acepta una norma, debe cumplirla
- **PRINCIPIO DE NO FORMALISMO DEL CONSENTIMIENTO:** Los Estados pueden manifestar su consentimiento de maneras diferentes, todas son igualmente válidas en el Derecho Internacional.
- **PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD:** Pone de manifiesto que en la Sociedad Internacional a veces existen situaciones de hecho que los Estados tienen que aceptar. Esto impone límites a la voluntad de los Estados.
- **LAS NORMAS IUS COGENS:** Son normas que se imponen a los Estados y que están por encima de la voluntad de los Estados.

Esto pone de manifiesto que la voluntad de los Estados tienen límites dentro del Derecho Internacional pero no privan al Estado de su importancia dentro del Derecho Internacional.

3.2. UNIVERSALIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

Sabemos que estamos ante una **Sociedad Internacional Universal**, ¿podemos entonces hablar de un Derecho Internacional Universal?

Hay que decir que existe un **Derecho Internacional GENERAL** que estaría integrado por todas aquellas normas que se aplican a todos los Estados de la Sociedad Internacional (ej. Las normas IUS COGENS que se aplican a todos los Estados, y también las normas de Derecho Consuetudinario.

Frente a éstas tenemos las normas de **Derecho Internacional PARTICULAR** que serían aquellas normas que vinculan únicamente a un determinado número de Estados. Estas normas derivan de los Tratados Internacionales menos los Tratados Internacionales que han sido ratificados por todos los Estados.

También sabemos que la **Sociedad Internacional es Heterogénea**; existen intereses divergentes de carácter político, económico, cultural,... Estos factores de heterogeneidad han creado grupos de Estados que tienen intereses afines y como consecuencia surgen normas de Derecho Internacional aplicables a estos grupos, a miembros de determinadas regiones, como puede ser el Derecho Comunitario que es un derecho regional.

El Derecho Internacional PARTICULAR también puede surgir de otros factores: culturales, ideológico-políticos,... ¿Cómo han influido estos valores en la universalización de la Sociedad Internacional?

Hay que afirmar que la universalidad no ha sido seriamente impugnada por algunos de estos factores porque se reconoce una diversidad de intereses

Y como consecuencia de la diversidad de intereses nos encontramos agrupaciones de estados regionales que están geográficamente cercanos y que tienen intereses comunes, se unen formando Organizaciones Internacionales y constituyen un DERECHO PARTICULAR (Derecho americano, derecho de la UE...)

Pero la cuestión es si podemos hablar de un Derecho Internacional General. Nos encontramos 2 grandes factores que han quebrado esta universalidad:

A. CONFLICTO IDEOLÓGICO POLÍTICO Y DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

El factor político, está ligado a la división este/oeste. En 1917 la Revolución rusa crea la URSS, con unos presupuestos ideológicos opuestos a los de las democracias burguesas occidentales, y que representan el resto de la Sociedad Internacional. Este modelo de Estado se va ampliando por Europa central y oriental una vez terminada la I GM.

Entonces nos preguntamos ¿esta divergencia político ideológica ha supuesto una quiebra del Derecho Internacional?

Esta escisión NO supuso un rechazo de las normas internacionales, no rechazan el Derecho Internacional Clásico: aceptan normas que regulan las relaciones entre los estados comunistas y los estados capitalistas.

Sin embargo, lo que sí hicieron los países socialistas fue cuestionar determinadas normas contrarias a sus postulados, y califican las normas de Derecho Internacional en 3 bloques:

- Normas o Principios democráticos: Son previos a la formación de la Unión soviética pero son aceptados.
- Normas o Principios reaccionarios: Los estados socialistas los rechazan porque son normas colonialistas e imperialistas.
- Nuevas normas o nuevos Principios: Se consideran una aportación de los países socialistas al Derecho Internacional

Además hay que decir que las relaciones entre los Estados socialistas se regían por el Derecho Internacional Socialista , pero el Derecho Internacional no es rechazado por los países socialistas.

Aunque, tenemos que decir, que a partir del surgimiento de los países socialistas, deben tenerlos en cuenta a la hora de elaborar nuevas normas.

Y en general podemos decir que contribuyen al desarrollo del Derecho Internacional General.

B. LOS NUEVOS ESTADOS Y LA UNIVERSALIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

Con el factor económico, nos referimos a los países que surgen a partir de la descolonización. Tienen una débil situación económica: *subdesarrollo económico*.

La actitud de estos nuevos estados es doble:.

- Actitud de rechazo y cuestionamiento de una serie de normas que contribuyen a potenciar esas desigualdades económicas y jurídicas que había permitido el Imperialismo. Son normas que legitiman la situación anterior.
- Actitud de proponer la elaboración de nuevas normas de Derecho Internacional que reflejen sus intereses y sobre todo que promuevan el desarrollo económico de estos nuevos Estados.

Estos nuevos estados también se van a convertir en defensores de ciertos principios como el Principio a la igualdad soberana: ser reconocido en pie de igualdad con las potencias colonizadoras. También el Principio de no intervencionismo para poner fin a la intervención de otro estado en sus asuntos internos.

La aparición de estos estados tampoco supone el rechazo en bloque al Derecho Internacional General, más bien al contrario, rechazan ciertas normas pero tratan de elaborar normas que promuevan la igualdad económica, aunque estas normas han sido infructuosas.

Así ha surgido el Derecho Internacional de Desarrollo que son normas encaminadas a superar el subdesarrollo de todos los pueblos.

C. EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA POSGUERRA FRÍA

¿Qué ocurre una vez que termina la Guerra Fría? Que el Derecho Internacional deja de ser un derecho eurocéntrico, nos encontramos con un Derecho Internacional que trata de recoger las aspiraciones de Estados que no tienen los mismos postulados.

Los nuevos estados favorecen a que se creen nuevas normas y que otras se rechacen. Lejos de existir conflicto, contribuyen a la consolidación del Derecho Internacional.

Tras el fin de la Guerra Fría (caída del muro de Berlín, Guerra del Golfo,...) desaparece uno de los factores de heterogeneidad, el factor ideológico político, ¿cómo afecta esto a la universalidad del Derecho Internacional?

Decimos que un fenómeno que puede suponer una amenaza a la universalidad es el REGIONALISMO, y este es un problema latente hoy en día.

Otra amenaza a la universalidad deriva del MULTICULTURALISMO. Hay identidades culturales muy diversas, ¿pueden influir en la aplicación de las normas?

En el ámbito de los Derechos humanos se ha acudido a esta idea de diversidad cultural porque hay países no occidentales que rechazan esas normas porque dicen que responden a postulados occidentales. Estos pueblos (musulmanes, asiáticos,...) dicen que ellos aplicarán estos convenios teniendo en cuenta su identidad cultural. Pero este argumento es un medio para legitimizar acciones o hábitos culturales que atentan contra la dignidad humana.

Otro aspecto que puede incidir en la aplicación universal de las normas es la SECTORIALIZACIÓN. Cada vez son más los ámbitos donde los estados pueden cooperar creando normas comunes. Y esto provoca que el Derecho Internacional haya crecido. Cada vez hay más sectores, surgen así determinados grupos de normas que responden a sectores específicos (derecho del mar, derecho comunitario,...)

Entonces nos planteamos si la aparición de estos sectores pueden llegar a contradecir los principios del Derecho Internacional porque además, no existen órganos que hagan una interpretación del derecho que sea uniforme. Nos encontramos con varios Tribunales Internacionales (el Tribunal Internacional de Justicia, el TEDH,...)

Nos encontramos con una proliferación de Tribunales en ámbitos específicos, ¿qué ocurre si los Tribunales Internacionales interpretan una misma norma de una manera diferente? ¿Con qué interpretación nos quedamos?

Esta amenaza a la universalidad se puede ver agravada por esa multiplicidad de tribunales porque se puede aplicar una misma norma de manera diferente.

Otro factor es el UNILATERALISMO y es la pretensión de uno o varios estados por defender sus intereses en el ámbito internacional aun en contra de las normas internacionales.

Esto se puede hacer también con un organismo regional que defiende sus propios intereses dentro de la Sociedad Internacional porque tiene el poder de su lado.

Cuando un Estado recurre a la fuerza para imponerse a otros, esto es también unilateralismo porque va en contra de las normas de la Sociedad internacional. La OTAN actúa al margen de la ONU y en contra de sus

principios, violan sus normas. Y esto puede suponer una quiebra porque existe una desconfianza por parte del resto de estados.

Esta idea de unilateralismo se pone de manifiesto sobretudo en la actualidad. Antes el poder de las dos grandes potencias se contrarrestaba. Después de la desaparición de la URSS, EE.UU queda como triunfante y trata de imponer sus intereses.

El unilateralismo puede suponer una amenaza a la universalidad del Derecho Internacional y por eso ha de ser criticado.

D. EL IUS COGENS INTERNACIONAL

Estas normas se caracterizan por su hiperactividad porque suponen un límite claro a la voluntad del Estado (es un límite claro al relativismo).

Hay autores que dicen que estas normas no existen.

Una concepción voluntarista nos dice que sólo existen aquellas normas creadas por la voluntad de los Estados. Y esta voluntad es absoluta.

Otros autores dicen que la voluntad es importante, pero que el derecho va más allá, porque el Derecho es ante todo una *necesidad* de los estados. Es una necesidad de la Sociedad Internacional para regular sus relaciones porque se necesitan reglas para solucionar los problemas internacionales.

Pero las normas ius cogens son normas IMPERATIVAS. En la clasificación de las normas decimos que existen normas:

- NORMAS IMPERATIVAS
- NORMAS DISPOSITIVAS

Ambas son obligatorias, pero las dispositivas pueden ser modificadas por la voluntad de los estados. Las normas imperativas no pueden ser modificadas. Tienen que ser aceptadas como son. Y sólo pueden ser modificadas por una norma de su mismo rango.

Las normas ius cogens se han visto afectadas por el *proceso de humanización y de socialización de la Sociedad Internacional*: defender los intereses del individuo, el desarrollo de los pueblos,... Estos son valores colectivos. No responden a los intereses estatales, lo que da una mayor importancia a las normas ius cogens que responden a este tipo de valores.

La existencia de este tipo de normas superiores a la voluntad de los Estados se ha reconocido hace poco, concretamente en el **Convenio de Viena de 1969** sobre el derecho de los Tratados.

Hemos de citar en primer lugar el Art. 53 que nos dice que una norma ius cogens es aceptada y reconocida por la Sociedad Internacional como norma que no admite acuerdo contrario y que sólo puede ser modificada por otra norma que tenga el mismo carácter.

CARACTERÍSTICAS DE UNA NORMA IUS COGENS:

- Se trata de una norma de Derecho Internacional General.
- Atendiendo a su contenido se considera que ese contenido es esencial para la Comunidad Internacional en su conjunto.

- Y en tercer lugar, decimos que estas normas sólo pueden ser modificadas por normas posteriores que tengan su mismo carácter.

¿Qué normas tienen este carácter? No existe una lista de estas normas porque son un concepto evolutivo que de desarrolla en paralelo con el Derecho Internacional y con la Sociedad Internacional. Cuando surgen nuevos intereses, nacen nuevas normas ius cogens.

Nos encontramos con el problema de la *identificación*. Es el TIJ el que reconoce estas normas, aunque no es la única fuente, podemos acudir a determinados textos, como por ejemplo, la propia Carta de la ONU donde se contienen la Declaración de los principios de amistad y cooperación de los Estados. Estos principios podríamos identificarlos como normas ius cogens, también el principio de no intervención,...

¿Para qué nos sirven estas normas? ¿Producen algún efecto? En primer lugar, tenemos que decir, que el *Art. 53 del Convenio de Viena del 1969* dice que las normas ius cogens provocan la nulidad de todos los Tratados Internacionales que sean contrarios a las mismas.

El *Art. 64* nos dice que son nulos también aquellos tratados que sean contrarios a una nueva norma ius cogens que haya surgido.

Pero los efectos no quedan aquí, porque estas normas dan lugar a obligaciones erga omnes, aunque no todas las obligaciones erga omnes derivan de una norma de ius cogens.

Una obligación erga omnes es una obligación de los Estados hacia la Comunidad Internacional. Los Estados también tienen ciertas obligaciones en relación con toda la Comunidad.

Cuando un estado viola una obligación erga omnes, el resto de los estados pueden pedirle cuentas. Por ejemplo, Yugoslavia, tiene al obligación de respetar los Derecho Humanos.

El problema es qué instituciones se van a encargar de su protección, quién vela por estas obligaciones. La ONU es la única institución capacitada para el uso de la fuerza.

El incumplimiento de estas normas ius cogens puede dar lugar a un proceso agravado de CRIMEN INTERNACIONAL, y esto tiene una responsabilidad internacional para el estado.

3.3. FUNCIONES Y PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO.

Dentro de la Sociedad Internacional es necesario plantearse si el Derecho Internacional va a mantener su unidad. Tenemos que añadir que como elementos que dan unidad, es necesaria la existencia de unos principios estructurales que den unidad al Derecho Internacional. Son las normas las que le dan su verdadera identidad al Derecho Internacional.

A esos principios, los denominaremos, PRINCIPIO ESTRUCTURALES o CONSTITUCIONALES porque expresan los valores generalmente aceptados por la Sociedad Internacional a lo largo de su historia.

Estos principios los podemos encontrar en:

- El **Art. 2 de la Carta de la ONU** que nos habla del principio de igualdad soberana, de la prohibición al recurso de la fuerza, de la no intervención en asuntos internos,...
- La **Resolución 2625 (XXV)** donde además de citar los principios estructurales, éstos son definidos en dicha resolución.

– La **Declaración del Milenio** también hace referencia a estos principios estructurales.

Estos principios son también un concepto evolutivo, se desarrollan paralelamente a la Sociedad Internacional.

Estos principios constituyen la esencia del Derecho Internacional.

El resto de las normas deben tener en cuenta estos principios porque constituyen un elemento esencial a la hora de interpretar las normas.

Tienen un ordenamiento superior al resto de las normas jurídicas. Todos los Estados tienen que respetar estos principios.

La afirmación de estos principios también constituye un límite al relativismo del Estado porque su voluntad no puede alterar estos principios.

TEMA 4: CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

El Derecho Internacional Público es también conocido como *ius gentium* o Derecho de las Gentes.

Y decimos que es Público para diferenciarlo del Derecho Internacional Privado, el Público regula las relaciones entre las entidades públicas.

• CONCEPCIONES MATERIAL Y FORMAL DEL DERECHO INTERNACIONAL

Primero tenemos que establecer cómo vamos a determinar que estamos ante una norma de Derecho Internacional, y por lo tanto estamos atendiendo a la perspectiva TÉCNICO–JURÍDICA.

Para elaborar este concepto usamos 3 criterios: SUBJETIVO, MATERIAL Y FORMAL.

El criterio SUBJETIVO atiende a los destinatarios de las normas Internacionales. Y nos dice que son normas de Derecho Internacional aquellas que regulan las relaciones entre los sujetos (Estados).

El criterio MATERIAL se refiere al contenido de la norma. Una norma es Derecho Internacional cuando su contenido es sobre cuestiones internacionales.

El criterio FORMAL se refiere a los modos de elaborar las normas. Una norma es de Derecho Internacional cuando sigue los procedimientos propios del Derecho Internacional.

Vamos a prescindir del criterio subjetivo porque lo podemos incluir en los otros dos; al hablar de relaciones entre Estados ya estamos haciendo referencia a cuestiones de carácter internacional. Y con el criterio formal también se alude a los destinatarios de las normas.

Sólo vamos a hablar de las concepciones material y formal. ¿Nos sirven para definir el Derecho Internacional? ¿Cuál de las dos es más idónea?

El criterio material nos dice que el Derecho Internacional es el ordenamiento jurídico que regula las relaciones internacionales, en contraposición a las relaciones internas que serían reguladas por los Derechos internos. Resulta difícil definir exactamente cuáles son las materias internas y cuáles son las materias internacionales. Y por lo tanto esta concepción material nos plantea problemas.

Con el criterio material, el *Profesor Pastor Ridruejo* ha definido el Derecho Internacional como el conjunto de normas positivadas por los poderes peculiares de la Comunidad Internacional.

Esta definición quiere decir que el Derecho Internacional es un conjunto de normas elaboradas siguiendo los procedimientos propios del Derecho Internacional. Podemos decir que esta definición es tautológica.

El criterio formal nos dice que a través del modo de elaboración podemos identificar las normas internacionales que se diferencian de los modos internos.

Quienes defienden esta postura diferencian entre los modos internos (participa un solo Estado) frente a los modos de elaboración internacionales (donde intervienen un conjunto de voluntades estatales).

Sin embargo, esta explicación que es de carácter interestatal, nos impide explicar otras relaciones, otras entidades que no son los estados pero que colaboran en la elaboración de normas internacionales.

Este criterio también nos plantea también problemas.

- INTEGRACIÓN DE FACTORES CONCEPTUALES

Estos 2 criterios por sí solos no son capaces de abarcar lo que es todo el Derecho Internacional. De manera que siguiendo al *Profesor Pérez González* nos dice que para entender todo el conjunto de Derecho Internacional hay que hacer una integración de estos conceptos, no podemos utilizarlos por separado.

Y así, tendremos una concepción de Derecho Internacional que abarque las materias que regulan las normas, los destinatarios y sus modos de elaboración

El profesor Pérez González tiene una concepción tridimensional: la TÉCNICO–JURÍDICA que integraría los 3 conceptos: subjetivo, material, formal.

Además, dice que a la hora de elaborar las normas hay que tener en cuenta la realidad SOCIO–HISTÓRICA.

Y en tercer lugar, existe una 3ª dimensión AXIOLÓGICA que parte de la necesidad de elaborar las normas entorno a un sistema o escala de valores.

El profesor nos define el Derecho Internacional como: el conjunto de reglas e instituciones (normas) que en función de la idea de Justicia (*elemento axiológico valorativo*) y respeto de aquellas materias de relevante interés para esa sociedad (*realidad socio–histórica*) que regulen la conducta para los estados y otros entes sociales con poder de autodeterminación en sus relaciones mutuas o directamente incluso en actividades individuales o grupales (*concepción material*) según procedimientos supranacionales (*concepción formal*).

II. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES

En este bloque, vamos a estudiar las normas internacionales, hasta ahora estudiamos la estructura, las ideas fundamentales. Ahora nos vamos a centrar en cómo se elaboran las normas internacionales.

TEMA 5: LA CREACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

INTERNACIONALES

En Derecho, cuando hablamos de los procesos de elaboración de Normas, estamos hablando de FUENTES. Y se establece dentro de las fuentes una distinción entre:

- FUENTES MATERIALES
- FUENTES FORMALES

Las FUENTES MATERIALES son los factores sociales que influyen en la creación de normas. Un ejemplo de fuente material es el conjunto de factores que influyen en el gobierno por ejemplo para elaborar una ley anticorrupción.

La FUENTE FORMAL sería el procedimiento de elaboración de una norma.

Nosotros en Derecho Internacional vamos a estudiar el procedimiento formal: vamos a hablar de normas internacionales (que son fuentes de obligación) y obligaciones (pero no todas las obligaciones derivan de normas). Los estados pueden asumir obligaciones pero no como consecuencia de una norma.

5.1. EL "PROCESO DE FORMACIÓN" DE LAS NORMAS INTERNACIONALES. CONSENTIMIENTO DEL ESTADO Y CONSENSO DE LOS ESTADOS EN LA FORMACIÓN DE LAS NORMAS.

El **Art. 38.1 del Estatuto del TIJ** nos dice que son fuentes de Derecho Internacional:

- Los TRATADOS INTERNACIONALES, sean generales o particulares.
- La COSTUMBRE INTERNACIONAL como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.
- Los PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO reconocidos por las naciones.

Y con carácter complementario, también lo son:

- La JURISPRUDENCIA, que son las sentencias del Tribunal Internacional
- La DOCTRINA, son los trabajos y opiniones de los juristas.

Éstas últimas no son fuentes en el sentido estricto, son medios auxiliares.

Pero este Estatuto no es completo, además hemos de tener en cuenta otras fuentes como los actos de las Organizaciones Internacionales, que son los actos adoptados por las Organizaciones Internacionales y tienen carácter obligatorio. Debemos decir que este modo de hacer normas se ha incorporado con posterioridad, cuando se multiplican estas organizaciones.

Y además debemos tener en cuenta los actos o declaraciones unilaterales de los estados. Los estados no son fuente de normas, sino fuente de obligaciones, y sólo crea obligaciones a las que se compromete en el acto.

Todos, menos los actos o declaraciones unilaterales de los estados, que son fuente de obligación, son fuente de normas.

Dentro de los ya citados Principios Generales del Derecho, debemos incluir los Principios Estructurales, que son menos. ¿Cómo sabemos cuáles son los Principios estructurales? Para ellos usamos la JURISPRUDENCIA y la DOCTRINA.

De lo dicho hasta ahora podemos deducir que hay distintos procesos de elaboración de normas. A la hora de analizarlos, hay que partir de una idea: en el Derecho Internacional, las normas no surgen en el vacío, no surgen al margen de un contexto social ni de una única voluntad política.

Los cambios en el Derecho interno de un estado son mucho más rápidos que en el Derecho Internacional, en este último no existe un único legislador, por eso se crea de una manera más lenta porque hay que conseguir aunar varias voluntades políticas.

Además, para que se produzca la concordancia de voluntades políticas tiene que haber una serie de intereses compartidos que les lleve a la creación de la norma. Antes de crear la norma tiene que haber una necesidad social.

En general, nos encontramos en Derecho Internacional tres grandes procedimientos para elaborar normas: los Tratados Internacionales, la Costumbre Internacional y los Principios Generales del derecho. Y nos encontramos un procedimiento para crear obligaciones: los actos o declaraciones unilaterales de los estados.

Además, debemos tener en cuenta algo muy importante a la hora de crear las normas: el *consentimiento* de los estados

LA COSTUMBRE

Empezamos con la COSTUMBRE, también denominada *Derecho espontáneo* porque es un derecho que surge directamente del comportamiento de los Estados. Es un derecho no escrito y al margen de esto, se requiere una convención jurídica de que es está actuando en torno a una obligación jurídica.

Podemos definir la costumbre internacional como el comportamiento reiterado de los estados siguiendo una obligación jurídica.

Este procedimiento exige un período de tiempo en el que los estados se tienen que comportar de una determinada manera. Tiene que existir un convencimiento inicial de que se está actuando conforme al derecho. Esto es lo que llamamos, la práctica de los estados. Esta práctica, es la expresión del consentimiento de los estados hacia esa norma jurídica que están creando. La norma va surgiendo a medida que más estados participan en la práctica generalizándose a todos los estados. La práctica es la expresión del consentimiento de los estados.

Una norma consuetudinaria se crea por la acumulación de consentimiento de los estados.

Llega un momento en que se crea la costumbre. Y en ese momento, que tenemos una convicción jurídica y una práctica generalizada de los estados; a partir de entonces, el consentimiento individual de los estados se convierte en consenso. La costumbre se cristaliza porque un consenso entre los estados.

A partir de que se ha creado la costumbre participan todos los estados aunque no hayan participado en su creación. Esto no ocurre con el resto de las normas.

LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Las normas convencionales son las que se contienen en los Tratados Internacionales. Nos encontramos con un derecho escrito.

A la hora de su creación juega un papel esencial el *consenso común* de los estados. Por ejemplo, cuando los estados se reúnen en una Conferencia y deciden la aprobación de un Tratado Internacional. La norma surge por la aceptación común de los estados que forman parte de esa conferencia.

Este procedimiento es más rápido que la costumbre. Además es un proceso formalizado, sigue una serie de fases, no es consecuencia de la práctica común como la costumbre.

Además sabemos cuando estas normas se convierten en norma jurídica. En el caso del Tratado Internacional, se convierte en norma cuando entra en vigor. Esto culmina cuando los estados aceptan los contenidos del Tratado.

En la creación tiene un papel esencial el consenso, pero después, el estado individualmente tiene que aceptar las posiciones contenidas en el Tratado

En el caso de las Organizaciones Internacionales, nos encontramos con normas jurídicas que no tienen un alcance general como la costumbre. Sólo afectan a los estados que forman parte de dicha organización, y por tanto, crean obligaciones únicamente para los estados que forman parte de la organización.

El procedimiento para la elaboración de las normas ya está establecido: basta el consentimiento de aquellos estados que forman parte de los órganos con capacidad para dictar normas obligatorias.

La norma se aprueba cuando es aprobada por los estados que forman parte de la organización. Una vez aprobado, el acto pasa a ser adoptado por la Organización Internacional y obliga a toda la organización.

La organización asume el acto como propio (nosotros decimos es un acto de la ONU o del Consejo de Seguridad y no de un solo estado).

LOS ACTOS UNILATERALES

Además hay que decir que existe un procedimiento para la elaboración de obligaciones: los actos unilaterales. Se necesita el consentimiento individual del estado: el estado se compromete a hacer algo o a no hacerlo. Y esto basta para crear la obligación internacional.

Hemos de decir que uno de los rasgos característicos de este procedimiento es la FLEXIBILIDAD, no es rígido. El principio esencial que rige es el principio de buena fe, hay que tener en cuenta el consentimiento individual y el consentimiento común a la hora de elaborar normas.

5.2. LA ESTRUCTURA NORMATIVA DEL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL: a) La gradación normativa; b) La plenitud normativa

Ordenamiento Jurídico quiere decir que nos encontramos ante un principio ordenado de normas y principios que se encuentran estructurados.

Debemos tener en cuenta 2 cuestiones a la hora de estudiar el ordenamiento jurídico:

- Nos enfrentamos al problema de la *jerarquía*, de la graduación normativa.

2. ¿Hay lagunas en el Derecho Internacional? ¿Existen cuestiones que no han sido reguladas? La Plenitud Normativa

a) La gradación normativa:

¿Existe una jerarquía de normas en el Derecho Internacional? El **Art. 38 del TIJ** nos enumera las fuentes en el siguiente orden: los Tratados Internacionales, la Costumbre, los Principios Generales del derecho,... ¿Es una enumeración jerárquica? Hoy podemos decir que no implica una jerarquía de fuentes, todas tienen el mismo rango jerárquico.

La jerarquía es imprescindible para ver que ocurre cuando hay 2 normas contradictorias. Si en el Derecho Internacional no existe jerarquía ¿cómo solucionamos este problema? Existe una excepción: las normas IUS COGENS que no pueden ser derogadas, sólo por otra de igual carácter. Y convierten en nulo cualquier Tratado Internacional contrario a las mismas.

¿Qué ocurre cuando entran en contradicción un Tratado y una Costumbre?

a) La norma posterior deroga la norma anterior del mismo rango. Los Tratados sólo se aplican a los estados obligados, si el Tratado ha sido ratificado por todos los estados, el Tratado Internacional posterior sólo derogará la costumbre en los estados miembros de ese tratado.

b) La norma especial prima sobre la general. Si nos encontramos un conflicto armado, aplicamos la norma especial. Esto no quiere decir que deroga a la norma general, pero se aplica preferentemente.

c) Los Principios Generales sirven al juez para interpretar los Tratados Internacionales y la Costumbre. Algunos principios tienen la consideración de principios estructurales.

b) La plenitud normativa:

Con plenitud normativa queremos decir que el Derecho es incapaz de prever una solución para cada cuestión que se plantea, no hay una norma específica.

Uno de los problemas que se plantean en todo Derecho es si puede darse una situación en la que no haya una norma aplicable para solucionar esa situación. Es lo que se ha venido a llamar: "*lagunas del Derecho Internacional*". Se parte de la concepción teórica de que todo ordenamiento jurídico es pleno si tiene normas para resolver todo tipo de situaciones.

Se nos presenta desde diversas ópticas:

– podemos hablar de la existencia de lagunas cuando consideramos que debe existir una determinada norma que regule una determinada situación, pero no existe esa norma

– también podemos hablar de lagunas cuando no existe una norma concreta para regular un determinado problema jurídico.

Al que se le plantea el problema de las lagunas es al juez. El reconocimiento de que el ordenamiento jurídico es pleno es el reconocimiento de que hay solución para todas aquellas situaciones que se plantean.

NON LIQUET, un juez no encuentra una solución cuando no existe una norma aplicable. En tal caso, el Derecho Internacional ofrece una amplia variedad de mecanismos que le permiten solucionar el problema. De ahí, la importancia de los **Principios Generales del Derecho**, el juez puede plantear una solución de acuerdo con esos principios generales.

Ej: Opinión consultiva del TIJ sobre la legalidad del caso de las armas nucleares. Si constituye una amenaza o violación del Derecho Internacional los jueces parten del hecho de que no existe ninguna norma específica que regule esa situación. Pero los jueces intentan dar una respuesta consultando las normas que regulan los conflictos armados en concreto.

En principio, en el derecho se podría pensar que las armas nucleares son contrarias al Derecho General Humanitario, pero el TIJ no se pronuncia ofreciendo una respuesta basada en si es lícito o ilícito su uso o su amenaza. No puede censurar la utilización del armamento nuclear cuando sea por legítima defensa.

La existencia de *non liquet* en este caso, beneficia a la propia soberanía estatal. Los Estados tienen libertad de actuación, no tienen restricciones.

5.3. LA CODIFICACIÓN Y EL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO

INTERNACIONAL

La **codificación** es una idea propia de finales del s. XVIII, principios del XIX. Proviene del racionalismo francés. Deriva de la necesidad de seguridad y certeza jurídica. En esta época nació la necesidad de plasmar todas las normas por escrito. La elaboración de códigos es fruto del proceso de codificación.

Además de plasmar las normas en un texto se deben ordenar, sistematizar y organizar las mismas afín de darles un mayor alcance y hacerlas más comprensibles.

Este fenómeno se dio en los Derechos Internos de los estados, a lo largo del s. XIX, esta corriente también se vio reflejada en el Derecho Internacional.

En el Derecho Internacional la codificación se hace a través de los TRATADOS INTERNACIONALES. Esto acarrea consecuencias:

Así como en el Derecho interno de un determinado país los códigos sustituyen a las costumbres (como la ley se aplica a todas las personas a las que antes se les aplicaba la costumbre, la ley prevalece), en el Derecho Internacional la costumbre no desaparece puesto que hay estados que no codifican los tratados y seguirán utilizando la costumbre.

Podemos decir que la diversidad de intereses de los estados dificulta la codificación, es más fácil interpretar un derecho que no esté escrito.

Otro problema añadido sería la inexistencia de un único legislador encargado de codificar. Debemos poner de acuerdo a los estados para que éstos decidan la codificación de un Tratado.

El Derecho internacional humanitario ha sido objeto de una grande codificación. Después progresivamente, a lo largo del tiempo, se han ido codificando otros ámbitos del Derecho internacional.

Tenemos que hablar del papel esencial en la codificación que ha jugado las Naciones Unidas y, en concreto, la Asamblea General. Una de las funciones de esta Asamblea sería la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional.

Por **desarrollo progresivo** entendemos la elaboración de proyectos de Convenio en materias que se consideran poco reguladas. Por lo tanto, implica la creación de nuevas normas; por el contrario, la codificación en principio no implica la elaboración de más normas.

TEMA 6: LA NORMA CONVENCIONAL (I)

6.1. FUNCIÓN DE LAS NORMAS CONVENCIONALES EN EL

ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

Son normas contenidas en Tratados Internacionales las llamadas normas convencionales. Frente a éstas están las llamadas normas consuetudinarias que son las contenidas en la costumbre. Tenemos que señalar que no todos los Tratados Internacionales crean normas, también pueden crear obligaciones para los estados con relación a uno/s estado/os.

– Una de las funciones de los Tratados Internacionales es la limitación de la soberanía del Estado. El Derecho Internacional faculta a los estados para modificar el ejercicio de la soberanía a través de un Tratado Internacional

Ej: los Tratados de la Unión Europea. Los estados están limitando el ejercicio de su soberanía, esto es posible porque la mayor parte de las normas del Derecho Internacional son dispositivas.

– Otra de las funciones es la de servir de cauce para promover la colaboración pacífica entre los Estados. La celebración pacífica de Tratados puede servir para la satisfacción de intereses comunes (ej: la creación de la Corte Internacional).

Podemos hablar también de los Convenios en materia de Medio ambiente, tratan de satisfacer las necesidades de cooperación de los estados. El propio Derecho del mar se sitúa en ese ámbito.

Dentro de esta función es preferible el Convenio a la Costumbre ya que la Costumbre es una norma antigua, poco clara. Es necesario normas claras y precisas.

6.2. EL DERECHO DE LOS TRATADOS

Los Tratados Internacionales han jugado un papel esencial en la elaboración de Derecho Internacional. Como consecuencia de su importancia en las relaciones internacionales han ido surgiendo de manera progresiva diversas normas dirigidas a regular la celebración de los Tratados Internacionales. Es lo que denominamos el *derecho de los Tratados* que en un primer momento tenían un carácter consuetudinario pasando posteriormente a ser objeto de la codificación por parte de la Comisión del Derecho Internacional.

Fruto de esta labor de codificación se adoptó en un primer momento la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados internacionales de 1969* que regula los Tratados Internacionales celebrados entre estados.

Más adelante se adoptó la *Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales entre sí*. Este segundo Convenio aun no ha entrado en vigor.

Para todos aquellos Tratados que no entren en estas categorías lo que rige es el Derecho consuetudinario. También existe una regulación interna de los estados sobre los Tratados y su celebración.

En España destaca el **Decreto 801/1972** sobre la actividad de la Administración del estado en materia de Tratados Internacionales. Este decreto ha sido modificado generalmente por la Constitución que recoge básicamente en materia de Tratados Internacionales toda una serie de disposiciones dirigidas a regular la celebración de Tratados internacionales.

¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS BÁSICOS QUE DIRIGEN EL DERECHO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES?

1º) PACTA SUNT SERVANDA: Principio que se encuentra recogido en el **Art. 26** de la *Convención de Viena*: "Todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe". Los estados no podrán alegar normas de su derecho interno para la justificación del incumplimiento de un Tratado Internacional.

2º) REBUS SIC STANTIBUS: "Un cambio de circunstancias puede dar lugar a la finalización de un Tratado internacional." Principio recogido en el **Art. 6.2** del *Convenio de Viena de 1969*.

3º) EX CONSENSU ADVENIT VINCULUM: "El consentimiento del Estado es la base de la obligatoriedad de las normas internacionales."

4º) PACTA TERTIIS NOLENT NEC PROSUNT: **Art. 34** del *Convenio de Viena*: "Un Tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento."

6.3. CONCEPTO Y ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TRATADO

INTERNACIONAL

Definición: "Un Tratado internacional es un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos del Derecho internacional que está destinado a producir efectos jurídicos regulados por el Derecho Internacional"

En esta primera aproximación al concepto de Tratado internacional no hemos hecho referencia ni a la forma del Tratado ni a cuales son esos sujetos

En concreto, esta primera aproximación nos va a llevar al concepto del TI contenido en el *Convenio de Viena de 1969* en su **art. 2:**

" Un TI es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados..."

Esta definición no es de extrañar si pensamos que el Convenio de Viena de 1969 regula los Tratados internacionales entre estados, y por lo tanto, estamos ante un tipo determinado de Tratado internacional.

Si quisiéramos definir de forma más concreta lo que es un Tratado internacional tendremos que referirnos a la siguiente conceptualización:

Definición: " Un TI es un acuerdo celebrado por escrito, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera que sea su denominación particular entre estados u otros sujetos de Derecho internacional destinado a producir efectos jurídicos y regido por las normas de Derecho internacional"

Esta definición nos permite identificar los elementos constitutivos:

acuerdo celebrado por escrito:

Esta idea que indica que es una manifestación del consentimiento de 2 o más sujetos del Derecho Internacional. Y por lo tanto tiene que concurrir la voluntad de por lo menos 2 o más participantes.

Como sabemos el TI es una fuente de es una fuente de obligaciones, en este sentido, diferenciamos el TI del acto unilateral (las obligaciones derivan de la voluntad de un único estado). El consentimiento del estado se expresa a lo largo de la elaboración del TI.

Al finalizar el proceso de negociación tenemos un texto escrito que será el reflejo del acuerdo, o lo que es lo mismo, será la expresión del consenso entre los estados que han participado en su elaboración. El hecho de que el TI se refleje por escrito es porque es la práctica más habitual, pero nada impide que un TI no sea escrito.

acuerdo que consta en un único instrumento o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular:

Normalmente el texto del TI sobre el cual los estados van a manifestar su consentimiento se va a recoger en un documento donde quede reflejado su contenido. Pero hay supuestos donde el compromiso de los estados se manifiesta a través del envío de notas diplomáticas.

Por lo tanto, el texto va a quedar reflejado en varios documentos que van a ser conexos, van a estar relacionados el uno con el otro.

Este es el supuesto "*canje de notas*" que se utiliza en Tratados bilaterales. Al finalizar el proceso de elaboración del texto del tratado quedará reflejado en un documento pero el consentimiento de los estados

parte aparece en las notas diplomáticas.

Por otro lado, nos referimos a la *denominación*. Hablamos normalmente de Tratados internacionales pero también podemos encontrar otras acepciones como: *Convenio, pacto, protocolo, convención, acuerdo marco*,... Cualquiera que sea su denominación su naturaleza es exactamente la misma: la de un Tratado internacional fuente de obligaciones.

acuerdo celebrado entre estados u otros sujetos del Derecho internacional:

Los *Estados* son los sujetos que tradicionalmente han tenido la capacidad de celebrar tratados.

Pero actualmente, a ellos hay que sumar las *Organizaciones Internacionales*.

Los *Beligerantes* también tienen capacidad para celebrar ciertos tratados al igual que los llamados *Movimientos de Liberación Nacional*, aunque estos últimos de manera más residual.

Los *Individuos* o las *Empresas* también celebran acuerdos con el estado pero la cuestión es si constituyen auténticos Tratados internacionales. En este punto hay que decir que NO. Estos acuerdos no se rigen por el Derecho interno sino por el Derecho interno de un determinado estado.

Por otro lado, podemos afirmar también que las *Entidades subestatales* (las CC.AA, las Regiones, los Estados federados,... no tienen capacidad para celebrar Tratados Internacionales, con carácter general estas entidades no tienen competencia).

Esta cuestión se planteó en España, donde el TC se pronunció a favor del Estado. El TC afirma que la celebración del un TI es una competencia exclusiva del Estado. Al negarles esta naturaleza, podemos pensar que son acuerdos entre un estado y una entidad subestatal sin considerar estos acuerdos como un TI, ya que esto conllevaría a que pudiera obligar al Estado en su conjunto y no sólo a la CC.AA, **art. 149.1.3**.

acuerdo destinado a producir obligaciones entre los estados:

Los TI tienen siempre un contenido obligatorio. Un estado se compromete en relación a uno u otro estado a realizar alguna cuestión. De ahí que no son TI los acuerdos políticos, las declaraciones internacionales, los acuerdos de caballeros,... porque todos estos documentos entrarían en los compromisos políticos no jurídicos, no son exigibles siguiendo las reglas del Derecho internacional.

Ej: El acta final de Helsinki no genera obligaciones jurídicas para los estados, constituye sólo un compromiso político.

Ej: Las cumbres iberoamericanas son simples compromisos políticos, no es exigible jurídicamente.

Cuando hablamos de obligaciones queremos decir que el incumplimiento del texto de un TI conlleva *responsabilidad internacional*.

acuerdo que se rige por las normas internacionales:

Queremos decir que no son TI aquellos acuerdos entre estados que rigen por el Derecho interno.

Ej: La venta de armamento o los acuerdos sobre operaciones financieras.

6.4. CLASIFICACIÓN DE LOS TRATADOS

Se pueden clasificar siguiendo diversos criterios: por el número de Estados que participan en él, por la materia, por la naturaleza de los sujetos,... Sin embargo, de entre estos criterios se puede hablar de dos que tienen una mayor relevancia:

- TRATADOS BILATERALES
- TRATADOS MULTILATERALES

Los TRATADOS BILATERALES son los celebrados entre dos sujetos de Derecho internacional.

Los TRATADOS MULTILATERALES son en los que participan más de dos sujetos de Derecho internacional.

Esta clasificación nos interesa porque los Tratados multilaterales son un instrumento idóneo para la elaboración de normas jurídicas; mientras que los Tratados bilaterales son un instrumento idóneo para que los estados contraigan obligaciones.

Además en esta clasificación encontramos una subdivisión más. Dentro de los Tratados multilaterales podemos hablar de TRATADOS GENERALES que tienen una vocación universal y pretenden ser aplicados a todos los estados (ej: la convención sobre la protección de los derechos del niño).

Frente a estos estarían los TRATADOS RESTRINGIDOS que sólo aspiran abarcar un número restringido de estados.

Los Tratados multilaterales generales permiten una mayor democratización en la elaboración de normas puesto que participan más estados. Así mismo, es el instrumento idóneo para llevar a cabo la codificación del Derecho internacional. Además permiten cumplir el objetivo de servir a la cooperación internacional en diversas materias.

Una siguiente clasificación sería la que distingue entre:

- TRATADOS NORMATIVOS a través de los cuales se crean normas jurídicas.
- TRATADOS CONTRATOS a través de los cuales los estados contraen obligaciones. Ej: cuando se delimita una frontera.

TEMA 7: LA NORMA CONVENCIONAL (II)

- EL PROCESO DE CELEBRACIÓN DE LOS TRATADOS

INTERNACIONALES. DERECHO ESPAÑOL.

Estamos hablando del conjunto de actos a través de los cuales se elabora un Tratado internacional. El proceso está regulado en 2 niveles:

- *En el plano internacional:* Regulado por las normas del Derecho internacional.
- *En el plano interno de los Estados:* Actos que se desarrollen dentro del estado regulados por el Derecho interno de los estados.

La celebración de un Tratado a diferencia de lo que ocurre con las normas consuetudinarias consta de un procedimiento formalizado integrado por varias fases, y dentro de esas fases encontramos una serie de actos.

En una primera fase, los representantes estatales se reúnen y negocian entre sí determinando cuál es el texto. Una vez que se ya se ha determinado el texto del Tratado encontraríamos una segunda fase. Sería la fase del consentimiento de los estados. En este procedimiento rige también el *Principio de Buena Fe*, aunque en la práctica dista mucho de la realidad.

a)Negociación

FASE INICIAL: b)Adopción del texto;

c)Autenticación del texto

- Negociación:

La fase inicial se abre con la negociación que consisten en la participación en la elaboración del texto del Tratado. Puede ser realizada por dos representantes estatales (relaciones bilaterales), la negociación se puede realizar en una Conferencia donde se reúnen todos los participantes, o también se puede realizar en el seno del órgano de una Organización internacional (por ejemplo la Asamblea General de la ONU).

La negociación implica determinar el texto del Tratado. Antes de la negociación podemos encontrarnos con un proyecto de Tratado.

Debemos determinar cuáles son los órganos competentes para dirigir y determinar la negociación. Esta facultad corresponde al poder ejecutivo aunque de un modo genérico se suele atribuir esta facultad al jefe el Estado.

En la práctica es el Gobierno, y más en concreto, el Ministerio de Asuntos Exteriores los órganos con capacidad de autorizar la elaboración de un Tratado internacional.

La *ley del Gobierno 50/1997* dice que corresponde al Consejo de Ministros autorizar la negociación del TI. Y corresponde al Ministro de Asuntos Exteriores solicitar dicha autorización.

Una vez autorizada, corresponde al Ministro de Asuntos Exteriores la elaboración de Tratados aunque en función de la materia pueden intervenir otros ministerios (**art. 5.1. d**)

Otra cuestión que se nos plantea es la de la *representación* del Estado, pues el Estado necesita personas físicas que le representen y que tengan capacidad para negociar el TI.

En un artículo del *Convenio de Viena* se introducen 2 criterios para aclarar estas cuestiones:

1) La **representación EXPRESA**: sólo son representantes del Estado aquellas personas que han sido expresamente habilitadas para negociar el TI.

El convenio exige que esas personas posean *plenos poderes*, es un documento en que se acredite a esa persona como representante del Estado, y eso va a obligar al Estado en cuestión.

Esta cuestión se define en el **art. 2.c)** del *Convenio de Viena*. Si una persona no posee plenos poderes o va más allá de lo establecido en los plenos poderes, sus actos son nulos, no tienen efectos jurídicos para el Estado.

Sin embargo, el propio Convenio en el **art. 8** dice que cuando ocurra esto, nos dice que el acto es nulo salvo confirmación expresa del Estado.

En el caso de *España* se exige el mismo criterio: los Plenos Poderes. El **art. 4 del Decreto 801/1972** nos dice que las personas deben tener una plenipotencia que los acredite como representantes del Estado. Por lo tanto se exige *representación expresa*. Es en el Ministerio de Asuntos Exteriores donde se elige al representante, y éste le otorga los plenos poderes.

2) El *Convenio de Viena* también aporta un criterio subsidiario: es un criterio de ***representación TÁCITA***. El **art. 7** nos dice que los Estados pueden elegir a ciertas personas como sus representantes sin plenos poderes, sin que exista acreditación.

Al margen de esto, nos encontramos con que existen determinados supuestos, donde la representación se presume en varias personas que representan al Estado. Son personas que por sí mismas ya representan al Estado y tienen capacidad para obligarlo sin que existan plenos poderes (Jefes de Misión Diplomática, Representantes del Estado en una Conferencia Internacional, el Presidente del Gobierno,...)

Resueltas estas cuestiones (antes de la negociación) que podrían implicar que el TI sea nulo, nos preguntamos:

¿Cómo se desarrolla la *negociación* del TI? Hacemos distinciones:

– Cuando nos encontramos ante un TRATADO BILATERAL, la negociación

consiste en el *entendimiento directo* entre los representantes. La negociación suele ser secreta, no dan publicidad a los actos de la negociación.

– Si la negociación es en una CONFERENCIA INTERNACIONAL el proceso posee un carácter público.

• La adopción del texto:

La adopción del texto es consecuencia de la negociación entre los Estados. La *adopción del texto* es el acto a través del cual, los Estados participantes en la elaboración de un TI expresan su acuerdo sobre el texto de dicho Tratado. Aceptan el texto.

– A la hora de la adopción, en primer lugar, rige la *regla de la UNANIMIDAD*, cuando son TRATADOS BILATERALES o MULTILATERALES.

– Cuando nos encontramos ante TRATADOS MULTILATERALES GENERALES, que tienen vocación de universalidad, su proceso de elaboración tiende a esa unanimidad, por ello suelen ser celebrados o bien en una Conferencia Internacional o bien en el seno de una Organización Internacional.

En este caso no va a regir la unanimidad, sino la *regla de la MAYORÍA* porque sería casi imposible poner de acuerdo a todos los estados.

La adopción no implica que el Estado esté obligado, el Estado de momento solamente acepta el texto.

• La autenticación del texto:

La *autenticación del texto* es el acto a través del cual, los Estados que han negociado el TI certifican que ese texto es auténtico y correcto, y lo establecen de la forma definitiva.

A partir de la autenticación, el texto del Tratado, ya no se puede modificar. Esta frase es importante desde un punto de vista puramente lingüístico; el TI se redacta en varios idiomas. La ONU reconoce 5 idiomas oficiales. El TI debe contener versiones iguales en las diferentes lenguas. Suele haber Comités de Redacción para evitar estos problemas, para que no existan malas interpretaciones.

A partir de aquí, sólo se puede modificar el texto modificando el Tratado. Y es sobre este texto, sobre el que el Estado va a manifestar su consentimiento.

Esta cuestión de la autenticación está regulada en el **art.10 del Convenio de Viena de 1969**, donde se nos dice cual es el procedimiento para proceder a la autenticación:

- El primer procedimiento es el que acuerden los Estados, y si los Estados no han decidido el procedimiento, hay un procedimiento subsidiario en el **art. 10**: la *firma ad referendum* o la *rúbrica*. El representante del Estado firma pero está sujeto al refrendo del Estado, espera la confirmación posterior.
- Cuando nos encontramos ante la aprobación de un texto internacional en el seno de una ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL para autenticar un Tratado no referiremos primero a la firma del Presidente de la Asamblea o bien incorporando el texto como anexo a una resolución del órgano de la OI donde se ha negociado el TI.
- En el caso de un TRATADO BILATERAL la autenticación es a través de la firma.

En España para proceder a la firma de un TI se necesita la autorización del *Consejo de Ministros*.

Es al *Gobierno* a quien le corresponde dirigir la política exterior y por eso tiene competencias en la elaboración de los TI pero la CE también establece que el *Rey* ostenta la representación en las RR.II.

Estas facultades en todo caso están sometidas a refrendo del Gobierno, que es a quien corresponde tales competencias.

España es un estado es estructuras complejas, el Poder Político, está descentralizado. Entonces se nos plantea una cuestión:

¿Participan las CC.AA en esta primera fase de celebración?

Decimos que la CE en el **art. 149.1** dice que es competencia exclusiva del Estado las RR.II. Esto a priori nos aclara la situación. Sin embargo nos encontramos que en determinados Estatutos de Autonomía se establecen una serie de cláusulas que hacen referencia a la celebración de TI.

Estas cláusulas se dividen en 2 tipos:

- **Cláusulas de información**; en el **art. 149.1 del Estatuto de Autonomía Vasco** dice que el País Vasco será informado de la celebración de los TI en materias que le afecten. También en el **art. 27.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña**.
- **Cláusulas de solicitud de negociación de TI**. Aquí podemos citar el **art. 35.3 del Estatuto de Autonomía de Galicia**: Galicia puede solicitar al estado central que inicie la negociación de un TI con otro estado sobre materias de interés para las CC.AA.

Pero ninguna de estas cláusulas implica que las CC.AA participen en la negociación de los TI, es competencia exclusiva del Estado. Estas cláusulas además dependen del Gobierno.

En cualquier caso, las CC.AA han comenzado a tener una actividad exterior con entidades de otros estados. ¿Las Comunidades Autónomas al hacer esto están vulnerando el art. 149.1 de la CE?

El Tribunal Constitucional establece 2 sentencias:

- STC 137/1989
- STC 165/1994

La STC 137/1989 contiene una concepción muy amplia del término RR.II. Termina afirmando que le corresponde al Estado la elaboración de los TI.

La STC 165/1994 contiene una concepción más restringida, y entiende las RR.II como las relaciones de España con otros estados o con las OI afirmando que siempre existe un núcleo duro de competencias del Estado. Sólo el Estado tiene la facultad de celebrar TI. Los tipos de actos de las CC.AA no tienen una naturaleza convencional estrictamente, no tienen facultad de obligar al Estado aunque la CC.AA se comprometa.

Los actos como la **Cooperación Transfronteriza** que es la cooperación entre 2 estados fronterizos tienen la posibilidad de que el Estado a través de su propia legislación o a través de un TI habilite a las CC.AA a que celebren acuerdos con otros Estados o Entidades territoriales de otros Estados.

En este ámbito citaremos el *Convenio marco europeo sobre Cooperación Transfronteriza entre Comunidades o Autoridades territoriales de 1980*. Un ejemplo son las relaciones de Galicia y Portugal para gestionar intereses comunes.

Y ésta es la limitada capacidad de las CC.AA.

Las Cortes Generales también participan en el proceso de elaboración en la medida que tienen la *capacidad de controlar* la actividad del gobierno.

Nos quedan 2 aspectos:

- La importancia del Referéndum.
- La Iniciativa popular

Sobre el Referéndum sí es posible un referéndum consultivo sobre materias de especial transcendencia.

No cabe Iniciativa legislativa popular en cuestiones Internacionales.

- Manifestación del consentimiento en obligarse por

FASE FINAL: obligarse por un Tratado.

b) La autorización parlamentaria y calificación del TI

en el Derecho español.

a) Manifestación del consentimiento en obligarse por un Tratado:

Es necesario que el estado manifieste su consentimiento, el TI por ahora no obliga a nadie.

Tradicionalmente, la manifestación del consentimiento se realiza a través de la **ratificación**. Sólo una vez que se produce la ratificación, el TI obliga al Estado. Esta fase se desarrolla en el interior de los Estados. Este consentimiento tiene que estar de acuerdo con las normas internas del Estado.

Junto con esta forma tradicional, han surgido otras formas como son la **aceptación** o la **aprobación**. Y junto con ellas ha surgido también la **adhesión** como una forma de obligarse internacionalmente.

En la adhesión cuando nos encontramos ante Tratados Multilaterales Generales, ¿qué ocurre cuando un estado no ha participado en la celebración pero después decide obligarse? Esta cuestión la resolveremos más adelante.

En la práctica, nos encontramos varias formas de manifestación del consentimiento. Esto ha sido recogido en el **art. 11 del Convenio de Viena: la firma, la adhesión, el canje de notas, la ratificación,...**

En el caso de la firma, ésta consiste en firmar, en la rúbrica que lleva el TI, siempre y cuando el Estado prevea esa posibilidad. En otros casos se habla de la firma ad referendum. El mismo acto puede servir para autenticar el texto pero también para manifestar el consentimiento.

Normalmente, el estado cuando manifiesta su consentimiento lo hace sobre la totalidad, pero el estado puede obligarse parcialmente (*las reservas*). El TI sólo es válido cuando se tenga constancia de él.

En los casos de *ratificación, aceptación, aprobación y adhesión* el consentimiento suele ir por escrito. En España aparece en el BOE. ¿Cuándo se tiene constancia internacional del consentimiento? No cuando se publica en el BOE, sino cuando es entregado al *DEPOSITARIO* de ese Tratado.

b) La autorización parlamentaria y calificación del TI en el Derecho español:

Para llegar a ese punto (punto final) ha debido seguirse un procedimiento dentro del estado a través del cual el estado expresa su consentimiento de obligarse con el Tratado.

¿Cuál es el procedimiento en el Derecho español para obligarse con un Tratado?

En los Estados democráticos se produce la participación del Parlamento en la manifestación del consentimiento. En el caso de España ocurre esto, hay determinados casos donde el gobierno antes de expresar el consentimiento tiene que tener la aceptación del Parlamento.

Esta cuestión está regulada en los **art. 93–96** de la CE. Estos artículos establecen que TI necesitan autorización parlamentaria y cuales no necesitan dicha autorización.

Ahora vamos a establecer qué órganos intervienen en España:

Todos estos órganos pueden intervenir en el proceso previo a la manifestación del consentimiento:

– Al GOBIERNO le corresponde la *iniciativa*. El proceso que conduce a la manifestación del consentimiento corresponde al Gobierno y también corresponde al Consejo de Ministros proceder a la manifestación del consentimiento.

En el **art. 5 de la ley del Gobierno** se establece que corresponde al Gobierno esta iniciativa, si se trata de un TI que necesita autorización parlamentaria, si tienen que recurrir a las Cortes

– Sobre las CORTES GENERALES, los **art. 93 y 94** de la CE recogen el criterio que utiliza la CE para distinguir entre Tratados que necesitan la autorización parlamentaria o no. Este criterio es *material*, se fijan en el contenido del TI y en los efectos que vaya a tener el TI en las RR.II y en el orden jurídico español.

A su vez la CE distingue entre 2 tipos de TI estableciendo diferentes formas de ratificación.

– En el caso del **art. 93** la autorización parlamentaria deberá revestir la forma de ley orgánica. Esta es la primera tipología de TI.

– En el segundo caso, el **art. 94.1** nos coloca ante otra categoría que requiere la autorización parlamentaria, pero en este caso, la decisión de las Cortes ha de adoptarse por mayoría en ambas cámaras, no como una ley orgánica.

El procedimiento se inicia con la revisión del texto de la ley del Gobierno en el Congreso. En el Congreso se discute y se aprueba por mayoría.

Lógicamente, acto seguido, el acto pasa al Senado, y en el se discute y se autoriza por mayoría. Así se produce la manifestación del consentimiento. Pero ¿qué pasa si una de las dos cámaras vota en contra? Entonces se forma una Comisión mixta entre el Congreso y el Senado para resolver la discrepancia, sino se resuelve quien decide finalmente es el Congreso pero por mayoría absoluta.

Este procedimiento está regulado en el **art. 154 y siguientes del Reglamento del Congreso de los Diputados** y en el **art. 144 y siguientes del Reglamento del Senado**.

¿Qué tipo de Tratados se ajustan en al **art. 94.1**? La CE establece una lista de TI que deberán ser ratificados siguiendo este procedimientos: Tratados de carácter político, Tratados de carácter militar, Tratados que afecten a la integridad territorial del Estado y los Derechos y Deberes fundamentales,...

– Si el TI no entra en la categoría del artículo 93 ni del artículo 94.1, el **art. 94.2** nos dice que el resto en de los Convenios , la manifestación del consentimiento, será expresada por el Gobierno sin necesidad de autorización parlamentaria. Pero el Gobierno debe informar a las Cortes de la ratificación del TI:

El control parlamentario es importante en materia de celebración de Tratados. El Parlamento tiene una amplia capacidad para controlar la actuación exterior del Gobierno pero también se prevé un amplio margen a la actividad del Estado.

Así, por un lado, existe un amplio control del Gobierno, pero este tiene un amplio margen de actividad.

Lo que tiene una gran importancia es la clasificación del TI en una de las 3 categorías porque de eso va a depender que si se requiere o no autorización parlamentaria. ¿A quién corresponde esta labor? Si nos encontramos que la iniciativa la tiene el Gobierno, va a ser el Gobierno el que va a calificar cuál es el procedimiento a seguir.

Pero el Gobierno se va a encontrar con la intervención del Consejo de Estado que es un órgano consultivo y preceptivo, siempre tiene que emitir un informe, y uno de los aspectos del informe es la calificación. Le dice al Estado cual sería la calificación correcta.

Las Cortes pueden manifestarse contrarias al procedimiento seguido por el Gobierno.

Si este control político del Parlamento no funciona es posible establecer el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Hay que determinar cual es el procedimiento que se va a exigir de cara a la *calificación* del Tratado.

La calificación la determina el GOBIERNO. Pero para ello cuenta con el asesoramiento del *Consejo del Estado* que tiene que emitir un **DICTAMEN** sobre todos los TI.

En concreto la **Ley 21 del Consejo del Estado** que dice que este deberá ser consultado cuando se tengan dudas del procedimiento a seguir. El **art. 22** nos dice que tiene que ser consultado sobre la necesidad de autorización de las Cortes.

El dictamen puede ser seguido o no por el Gobierno. Y las Cortes tienen la capacidad para controlar si el procedimiento elegido es correcto. En última instancia, siempre queda la posibilidad de recurrir al TC.

Si inicialmente es el Gobierno el que lleva a cabo la calificación, ésta va a estar sometida a control (de las Cortes y del TC.)

Con respecto a la manifestación del consentimiento a quien le corresponde es al Rey. En la práctica, lleva a cabo la sanción de los TI, con el refrendo del Presidente o del Ministro de exteriores.

Esto cuando el TI va a ser objeto de ratificación o adhesión. Estas formas son las más paralelas con la sanción de las leyes (las más formales).

Otros TI no llevan la sanción del Rey, sólo la firma del Ministro.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TI

Cuando el Estado manifiesta su consentimiento una cuestión que se plantea es qué ocurre si el TI es incompatible con el Derecho español o con la Constitución. ¿Existe algún tipo de mecanismo para solventar esto?

Una de las labores del Consejo del Estado en su dictamen es dilucidar si va a haber dudas con la posible inconstitucionalidad.

Sin embargo, la CE expresamente se refiere a este tema en 2 artículos:

– **Art. 95.2**

– **Art. 161.1. a**

– **Art. 95.2:** Prevé que el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al TC si hay contradicción entre el TI y la CE a modo de prevenir la posible reforma constitucional.

Al Estado se le plantean 2 posibilidades: no dar su consentimiento o llevar a cabo la Reforma constitucional.

El único supuesto de este artículo se planteó con la ratificación del Tratado de Maastricht de 1992. Se prevé la postura de Reforma del art. 13 porque existe la posibilidad de que los ciudadanos europeos pueden ser candidatos y votar en elecciones municipales y en elecciones al Parlamento europeo.

El TC se pronunció y admitió que había que introducir una Reforma del art. 13 para ratificar el TI de la UE.

– **Art. 161.1. a:** Se establece la competencia del TC para reconocer los recursos de inconstitucionalidad que planteen contra las leyes o contra toda norma con rango legal.

Se puede plantear un recurso de inconstitucionalidad a un TI. Ahora bien, ¿de dónde puede derivar la inconstitucionalidad?:

– Se puede hablar de una inconstitucionalidad intrínseca cuando las disposiciones del TI son contradictorias con la CE. Es la inconstitucionalidad del art. 95.2 y se refiere al **CONTENIDO** del TI.

– También se ha hablado de una inconstitucionalidad extrínseca, en este caso la contradicción no está en el contenido del TI, sino en sus procedimientos; estos pueden ser contrarios a la CE sino se califica el TI como se debiera. Esta inconstitucionalidad se refiere a la **ELABORACIÓN**.

Junto a esta clasificación se habla también de un *control de constitucionalidad PREVIO* o un *control de constitucionalidad POSTERIOR* a la manifestación del consentimiento. En el control previo, el Estado todavía no ha manifestado su consentimiento; en el posterior el Estado ya ha manifestado su consentimiento.

Estas cuestiones están relacionadas porque el control **PREVIO** puede ser *intrínseco* si el control es del contenido y antes de que el Estado haya manifestado su consentimiento.

O *extrínseco* si el control se refiere a los procedimientos de elaboración del TI y se produce antes de que el Estado haya manifestado su consentimiento.

El control **POSTERIOR** también puede ser *intrínseco*: control del contenido después de que el Estado haya manifestado su consentimiento. Esto puede ocurrir por ejemplo si no se acudió al TC.

El control **POSTERIOR extrínseco** pueden llevarlo a cabo: el *Defensor del pueblo*, 50 Diputados y 50 Senadores; pueden plantear un recurso de inconstitucionalidad.

El control **PREVIO intrínseco** está recogido en el **art. 95** que está dedicado al control de constitucionalidad.

Este control le corresponde al TC y puede ser por iniciativa del Gobierno o de las Cámaras. Desde el momento que se apela y hasta que se determina, el TC interrumpe toda tramitación.

Una vez que el Estado haya emitido su consentimiento, pueden plantear el recurso de inconstitucionalidad, el Defensor del Pueblo o 50 Diputados y 50 Senadores. Puede referirse al contenido (en este caso el Presidente no puede hacer la apelación) o bien a la tramitación del mismo.

También cabe la posibilidad de que se plantee al TC una cuestión de inconstitucionalidad del TI cuando algún juez tenga dudas al emitir una sentencia. Los jueces pueden plantear un recurso de inconstitucionalidad que es intrínseca, se refiere al contenido, porque el juez no se plantea si su elaboración es constitucional o no.

Si la inconstitucionalidad se debe a razones intrínsecas es necesaria la Reforma. Si el control es por razones extrínsecas el efecto puede ser la NULIDAD del TI en relación con España. Esta posible nulidad está recogida en el **art. 46** del *Convenio de Viena de 1969*:

"Un Estado no puede alegar que un TI es inconstitucional si va por ejemplo en contra de una orden ministerial, pero si es una norma fundamental del Estado sólo así podrá tener efecto la nulidad."

Esto es importante, que el Convenio de Viena recoge que se puede llevar a cabo la nulidad de un TI.

Se refuerzan los controles previos a la manifestación esta práctica puede afectar al crédito del Estado, porque no es normal que un TI adoptado por un país se anule por ejemplo a los 6 meses.

7.2 LAS RESERVAS A LOS TI. DERECHO ESPAÑOL.

El Estado puede manifestar el consentimiento del TI en su totalidad o puede decidir que ciertos preceptos no se aplican. Esto es lo que llamamos, consentimiento parcial, y esto lo hacen los Estados a través de las **RESERVAS**.

La cuestión de las Reservas es una manifestación de la soberanía del Estado (Relativismo del Estado).

El consentimiento no se produce en la totalidad del TI, el Estado rechaza ciertos

Artículos. Esto es la Reserva.

Pese a la connotación negativa de las Reservas (pues el Estado participa en la elaboración del TI y luego hace las reservas) esta posibilidad tiene beneficios en relación con los **TI multilaterales** porque así un mayor número de Estados aceptan este TI, sobre todo en los que promueven la cooperación.

Además, un Estado en un momento dado puede hacer una reserva y años después admitirla.

¿Qué es una reserva?

Es en primer lugar una declaración de voluntad de un Estado que va a ser parte en un TI. Declaración que se realizará en el momento de la firma, ratificación o adhesión.

Esto lo recoge el **art. 19** del *Convenio de Viena* con el propósito de no aceptar íntegramente el contenido del TI (bien excluyendo la aceptación de determinadas cláusulas o bien interpretando el artículo de la manera que al Estado le interese) y que una vez aceptada expresamente por todos los demás contratantes o alguno de ellos, forma parte del Tratado mismo. La reserva tiene que ser aceptada.

Pero el Estado no es absolutamente libre a la hora de formular reservas. El **art. 19** establece *límites* a esta posibilidad:

- Que estén prohibidas por el TI. Esto lo puede prever el propio TI.
- Puede haber la posibilidad de que la reserva que pretende hacer el Estado esté expresamente prohibida. Puede que el Tratado prevea qué reservas se pueden hacer y cuáles no.
- Cuando no se da uno de los 2 supuestos anteriores, están prohibidas aquellas reservas que vayan en contra del objeto y fin del TI.

El Estado puede formular reservas, pero con límites.

- Otro límite es que las reservas tienen que ser aceptadas. Aquí hay que decir que el resto de los Estados pueden apreciar la validez de la reserva. Pueden aceptarla o pueden hacer objeciones a la misma

El TI puede regular esta cuestión, puede exigir que las reservas sean aceptadas o que pueden no ser aceptadas. También puede prever si es necesario decir que se acepta o no se acepta la reserva de un Estado.

La reserva puede ser EXPRESA o TÁCITA:

La reserva es EXPRESA cuando el Estado acepta la reserva hecha a otro Estado.

La reserva es TÁCITA cuando transcurridos 12 meses desde su formulación o desde la fecha de la manifestación del consentimiento sin que otro Estado haya hecho ninguna manifestación a esa reserva se entiende que la reserva puede ser aceptada.

Por otra parte, mientras no exista la aceptación de al menos un Estado a la reserva, ésta no tiene ningún efecto:

- En algunos supuestos de TI **multilaterales restringidos** se puede exigir la necesaria aceptación de todos los Estados.
- En el caso de los TI **constitutivos** de una OI se puede exigir la total aceptación por parte del órgano competente.

Además, debemos tener en cuenta que la objeción planteada por una reserva no impide la aplicación del TI

entre 2 Estados.

Ahora nos vamos a plantear los EFECTOS de la reserva. Y para ello, tenemos que tener en cuenta que un TI genera Derechos y Obligaciones con las distintas partes contratantes.

El Estado A genera obligaciones con los Estados B, C, D, E,... Cuando hablamos de efectos de la reserva decimos que se produce una modificación entre el Estado A reservante y el resto de los Estados contratantes.

Tenemos que distinguir en primer lugar entre los Estados que no han formulado las reservas: la reserva entre ellos no tiene ningún efecto. Las relaciones entre B, C, D, E,... no se van a ver modificadas porque A halla efectuado una reserva.

¿Cuáles son ahora las relaciones entre el Estado reservante y los demás Estados?

En principio, la reserva afecta a estas relaciones pero hay que diferenciar: si la reserva no ha sido aceptada por ninguno de los Estados, entonces el Estado reservante no se convierte en parte del Tratado. No produce efectos.

Se necesita por tanto que al menos un Estado acepte para que el consentimiento sea válido. ¿Qué ocurre si todos se oponen a la reserva? Que el Estado reservante no podría ser parte del Tratado.

Si de tres Estados, dos rechazan la reserva y uno no, esta objeción no impide que el TI entre en vigor. Se aplica la reserva. Las relaciones entre el Estado reservante y el Estado aceptante se ven modificadas. Pero ¿qué pasa con el resto de los Estados objetantes? Hay 2 posibilidades:

Mientras se mantenga la reserva el TI no puede entrar en vigor, entre A y B no hay relaciones. Pero A si tiene relaciones con los demás Estados si estos han aceptado la reserva.

Entre A y B el TI no se aplica pero si C ha aceptado la reserva A y C tienen relaciones pero modificadas por las reservas.

¿Qué pasa si D dice que el TI debe entrar en vigor entre A y B? El *Convenio de Viena* en el **art. 21** nos dice los efectos jurídicos de las reservas. Y dice que cuando esto ocurra, cuando un Estado objetante decide finalmente aceptar la reserva al TI, tiene el mismo efecto que no aplicar el artículo de la reserva.

El TIJ se ha decantado por esta primera postura, que no se aplique el artículo de la reserva.

Como el Estado puede modular su consentimiento es necesario establecer una red de relaciones bilaterales porque un Estado puede hacer reservas y otro no hacerlas. Así dentro de un mismo TI las relaciones entre Estados son diferentes. El TI no se aplica igual a todos los Estados.

Hay que decir que las Reservas también pueden ser retiradas y cuando esto ocurre se aplica el TI en su integridad. No se necesita aceptación.

En cuanto al *Derecho Español* la posibilidad de hacer reservas está admitida pero podemos hacer una distinción:

- **Art. 94.2:** no exigen autorización parlamentaria. El Gobierno puede hacer reservas sin el control previo del Parlamento.

- En el resto de los TI, **art. 93, 94.1**, la autorización parlamentaria se extiende al TI y a las Reservas, el Gobierno remite a las Cortes el texto del TI y las Reservas.

En este punto, el Parlamento también puede incluir reservas no previstas por el Gobierno.

TEMA 8: LA NORMA CONVENCIONAL (III)

Después de todo lo visto, puede que el TI todavía no haya entrado en vigor. Ya sabemos cual es el texto del TI y el Estado ya en la fase final manifiesta su consentimiento. El Estado puede decidir hacer o no reservas. Puede ocurrir entonces que el TI no produzca efectos porque no ha entrado en vigor.

8.1. ENTRADA EN VIGOR

La entrada en vigor es el punto final, el TI empieza a producir efectos jurídicos en relación con los Estados que han manifestado su consentimiento.

El TI crea obligaciones para los Estados parte.

El *Convenio de Viena* en su **art. 24** regula esta cuestión: ¿Cuándo se produce la entrada en vigor? Entra en vigor en la fecha que establezca el TI o cuando lo hayan decidido los propios Estados.

Cuando el TI no diga nada, el TI entra en vigor cuando todos los Estados hayan manifestado el consentimiento. Esta regla se aplica entre TI **bilaterales** o TI **restringidos**.

Ante TI **multilaterales generales** la entrada en vigor se produce cuando se halla alcanzado un número mínimo de ratificación.

Esta es la entrada en vigor en general para todos los Estados que lo han ratificado; ¿Qué ocurre si el Estado manifiesta su consentimiento después de la entrada en vigor? ¿Cuándo entra en vigor el TI respecto a ese Estado en concreto?

El **art. 24.3** del *Convenio de Viena* nos dice que para determinar esta cuestión lo harán las partes.

También nos remitimos al **art. 308** de la ONU *sobre Derecho del Mar*: ¿Qué ocurre con el Estado que ratifica después de la entrada en vigor?

El TI entra en vigor 30 días después del depósito del instrumento de ratificación o adhesión.

En España existe la obligación de establecer la fecha de entrada en vigor de los TII, cuando el TI entra en vigor general. Pero cuando España ratifica su consentimiento hay que indicar la fecha en la que va a entrar en vigor.

En los TI **restringidos** y en los **bilaterales** entran en vigor cuando todos los Estados han mostrado su consentimiento.

Entre que tenemos el texto y su entrada en vigor puede pasar mucho tiempo, aunque hay TI en los que los Estados pueden tener mucho interés en que entre en vigor de inmediato debido a la "retroactividad". Ej. Si se trata de un TI de extradición el TI se aplica a los crímenes que se cometan desde el momento de su entrada en vigor.

8.2. APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

Los Estados pueden acordar aplicar provisionalmente el TI antes de que entre en vigor, así lo prevé el **art. 25** del CV.

La CE no dice nada al respecto pero no prohíbe que se lleve a cabo la aplicación provisional.

Sin embargo, hay algún autor que ha dicho que en determinados supuestos no cabría aplicación provisional (antes incluso de la autorización parlamentaria):

- **Art. 93**, dice que no cabe la aplicación provisional porque estos TI requieren el rango de Ley Orgánica para ser aprobados.

- Los TI previstos en el **art. 94.1. c y 94. 1. e**. Los Tratados del art. 94.1.c afectan a los derechos fundamentales y a la integridad territorial del Estado. Los Tratados del art. 94.1.e suponen la modificación o derogación de alguna ley. No le podemos pedir a las Cortes que supriman una ley contraria a un TI que todavía no ha entrado en vigor.

- Aquellos que necesitan revisión constitucional.

8.3. DEPÓSITO DE LOS TRATADOS

Es necesario el consentimiento del Estado cuando se tiene constancia internacional , esto se produce con el **DEPÓSITO**.

El documento donde se contiene la manifestación del consentimiento (con o sin reservas) es depositado por el Estado encargado de custodiar el TI.

El depósito es el acto por el que se tiene constancia internacional de un Estado.

Es el **depositario** quien custodia el TI, recibe el documento y los instrumentos de ratificación y luego le comunica a los demás Estados que se ha ratificado el TI y también si hay reservas.

Por ejemplo el **art. 85** del CV nos dice que el depositario será el secretario de la ONU, pero también puede ser un Estado el depositario.

El depositario puede hacer copias del TI si un Estado se las pide y también controla la regularidad de los actos.

TEMA 9: LA NORMA CONSUECUDINARIA

9.1 SIGNIFICADO Y FUNCIÓN DE LA COSTUMBRE EN EL

DERECHO INTERNACIONAL

La norma consuetudinaria es la 2º fuente para la creación de normas internacionales.

La **COSTUMBRE** es otro de los procesos de la elaboración de normas. Nos encontramos ante un modo de crear normas jurídicas espontáneo. Con los TI sabemos cuando se va aplicar la norma, con la costumbre no hay una elaboración estructurada en fases, la elaboración es espontánea. Y consecuencia del comportamiento espontáneo de los Estados deriva del comportamiento de los Estados en sus Relaciones Internacionales.

Este comportamiento da lugar a la creación de normas jurídicas. La relación de los Estados con otros Estados es lo que denominamos práctica internacional (comportamiento de los Estados)

Esta práctica internacional da lugar a que se creen normas aunque esto no es suficiente. El comportamiento reiterado tiene que ir acompañado de un consenso, de una conciencia clara de que eso es una obligación

jurídica.

Los Estados no actúan por actuar, lo hacen con una convicción de que están actuando dentro del Derecho. Esto es lo que llamamos *opinio iuris*.

Con la costumbre nos encontramos ante una norma que tiene un carácter no escrito.

La práctica internacional y la *opinio iuris* es lo que diferencia la costumbre de los usos sociales internacionales derivados de la cortesía, de la tradición. Estos usos sociales no crean derecho aunque en un determinado momento sí pueden convertirse en costumbre.

La costumbre juega en el ordenamiento jurídico internacional un papel muy importante a diferencia de su papel en el Derecho interno. Su papel es casi nulo. En el Derecho Público no existe la costumbre.

En el proceso de codificación del Derecho interno, las normas consuetudinarias fueron sustituidas por las leyes internas.

En el Derecho internacional juega un papel importante por las características de la propia Sociedad Internacional que es *descentralizada*, no existe un poder legislativo, este poder se halla repartido entre todos los Estados. Los Estados sí tienen esa posibilidad porque el poder legislativo pertenece al Estado.

La Costumbre facilita el desarrollo del Derecho internacional en las circunstancias actuales. Es un proceso más dinámico y permite crear normas que se pueden adaptar a la realidad de la Sociedad Internacional.

Elaborar y ratificar un TI es muy complicado si lo comparamos con la Costumbre. La Costumbre permite de una manera más espontánea la creación de normas jurídicas a las que se va adaptando el Derecho internacional.

La Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar tardó 12 años en aprobarse. A partir de ella se crearon normas consuetudinarias que se convirtieron en normas no por contenerse en el TI sino por la práctica reiterada de los Estados.

Estas normas hicieron que fuese posible y más rápida la descolonización. Por vía consuetudinaria se desarrolla un principio que sirve de base a todo el proceso de descolonización.

Antes los crímenes de guerra en el ámbito internacional estaban regulados, pero no en conflictos armados internos. Pues fue por vía consuetudinaria como se posibilita que los criminales de guerra sean juzgados internacionalmente.

En la actualidad nos planteamos cuál es la situación de la Costumbre teniendo en cuenta 2 factores:

- La creación de Organizaciones Internacionales con capacidad de elaborar normas jurídicas.
- El fenómeno de la codificación.

¿Puede haber reducido esto la importancia de la Costumbre? Ninguna de estas 2 circunstancias han reducido el papel de la Costumbre, sino todo lo contrario, han venido a reforzar su papel.

- En relación con las Organizaciones Internacionales; las OI no son legisladores internacionales, las normas están limitadas a sus miembros y en muchos casos no tienen un carácter obligatorio. Por ejemplo la Asamblea de la ONU no es un Parlamento aunque estén representados todos los Estados y no imponen normas jurídicas obligatorias.

Pero las OI constituyen un cauce idóneo para la creación de normas consuetudinarias porque sirven de cauce para que se pueda expresar a través de ellas en la práctica internacional o de la *opinio iuris*. La práctica de las OI aclara cual es la práctica internacional y la *opinio iuris*.

– Sobre la codificación hay que decir que los TI han contribuido al desarrollo de la norma consuetudinaria porque a partir del texto del TI, sin que aun se haya aprobado, puede darse una norma consuetudinaria

9.2 EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA COSTUMBRE

El origen de una norma consuetudinaria se encuentra en el conjunto de intereses o necesidades sociales que se perciban dentro de la Sociedad Internacional y a las que las normas consuetudinarias pretendan dar satisfacción.

El origen de una norma consuetudinaria se encuentra en los que intereses que se consideran que deben ser recogidos jurídicamente.

Los Estados interesados comienzan a desarrollar una serie de actos que son expresión de su consentimiento individual hacia la creación de una nueva norma jurídica.

La consolidación de la Costumbre se produce cuando aumenta el número de Estados que se comportan de esa manera y la costumbre se generaliza, aunque no podemos determinar cual es el momento exacto.

El comportamiento además de ser generalizado ha de ser constante y en el mismo sentido (no puede haber comportamientos contradictorios)

A partir de la generalización surge un consenso entre los Estados según el cual ese comportamiento resulta de la norma jurídica. Es un comportamiento obligatorio que deriva de una norma jurídica.

En la Convención de la ONU de 1982 sobre el Derecho del Mar, se crea la idea de zona económica exclusiva que responde a un determinado interés de los Estados no desarrollados para beneficiarse de la riqueza de sus mares y para que no se apropien de sus recursos los países desarrollados. Este TI no entra en vigor hasta 1994. Pero algunos Estados unilateralmente empiezan a desarrollar esta costumbre antes de la entrada en vigor del TI y esta práctica llegó a generalizarse.

Los estados están convencidos de que ese comportamiento deriva de una norma jurídica.

En la Convención de la ONU sobre Derecho del Mar de 1982 se crea la idea de *zona económica exclusiva* que responde a los intereses de los países no desarrollados para beneficiarse de la riqueza de sus mares y para que no se apropien de sus recursos los países desarrollados. Este Tratado no entra en vigor hasta 1994. Pero algunos Estados unilateralmente empiezan a desarrollar esta costumbre antes de su entrada en vigor, y esta práctica llega a generalizarse.

Los estados están convencidos de que ese comportamiento deriva de una norma jurídica.

La norma consuetudinaria obliga a todos los estados, y esta es otra de las diferencias con los TI que sólo son obligatorios para los Estados que lo han firmado.

La Costumbre cuando se crea es obligatoria para todos los Estados, aunque el Estado no haya participado en la creación de dicha costumbre. La norma se presume que obliga a todos los estados aunque no hay constancia escrita.

En la Costumbre nos encontramos 2 elementos:

- El elemento MATERIAL que es la *práctica* de los Estados.
- El elemento ESPIRITUAL o psicológico que sería la *opinio iuris*.

Además hay que tener en cuenta el elemento TEMPORAL porque la costumbre exige que pase un determinado periodo de tiempo.

En principio se considera que la práctica debe permanecer por un periodo largo. En la actualidad, este periodo se ha flexibilizado y no se necesita un periodo de tiempo determinado para reconocer la norma consuetudinaria.

El propio TIJ en el caso de la *Plataforma Continental del mar del Norte* afirma que porque haya pasado un periodo pequeño de tiempo existe la costumbre. Podemos incluso hablar de costumbres instantáneas como la consecuencia de una sentencia o de un TI.

Por otra parte, una norma consuetudinaria puede surgir en ámbitos donde no exista una regulación específica o en ámbitos insuficientemente regulados.

Hay que señalar también que la costumbre puede coexistir con un TI en la misma materia. Esto ocurre porque en el TI no todos los Estados van a estar obligados, y entonces, aunque no estén obligados por el TI lo están por la costumbre.

La costumbre se extiende a todos los Estados, mientras que el TI tiene un alcance limitado. Se limita a la coexistencia.

Hay una *excepción*: el OBJECTOR PERSISTENTE. Es un Estado que se opone reiteradamente al surgimiento de una costumbre internacional y siempre que tiene ocasión dice que se niega a esa costumbre.

Para este Estado no sería obligatoria la costumbre; si desde el inicio se ha manifestado siempre contra esa costumbre, siempre tienen que rechazarla. Pero en el momento que la acepten se aplica la costumbre.

9.3. ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE

1 ELEMENTO MATERIAL La *PRÁCTICA* de los Estados

2 ELEMENTO ESPIRITUAL La *OPINIO IURIS*

1 La *PRÁCTICA* de los Estados consiste en la repetición generalizada, constante y uniforme de un determinado comportamiento jurídicamente relevante. Es decir, que los Estados ante la misma situación se comporten siempre de la misma manera.

La consecuencia es que todos los Estados tienen que ser muy cuidadosos en sus actos o declaraciones internacionales. Esos actos relevantes pueden plasmarse en el plano nacional o en el plano internacional.

Estos actos pueden ser: declaraciones del Presidente del Gobierno, del Rey o del Ministro de Asuntos Exteriores; y también pueden ser decisiones del Consejo de Ministros.

Esa práctica tiene que ser uniforme: que exista una identidad sustancial en el comportamiento, que siempre se comporte de la misma forma. Si no se da ese carácter uniforme no se podría formar la norma consuetudinaria.

Y constante: que sea un comportamiento reiterado a lo largo del tiempo, esta este mayor o menor.

Esta práctica uniforme y constante ha de ser seguida de manera generalizada por la Sociedad Internacional; sino no es una práctica generalizada no estamos ante una norma consuetudinaria.

Con generalizada no quiere decir que todos los Estados se comporten de la misma forma, basta con que lo hagan los Estados más interesados en la creación de la norma.

El Convenio de 1982 nos dice que los interesados son los estados costeros, éstos son los que nos interesan a la hora de encontrar la práctica internacional.

A la hora de valorar la práctica hay que tener en cuenta no sólo la conducta activa, también debemos considerar la conducta pasiva en los actos de los estados: su no oposición a la creación de la costumbre, los silencios también son jurídicamente relevantes.

Cuando la costumbre ya se ha creado y nadie se ha opuesto, implícitamente ya se ha consentido la costumbre y por lo tanto tiene que aceptarla. Para no aceptarla tiene que manifestarse en contra desde su inicio.

2 El elemento material va acompañado del espiritual. La *OPINIO IURIS* es la conciencia clara entre los estados de que ese comportamiento corresponde a una obligación jurídica. Normalmente la opinio iuris hay que deducirla del propio comportamiento de los Estados, y de ahí deducimos si el comportamiento deriva de que existe una obligación jurídica u otro tipo de motivos.

En la práctica reciente se ha producido un cambio en relación, antes inversa, con estos dos elementos: se da mucha más relevancia al elemento espiritual que al material. Tradicionalmente se había dado mayor importancia a la práctica, sin embargo, en los últimos años se da mucha relevancia al elemento espiritual debido a la necesidad de que en la Sociedad Internacional surja una determinada costumbre. Con una práctica más reducida la opinio iuris podría dar lugar a la creación de una costumbre.

Actualmente en la Sociedad Internacional surge la necesidad de castigar a los autores de los crímenes de guerra. Esto no lo recoge el Derecho Internacional pero esta opinio iuris con una práctica más reducida permite que se condenen estos crímenes.

9.4 LA OPORTUNIDAD DE LA COSTUMBRE GENERAL. LA

COSTUMBRE PARTICULAR.

¿Cuándo un estado está obligado a cumplir una norma consuetudinaria? Para abordar esta cuestión tenemos que hacer una distinción derivada de la idea de que no todas las normas consuetudinarias tienen el mismo alcance territorial.

- COSTUMBRES GENERALES: tienen un alcance general, universal, aplicable a todos los Estados
- COSTUMBRE PARTICULARES: alcanzan un número restringido de Estados.

1 Todos los Estados están obligados a cumplir estas costumbres, con una excepción: la del objetor persistente. La única posibilidad de eludir una norma consuetudinaria general es convertirse en objetor persistente. Además quien alega que es un objetor persistente tiene que probarlo. La norma consuetudinaria plantea aquí un problema de comprobación.

Por otro lado, se plantea otra cuestión: ¿estas normas son también obligatorias para los estados que no han participado en su elaboración? Nos referimos a aquellos territorios que todavía no habían accedido a la independencia y se constituyeron en estados posteriormente a la formación de la costumbre.

La jurisprudencia del TIJ se manifiesta en el sentido de que la costumbre general obliga a todos los estados

con independencia de que hayan contribuido o no a su elaboración.

Al hablar de la costumbre nos referimos al TIJ porque a la hora de identificar la existencia de ésta, el TIJ va a tener una gran importancia. Muchas de las normas consuetudinarias que existen en la actualidad han encontrado el reconocimiento de su existencia en las sentencias del TIJ y de otros tribunales internacionales.

2 La costumbre puede ser regional cuando su ámbito de aplicación se limita a una determinada región, así podemos hablar de costumbres en el ámbito de la Unión Europea, o costumbres americanas. No serían aplicables a Estados que se encuentren fuera de ese ámbito geográfico. Pueden ser locales o bilaterales.

TEMA 10: LA INTERACCIÓN ENTRE COSTUMBRE Y TRATADO EN

EL PROCESO DE FORMACIÓN DE NORMAS.

Analizamos esta cuestión porque en un mismo ámbito pueden existir dos normas que regulen una misma materia. La norma convencional no deroga la norma consuetudinaria y viceversa.

Muchas veces las normas consuetudinarias se crean en ámbitos regulados de una manera insuficiente por un TI. La costumbre actúa como un mecanismo de adaptación, contribuye a desarrollar ciertas normas. En cambio en el tratado necesita un proceso más formalizado.

También puede ocurrir todo lo contrario, materias reguladas por normas consuetudinarias que pasen a estar recogidas en TI.

De esta manera, la norma convencional y la norma consuetudinaria van a coexistir y regular una misma materia. Generalmente, el Tratado no tiene el mismo alcance que la costumbre.

Ej. Esta cuestión se le planteó al TIJ en el asunto de las actividades militares y paramilitares contra Nicaragua llevadas a cabo por EE.UU. El Tribunal se encontró con un primer problema de competencias.

EE.UU cuando aceptó la competencia del Tribunal Internacional de Justicia estableció una reserva que decía que en ningún el pronunciamiento del Tribunal podía en contra de los TI firmados por EE.UU. El TIJ tenía que recurrir para solucionar el casos a normas consuetudinarias. Recurrió a la costumbre que contenía la prohibición del uso de la fuerza que también estaba recogido en un TI, en la Carta de la ONU. Ambas normas coexisten pero con vidas separadas. Así el TIJ admite la existencia de dos tipos de normas para regular la misma materia.

Podemos observa la existencia de 3 supuestos de interacción entre Costumbre y Tratado:

EFFECTO DECLARATIVO: Un Tratado viene a recoger por escrito una norma consuetudinaria. La costumbre es codificada.

EFFECTO CRISTALIZADOR: Se produce cuando la celebración de un tratado contribuye a la creación de una norma consuetudinaria que se estaba formando. El TI es el elemento que permite dar el paso final de cara a la elaboración de la costumbre.

EFFECTO GENERADOR: Sería aquel que consiste en el proceso en el que a partir de un tratado se crea una costumbre que no existía anteriormente.

10.1 LA CODIFICACIÓN DE LA COSTUMBRE MEDIANTE TRATADO.

EFFECTO DECLARATIVO

Se plasma por escrito una norma consuetudinaria ya existente, a través de lo que hemos denominado codificación. El efecto declarativo tendrá que producirse a través de un Tratado multilateral general. El TI precisa y sistematiza el contenido de la costumbre, además de servir de prueba de su existencia.

Desde que entra en vigor el TI, esa materia es regulada por una norma convencional y una norma consuetudinaria.

Ej. Un convenio de codificación es el conocido Convenio de Viena de 1969, sus normas tienen un efecto declarativo.

En muchos casos se reconoce en el propio tratado que éste es un reflejo de una norma consuetudinaria. También ocurre con las sentencias del TIJ. Este carácter declarativo se le ha atribuido incluso en muchos proyectos de artículos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional como por ejemplo el proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados. No es derecho vigente como tal, es un texto declarativo de una norma consuetudinaria.

10.2 LA CRISTALIZACIÓN DE LA COSTUMBRE EN FORMACIÓN

MEDIANTE LA ADOPCIÓN DE UN TRATADO INTERNACIONAL.

EFFECTO CRISTALIZADOR.

Nos encontramos ante una norma consuetudinaria en formación. En ese mismo instante en el que se está desarrollando se inicia también el proceso de elaboración de un TI. La adopción del texto de ese tratado puede producir simultáneamente la creación de la norma consuetudinaria. El Tratado internacional tiene un efecto cristizador. Tiene el efecto de acelerar el proceso de elaboración de la costumbre y también contribuye a perfilar su contenido.

Ej. La Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar de 1982. La adopción de este tratado en 1982 contribuyó a la cristalización de la costumbre en formación que modificaba la regulación convencional existente. Se crean ámbitos de plataforma continental y la zona económica exclusiva.

El efecto cristizador se produce a partir de los trabajos preparatorios (proceso negociador, declaraciones de las partes) del convenio. Nosotros podemos deducir la existencia de una norma consuetudinaria.

10.3 LA FORMACIÓN DE LA COSTUMBRE A PARTIR DE LA

ADOPCIÓN DE UN TRATADO INTERNACIONAL. EFFECTO

GENERADOR.

A partir de un tratado comienza a desarrollarse la costumbre. La norma consuetudinaria no existe antes del TI. Comienza a desarrollarse una práctica que unida a la *opinio iuris* da origen a la costumbre.

Esta posibilidad está expresamente prevista en el Convenio de Viena de 1969 en su artículo 38. Un estado que no está obligado por un tratado puede llegar a estar obligado por un parte de éste si el contenido del tratado se ha desarrollado en una norma consuetudinaria.

Se han exigido varios requisitos para que pueda darse esta posibilidad:

- La norma convencional tiene que tener un contenido normativo. Debe contener Derechos y Obligaciones susceptibles de ser obligados por los Estados.

- Debe existir una práctica constante y generalizada además de una opinio iuris.

Nos debemos plantear ahora cuál de las prácticas es relevante para la formación de una costumbre. Nos debemos fijar en la práctica de los Estados que no son parte en el tratado. Los Estados parte cumplen porque están obligados por el tratado, sus prácticas no derivan de una norma consuetudinaria. En este sentido, el silencio de los Estados no puede ser interpretado por la disposición tácita de aceptación de las normas convencionales. Cuantos más estados se adhieran al tratado más difícil nos resultará encontrar una norma consuetudinaria.

TEMA 11: LOS ACTOS DE LAS ORGANIZACIONES

INTERNACIONALES

11.1 CONCEPTO Y CLASES

A partir de la II Guerra Mundial la difusión de las Organizaciones Internacionales ha incidido en los procesos de elaboración de los Tratados Internacionales, para la consecución de determinados propósitos.

La creación de OO.II constituidas a través de un acuerdo internacional suscrito entre Estados ha causado 2 *consecuencias* dentro de la Sociedad Internacional:

- La aparición de *un nuevo sujeto* del Derecho Internacional.
- La aparición de *un ordenamiento jurídico particular* que es el derecho de la O.I.

Surge un sujeto con la capacidad de elaboración de normas internacionales dirigidas a regular el funcionamiento interno de la organización internacional, o bien dirigida a los Estados parte de esa organización o a las materias que sean competencia de la misma.

Son actos que pueden ser o no obligatorios. Nos encontramos ante un nuevo mecanismo para la elaboración de normas junto a los Tratados y a la Costumbre. Surge lo que se denomina *derecho de las OO.II*, que es el conjunto de normas que elaboran las OO.II para conseguir sus objetivos. Las OO.II para el cumplimiento de sus objetivos poseen una serie de órganos. A través de estos órganos las OO.II elaboran toda una serie de normas. Estas normas van dirigidas en dos sentidos:

- Regular el funcionamiento interno.
- Cumplir los objetivos encomendados a la OO.II:
 - Haciendo recomendaciones a los Estados miembro.
 - Imponiéndoles obligaciones.

Además hay que decir que la actividad de las OO.II puede dar lugar a una práctica uniforme y constante de los Estados miembros. Esta actividad puede ser relevante para otros procesos de formación de normas como son las normas consuetudinarias.

Junto al valor que tienen en sí mismos como tales actos, estos textos tienen un valor de cara a la formación de otro tipo de normas. Estas actividades pueden servir para expresar una opinio iuris o para promover la aparición de una práctica uniforme y constante de los Estados.

Los actos de las OO.II tienen una serie de elementos comunes:

– *Son actos institucionales* (proviene de una institución). Cuando se aprueba un acto de una organización internacional, este acto no se atribuye a los Estados que componen el órgano que lo aprueba. Atribuimos este acto al órgano de la O.I, no a los Estados que lo integran.

Este acto se beneficia del peso político o la autoridad del órgano en cuestión. Esta idea puede ser para bien o para mal.

– *Son actos jurídicos derivados*. Al Derecho de las O.O.II se le suele llamar Derecho derivado porque es un conjunto de actos que encuentran su fundamento en los Tratados constitutivos de la O.I. Los actos que apruebe la O.I serán siempre actos que estarán dirigidos a aplicar las disposiciones del tratado fundacional, del tratado constitutivo de la O.I.

Para que ese acto sea válido y produzca efectos jurídicos es necesario que se haya aprobado siguiendo los procedimientos establecidos en ese tratado constitutivo.

Los actos de las O.O.II poseen denominaciones muy diversas: resoluciones, recomendaciones, reglamentos, decisiones, directivas,... Pese a toda esta amplitud de términos hay que decir que los actos se pueden clasificar en dos grandes categorías:

1. Actos cuya finalidad esencial es regular aspectos institucionales de la O.I. Son los que aprueban las reglas de procedimiento o el reglamento interno de los distintos órganos. Son aquellos que regulan el procedimiento interno de la O.I, donde se eligen los miembros de los órganos que poseen plena e inmediata eficacia jurídica.
2. Actos cuya finalidad esencial es la de lograr a través del comportamiento de los Estados miembro los objetivos previstos en el tratado constitutivo de la O.I. Se adoptan en el ejercicio de las competencias que se le han atribuido. Se dirigen a los Estados miembro de la O.I. Sin embargo, hay supuestos en los que los actos se pueden dirigir a Estados no miembros. Hay que mencionar a la ONU en el mantenimiento de la Paz.

11.2 COMPETENCIA NORMATIVA DE LAS ORGANIZACIONES

INTERNACIONALES.

En el seno de las O.O.II nos vamos a encontrar ante dos fuerzas divergentes, la soberanía de los Estados y la exigencia de **cooperación**. Cuando los Estados cooperan reducen su soberanía. Los Estados deben aportar su compromiso y ceder para llegar a la cooperación.

Desde un punto de vista normativo se traduce en que los actos que emanan de las O.O.II pueden tener efecto obligatorio o no.

En cuanto a los efectos jurídicos de los actos de las O.O.II podemos hablar de:

- **EFFECTOS INTRÍNSECOS**: los que derivan del tratado constitutivo de la O.O.II. Se refiere al contenido
- **EFFECTOS EXTRÍNSECOS**: serían aquellos que se derivan no del acto en sí mismo considerado sino que se derivan de la relación de este acto con otras formas de producción normativa (como puede ser la costumbre). No vamos al contenido, apuntamos a la contribución del acto o la elaboración de normas internacionales.

Con respecto a los efectos jurídicos intrínsecos decir que los actos de las O.O.II pueden tener fuerza obligatoria y directa. Pueden ser directamente aplicables a los Estados miembro (derechos y obligaciones de forma directa).

Ej. Los reglamentos comunitarios, la resolución del Consejo de Seguridad de la ONU.

Si los actos tienen un carácter meramente recomendatorio es al Estado al que le corresponde decidir si cumple o no cumple el contenido de ese acto.

Ej. Resolución de las Asambleas generales de las Naciones Unidas.

- RELACIONES ENTRE LOS ACTOS DE LAS ORGANIZACIONES

INTERNACIONALES Y OTRAS FORMAS DE PRODUCCIÓN

JURÍDICA

Normalmente los actos de las OO.II no van a tener fuerza obligatoria, son meramente recomendatorios. En sí mismos no van a tener efectos jurídicos. Es necesario por ello que nos centremos en la posible contribución de estos actos a posibles normas. Nos referimos a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En muchos casos a través de estas resoluciones se enuncian principios jurídicos. Pero no tienen carácter obligatorio aunque esto no significa que no tenga ningún valor. Su valor radica en que contribuyen a crear otro tipo de normas. Normalmente normas consuetudinarias.

A este respecto podemos encontrarnos 3 tipos de resoluciones:

- declarativas o confirmatorias de normas consuetudinarias.

Ej. Resolución 95 (I) en la que se recogen los principios enunciados en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg.

- aquellas que desarrollan y precisan algunos principios de la Carta

Ej. Resolución 1514 (XV), principio de autodeterminación de los pueblos. Resolución 2625 (XXV), principio de prohibición del uso o la amenaza de la fuerza.

- aquellas que pueden contener nuevos principios del Derecho Internacional.

Ej. Resolución 1962 (XVIII) sobre los principios que deben regir la actividad de los estados en la exploración y utilización del espacio intraterrestre.

Nos planteamos ahora la cuestión de si estas resoluciones que no tienen un auténtico valor obligatorio, pueden llegar a contribuir a la creación de normas consuetudinarias. A este respecto, decimos que las resoluciones declarativas pueden tener el mismo valor que las convenciones de codificación.

En el caso de otras resoluciones, como aquellas que desarrollan principios ya existentes o como aquellas que desarrollan nuevos principios, si son aprobadas por amplias mayorías o por unanimidad pueden ser un elemento idóneo para expresar la opinio iuris o una práctica estatal. Estas resoluciones contribuyen a la cristalización de normas consuetudinarias que se están formando acelerando este proceso. Además pueden contribuir a generar nuevas normas consuetudinarias a partir de ellas.

El propio TIJ ha reconocido en su opinión consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares de 1996, el papel de la Asamblea General en este respeto. La Corte observa que las resoluciones de la Asamblea General aunque no son vinculantes pueden tener carácter normativo.

Para saber si una determinada resolución cumple ese carácter hay que examinar su contenido y mirar las condiciones en que se aprobó (necesita una amplia mayoría).

Ligado a esta cuestión hay que hablar para finalizar el tema de lo que se ha denominado el SOFT-LAW. Está integrado por una serie de declaraciones de carácter político, resoluciones de OO.II en determinados ámbitos.

Podemos calificar como soft-law la *Declaración de Derecho Humanos o la Declaración sobre Medio Ambiente de Río de Janeiro*. Tienen un contenido normativo, es un documento programático que trata de establecer obligaciones para los estados para la colaboración en determinados ámbitos pero no tienen un carácter vinculante.

Hoy en día a la hora de la creación de las costumbres todas estas resoluciones han hecho que se conceda mayor importancia al elemento espiritual (al surgimiento de una convicción colectiva en toda la Sociedad Internacional) frente al elemento material como se creía tradicionalmente (práctica).

III. LA APLICACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS

INTERNACIONALES

TEMA 14: EL PROCESO DE APLICACIÓN DEL DERECHO

INTERNACIONAL Y SU PERCEPCIÓN EN EL DERECHO

INTERNO

- APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y EFICACIA DEL SISTEMA

INTERNACIONAL

La voluntad de los Estados más fuertes se impone sobre la obligatoriedad del Derecho internacional planteándose aquí el problema de la ineficacia de sus normas. Este problema va ligado a la inexistencia de mecanismos institucionales dirigidos a la aplicación de sus normas.

Pero su inexistencia no tendría porque significar que el sistema internacional sea ineficaz. Son los Estados los que elaboran las normas y aceptan voluntariamente quedar obligados por ellas por lo que no tendría que haber ningún problema, a priori, de cara al respeto de esa norma y su aplicación.

Esta cuestión se debe abordar desde 2 perspectivas: CUALITATIVA y CUANTITATIVA:

- Desde un punto de vista CUANTITATIVO, tendríamos que concluir que el ordenamiento jurídico internacional es bastante eficaz porque los estados cumplen la mayor parte de las normas del Derecho internacional.
- Desde un punto de vista CUALITATIVO nos encontramos con el incumplimiento por parte de los estados, de aquellas normas que tienen un carácter fundamental para la Sociedad Internacional.

El problema deriva de la propia estructura de la Sociedad Internacional. Se trata de una sociedad interestatal y sin un mecanismo centralizado e institucional para asegurar la aplicación de las normas.

Podemos decir para concluir este apartado que no se plantean estos problemas en los Derecho internos. A pesar de estos problemas no podemos decir que este ordenamiento jurídico sea ineficaz. Los Estados acomodan su comportamiento a las normas institucionales.

14.2 LAS RELACIONES ENTRE EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL Y LOS ORDENAMIENTOS ESTATALES.

La eficacia del Derecho internacional depende de la incorporación de las normas internacionales a los Derechos internos de los Estados. Son los Estados los destinatarios principales de las normas internacionales. Son ellos los encargados de dar validez incorporándolos a sus Derechos internos, de tal manera, que estas normas sean obligatorias para el Estado en su conjunto pero también para los ciudadanos sometidos a su jurisdicción.

Todo esto es posible por la existencia del Principio de Buena Fe, dado que no existen mecanismos centralizados institucionalizados de aplicación de las normas. Tienen que ser los Estados los que se encarguen de aplicar las normas.

Los órganos del Estado tendrían una doble función, lo que se ha denominado el DESDOBLAMIENTO FUNCIONAL. Los órganos del Estado son al mismo tiempo los responsables de asegurar el cumplimiento de las normas internacionales.

Estas relaciones se pueden percibir a diario en la medida en que muchas normas internacionales se remiten al Derecho interno de los Estados para asegurara su cumplimiento.

Ej. El Convenio para la sanción del delito de genocidio. Además, de Derecho interno puede remitirse al Derecho internacional para la traducción de determinadas normas.

Ej. El art.10.2 de la CE. El Derecho interno se remite a las normas internacionales a la hora de interpretar los Derechos fundamentales.

14.3 LA RECEPCIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO. DERECHO ESPAÑOL.

Debemos preguntarnos si las normas internacionales tienen eficacia en los Derechos internos sin cumplir ningún trámite más o es necesario que los Estados adopten determinados actos para atribuir eficacia a dichas normas internacionales.

Hablamos de la recepción del Derecho internacional. En este punto debemos hacer referencia a dos teorías desarrolladas dentro de un debate sobre este aspecto en la Sociedad Internacional:

DUALISMO, defendido por Triepel. Sostiene que el Derecho internacional y el Derecho interno tienen distintas fuentes y regulan relaciones diversas. Son dos ordenamientos totalmente separados, las normas internacionales son irrelevantes para los Derechos internos.

Para que estas normas internacionales tengan validez y eficacia para los Derechos internos se precisa un acto de recepción del Estado para incorporar la norma al Derecho interno.

MONISMO, postura defendida por Kelsen y Scelle. Sostienen la existencia de una unidad esencial entre del Derecho internacional y el Derecho interno. A partir de esta unidad esencial admiten la superioridad del Derecho internacional frente a los Derechos internos. Dicen que las normas internacionales se incorporan a los Derechos internos de forma automática. Dicen además que prima sobre el Derecho interno del Estado.

Estas concepciones se han ido progresivamente atenuando. Cada ordenamiento jurídico estatal va a elegir cual es la forma a través de la cual se incorporan las normas internacionales a su Derecho interno.

Parece indiscutible que las normas internacionales priman sobre las internas en caso de contradicción.

A. DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

En el caso de los TI existe una manifestación del consentimiento *expresa*, cosa que no ocurre con la Costumbre, dando origen a ciertos problemas de identificación. Como se trata de normas no escritas, la integración o recepción en el Derecho internacional se realizará de forma automática sin necesidad de que se realice ningún acto formal de recepción.

Los ordenamientos estatales admiten esta presunción (siempre y cuando el estado no sea objetante persistente). Forma parte del Derecho interno desde el momento de su creación y por tanto, es aplicable por el juez del Estado.

Ej. La Constitución alemana o la Constitución italiana.

Con respecto al Derecho Español, no se recoge en la Constitución española esta posibilidad. Aunque la ausencia de referencias no implica que se rechace esta incorporación automática.

En el borrador de la Constitución se incluía esta referencia pero posteriormente se eliminó. En el art. 96.1 encontramos una referencia a la Declaración de los Derechos Fundamentales, podemos entender que implícitamente España está admitiendo la incorporación de forma automática de las normas consuetudinarias. Las normas incorporadas tienen un rango jerárquico que es superior al de las leyes.

La recepción del Derecho Internacional General es *automática*. Para la costumbre no se necesita ratificación expresa, la incorporación es inmediata.

B. DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL

¿Cómo se reciben los TI en los Derecho internos?. Esta recepción es la más importante porque la mayoría de las normas provienen de los Tratados internacionales. Son importantes además porque estas normas pueden generar Derechos y Deberes para los particulares.

Cuando un TI crea esas obligaciones, ¿cuándo se incorpora al Derecho interno?

Partiendo de estas 2 ideas decimos que no hay un único sistema a partir del cual se incorporan, cada Estado tiene sus mecanismos. Estos mecanismos varían entre 2 extremos:

– Hay Estados que exigen un acto legislativo expreso de incorporación del TI al Derecho interno. Cuando un Estado va a manifestar su consentimiento va a elaborar una ley en la cual se establecen los Derechos y Obligaciones contenidos en un TI. Y de esta manera, se incorpora el TI al Derecho interno. Este modelo lo sigue Gran Bretaña.

– La incorporación automática. Desde la manifestación del consentimiento, el TI automáticamente se integra en el Derecho interno del Estado. En estos casos normalmente se suele exigir la publicación del tratado.

(Una cosa es que no sea necesario aprobar una ley para su incorporación y otra diferente es que el propio TI exija la aprobación de normas internas, leyes de desarrollo, para desarrollar el TI.

Estos son los 2 grandes mecanismos; ahora bien ¿cuál es el mecanismo que sigue el Derecho español?

En España se utiliza la *recepción automática* y ello está regulado en el art. 96.1 de la CE y en el art. 1.5 del Código Civil.

De estos textos se deduce que es la publicación del TI la condición que se exige para la incorporación directa de las normas en el ordenamiento jurídico español. Y su publicación en el BOE.

En España no se necesita ningún acto legislativo. La publicación tiene una importancia especial de cara a que el TI pueda producir efectos para los particulares.

Desde que el Estado manifiesta su consentimiento queda obligado por el TI y los órganos del Estado y los órganos del Estado tienen que cumplir las disposiciones, pero mientras el TI no se publique no produce efectos para los particulares

Un particular cuando sabe de la existencia de un TI que todavía no se ha publicado puede exigir a la Administración beneficiarse del TI, y si le provocara perjuicios podría pedir responsabilidad a la Administración.

Según el Código Civil la publicación tiene que ser en el BOE. Sin embargo, la Constitución habla únicamente de los TI una vez publicados en España, no hay ninguna referencia expresa al BOE.

Esta falta de referencia podemos entenderla pensando en la adhesión de España a las Comunidades Europeas porque estos TI son válidos desde que se publican en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, no se necesita publicación en el BOE. También los TI con la Unión Europea, que no se publican en el BOE, sino en este diario.

Con respecto a la publicación hay otra cuestión: en el Código Civil se habla de publicación íntegra; el TI tiene que ser publicado en su integridad: reservas, protocolos, aplicación provisional, objeción de reservas,... Todos los actos relacionados con el TI y todos los actos que se realicen con posterioridad a la publicación (modificaciones, aceptación de reservas,...)

La publicación marca el momento a partir del cual el TI crea Derechos y Obligaciones a los particulares. Esto implica que en España se rechacen los TI SECRETOS ya que no tienen ninguna eficacia interna, no quedan incorporados al Derecho interno.

¿Cuál es la *jerarquía* de los TI dentro del sistema de fuentes del Derecho español?

Con carácter general se establece la primacía de los TI sobre las normas internas (leyes).

Esta primacía se hallaba reconocida en la Constitución republicana de 1931 y con posterioridad lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Asimismo, en el proyecto constitucional se establecía también la primacía de los TI pero esto se eliminó finalmente.

Sin embargo, implícitamente la CE reconoce la primacía de los TI. Acudimos al art. 96.1 que nos dice que los TI pueden ser modificados por leyes internas. Si el Estado quiere derogar el TI tiene que seguir las normas previstas por el Derecho Internacional de la Convención de Viena o seguir las normas del Derecho interno.

Un TI posterior no deroga al anterior, para ser derogado hay que seguir la Convención de Viena.

C. LOS ACTOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Existen muchas organizaciones de las que son miembros los Estados . Las organizaciones pueden crear un *Derecho derivado*.

Algunos de estos actos pueden implicar el establecimiento de obligaciones para los particulares de modo que tenemos que saber cual es la eficacia interna de los actos de las OO.II.

En primer lugar, estos actos van dirigidos a los Estados, sólo producen efectos jurídicos a los Estados. Por sí mismos no producen efectos jurídicos para los particulares, sólo para las organizaciones estatales.

Corresponde a cada Estado decidir de qué modo va a hacer obligatorios esos actos para los particulares (ciudadanos). Sólo cuando el Estado halla aplicado las medidas de aplicación, sino no tiene efectos jurídicos para los particulares.

En los últimos años nos encontramos medidas del Consejo de Seguridad (embargos, sanciones de carácter particular,...) que finalmente afectan a los particulares.

¿Cuándo son eficaces estas sanciones? Cuando el Estado tenga las medidas de aplicación necesarias.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad no se publican en el BOE. Sin embargo, nos encontramos 2 supuestos de resoluciones del Consejo de Seguridad que se han publicado en el BOE: Resolución 827(1993) y Resolución 955(1994) a través de las que se crean los Tribunales Internacionales Penales para la Ex Yugoslavia y Ruanda.

La publicación es necesaria porque se crean dos tribunales que iban a ser concurrentes con los tribunales españoles. Para establecer la compatibilidad hay que reconocer la superioridad de los tribunales internacionales. Estas dos resoluciones se incorporan al Derecho interno.

LOS ACTOS DEL DERECHO COMUNITARIO:

Es el Derecho de las Comunidades Europeas. ¿Cómo se aplican en España los actos del Derecho Comunitario?

Estas disposiciones no se publican en España, tienen efectos jurídicos desde que se publican en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

En el caso de los Reglamentos que son directamente aplicables y crean efectos jurídicos sobre particulares sin necesidad de una ley interna para su aplicación.

Las Directivas comunitarias necesitan normas internas de aplicación para producir efecto directo. Hay una excepción, cabe la posibilidad de que por sí sólo creen efectos directos.

14.4. LA EJECUCIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO. DERECHO ESPAÑOL.

La ejecución corresponde a los Estados. Una vez incorporadas las normas, tenemos que ver cómo se llevan a la práctica teniendo en cuenta 2 supuestos:

- Hay normas internacionales que sólo generan Derechos y Obligaciones para los **Estados**.
- Hay normas internacionales que crean Derechos y Obligaciones para los **particulares**.

La aplicación de estas normas hace necesaria la intervención de los órganos estatales, incluso de los Tribunales.

Las normas internacionales no son siempre precisas, a veces, son obligaciones genéricas que tienen que ser concretadas por los Estados.

En este sentido, se ha establecido una distinción entre normas que son SELF-EXECUTING: Son directamente aplicables, por sí solas producen efectos a particulares sin necesidad de ley de desarrollo. Y normas que no son self-executing, que precisan la adopción de otro tipo de normas para su desarrollo.

Hecha esta distinción, al margen de cual sea el tipo de normas, la cuestión a determinar es cuáles son los

órganos a los que le corresponde la ejecución de las normas.

Los Estados asumen la función de ejecución de las normas internacionales pues en caso contrario el Estado caería en la *responsabilidad internacional*.

En el Derecho español, en la CE encontramos 2 preceptos donde podemos encontrar referencias a esta cuestión:

- Art. 97: Atribuye al Gobierno la potestad ejecutiva y reglamentaria: ejecución de tratados internacionales y desarrollo legislativo.
- Art. 93: Corresponde a las Cortes o al Gobierno.

Se refiere a los TI que implican la cesión de competencias del Estado a organizaciones supranacionales.

El Gobierno es el titular del ejecutivo. Tiene la capacidad de ejecutar las normas internacionales y potestad reglamentaria en desarrollo de un TI.

Pero cuando el desarrollo requiera la aprobación de normas con rango de ley serán competentes las Cortes.

También los Tribunales son competentes para asegurar el cumplimiento de los TI.

Cuando un TI requiera la adopción de normas con rango de ley, también va a ser competente el Consejo de Estado.

Nos planteamos una cuestión, qué ocurre con las CC.AA ¿tienen algún tipo de competencia en la aplicación de normas internacionales?

Prácticamente en casi todos los Estatutos de Autonomía se recogen cláusulas de ejemplos de los TI en materias atribuidas a las CC.AA.

Esta cuestión se plantea en relación con el Derecho Comunitario, no con el general. El Tribunal Constitucional ha reconocido que en la aplicación de las normas comunitarias hay que respetar el reparto de competencias entre las CC.AA y el Estado. Pero el que es responsable internacionalmente es el Estado.

Entonces hay que articular medidas que permitan asegurar el cumplimiento del Derecho Comunitario para las CC.AA que lo incumplan. **Mecanismos:**

- Aplicar con carácter supletorio el Derecho del Estado hasta que la CC.AA cumpla la normativa, se aplica la legislación del Estado.
- Aplicar el art. 155.1: prevé la intervención del Estado en aquellas CC.AA que incumplan reiteradamente sus obligaciones

TEMA 15: EFECTOS E INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

Vamos a centrarnos en los distintos problemas que nos crean el cómo se aplican los TI: efectos e interpretación.

15.1 EFECTOS DE LOS TRATADOS: a) EFECTOS EN CUANTO A SUJETOS; b) EFECTOS EN EL TIEMPO; c) EFECTOS EN EL TIEMPO. TRATADOS SUCESIVOS.

a) EFECTOS EN CUANTO A SUJETOS.

Primero hay que determinar respecto a qué sujetos provoca efectos el TI. Los TI cuando entran en vigor no crean efectos jurídicos, sólo hasta que los Estados hayan manifestado su consentimiento. Y sólo crea derechos y obligaciones para los Estados que hayan aceptado el TI.

Esto se puede deducir del **art. 26 del C.V**: todo TI en vigor obliga a las partes cuando hayan manifestado su consentimiento.

¿Qué ocurre con los terceros Estados que no hayan manifestado su consentimiento? ¿Pueden verse afectados por el TI?

El Convenio de Viena en principio dice que sí, que existe esa posibilidad. El

art. 34 establece la regla general: un TI no crea obligaciones y derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.

Es necesario el consentimiento del tercer Estado pero no en relación con el TI, sino en relación con ese efecto que le causa el TI.

Sin embargo, la propia Convención de Viena establece determinados supuestos particulares:

– Los TI que establecen obligaciones para terceros Estados (se comprometen a hacer algo o a no hacerlo).

El Estado A y C se comprometen a dejar aviones en sus respectivos espacios aéreos pero establecen una cláusula, siempre que los Estados de B dejen sobrevolar a A y C sobre su territorio. Le imponen una obligación a B. Hay que ver si B está de acuerdo o no. Para que esto sea posible, para que un TI cree una obligación con un Estado, el **art. 35 del C.V** establece una serie de condiciones:

- Que los Estados parte en el TI tengan la intención (clara voluntad) de crear esa obligación para el Estado B–
- Que el tercer Estado acepte de forma expresa y por escrito la obligación (que B acepte que los Estados A y C sobrevuelen su territorio).

Si se quiere revocar esa obligación, se va a requerir el consentimiento de todos los Estados parte en el TI y el del tercer Estado.

– El segundo supuesto específico es el del TI que crea derechos a favor de terceros: visados, tratados bilaterales, circular libremente,...

Esto está regulado por el **art. 36 del C.V** para que el TI produzca efectos. Las condiciones son las siguientes:

- Que exista la disposición en el TI (que lo recoja un artículo del TI)
- Que exista la intención entre los Estados parte del TI de conceder ese beneficio a un tercer Estado.
- Que el tercer Estado acepte ese que le concede aunque el consentimiento se va a presumir mientras el Estado no manifieste lo contrario.
- Además, el Estado a de cumplir las condiciones previstas en el TI para concederle ese beneficio. (Por ejemplo que el Estado no intervenga en conflictos armados con otros Estados)

En cuanto a la posibilidad de revocar ese Derecho, se requiere el consentimiento del tercer Estado. Si en el TI se estableció que ese beneficio iba a ser irrevocable o inmodificable. Sino basta con el consentimiento de los Estados parte.

– Otro supuesto que también prevé el Convenio de Viena son los TI que dan lugar a una costumbre. Un TI puede dar lugar a una norma consuetudinaria (Efecto Generador). Y esto puede crear obligaciones a Estados que no eran parte de ese TI; estos Estados podrían quedar implícitamente obligados por el TI por vía consuetudinaria (indirectamente).

– Un último supuesto, que no aparece en el Convenio de Viena, es la cláusula de nación más favorecida. Es una cláusula que se incorpora a un TI en virtud a la cual es Estado que la concede se compromete a extender al beneficiario de la misma todas las ventajas que concedió o concederá en el futuro a un tercer Estado en los mismos términos que a este último y sin que sea preciso un nuevo acuerdo para ello.

b) EFECTOS EN EL TIEMPO

Se hayan recogidos en el **art. 28 del C.V** en el que se establece la *irretroactividad* de los TI, no produce efectos jurídicos para las situaciones ocurridas antes de su entrada en vigor.

c) EFECTOS EN EL ESPACIO. TRATADOS SUCESIVOS

La regla general es que los TI son obligatorios en relación con la totalidad del territorio, salvo que del TI se desprenda otra cosa. Así lo establece el

art. 29 del C.V.

En muchos casos, los TI pueden establecer cuál es el ámbito de aplicación territorial, algunos lo hacen de forma muy precisa. Ej: TI sobre la Antártida (**art. 6**), sólo produce efectos en el ámbito territorial que se describe.

Hay que decir que cuando hablamos de territorio del Estado estamos haciendo referencia:

- Al espacio terrestre
- A los espacios marítimos adyacentes a ese espacio terrestre y sometidos a la soberanía del Estado (aguas interiores y mar territorial)
- El espacio aéreo correspondiente a cada uno de ellos.

¿Qué ocurre con los territorios dependientes (colonizados)? Se dice que con carácter general, los TI sólo se aplican al territorio metropolitano y no a los territorios dependientes. Aunque cabe la posibilidad de que se establezca que también sea aplicado a las colonias del Estado.

Ahora nos planteamos una cuestión particular: los TRATADOS SUCESIVOS. Cuando la aplicación de normas convencionales cae en la concurrencia con varios TI que regulan una misma materia. Entonces: ¿cuál es el TI que vamos a aplicar de manera preferente?

Si son compatibles no hay problema pero si son incompatibles sí. Por ejemplo la Declaración de Derechos del Niño dice que los menores de 15 años no deben participar en conflictos armados, la OIT dice que no debe intervenir los menores de 18 años.

¿Qué convenio aplicamos? El TI posterior modifica parcialmente al anterior pero no lo deroga, ambos TI están en vigor. El segundo no trata de modificar ni poner fin al primero, coexisten los dos. Y el segundo no puede suponer una violación del anterior.

Cuando hablamos de tratado sucesivos partimos de la superioridad de la Carta de la ONU sobre el resto de los TI. Esta superioridad se manifiesta en el **art. 10 de la Carta de la ONU**: cuando existe una contradicción entre obligaciones derivadas de la Carta u obligaciones derivadas de otros TI se aplica lo que dice la Carta.

El resto de los TI se encuentran en pie de igualdad.

¿Qué ocurre cuando dos TI regulan obligaciones diferentes? El Convenio de Viena contempla 2 posibilidades:

- Que en el segundo convenio se regulen las relaciones con el primero (cual se va a aplicar con carácter preferente).
- Si no se ha establecido nada en el tratado anterior será aplicables sólo en la medida en que sea compatible con el tratado posterior de tal modo que si el primero es totalmente incompatible con el segundo se dará por acabado el primero, dejará de aplicarse.

Este problema se nos plantea cuando un mismo Estado A ha ratificado los dos tratados y estos son incompatibles. Si B sólo firma uno (el de la OIT), las relaciones entre A y B se regulan/rigen por el TI aceptado por B.

15.2 INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS: a) LA REGLA GENERAL DE INTERPRETACIÓN; b) LAS MEDIDAS COMPLEMENTARIAS Y UNIDAD DEL PROCESO DE INTERPRETACIÓN.

a) LA REGLA GENERAL DE INTERPRETACIÓN

El carácter escrito de los tratados nos proporciona cierta *seguridad jurídica*. Seguridad jurídica que está ligada a la necesidad de la claridad de las normas internacionales. Y para tener claro lo que expresan las normas es necesario interpretarlas. Esta tarea le corresponde a los Estados parte en el propio tratado.

Por interpretar entendemos: precisar el alcance y el contenido del tratado.

La interpretación de los tratados es una fuente constante de controversias entre los Estados. El mismo texto puede ser interpretado de diversas formas. El Estado interpreta conforme a sus intereses.

Para evitar estos problemas muchas veces los Estados se ponen de acuerdo y determinan cual va a ser la interpretación del tratado. Por ejemplo en el **art. 2 de la C.V** se nos dice que se entiende por tratado, por reservas,... Los Estados han interpretado los términos de tal manera que un Estado no pueda ofrecer otra definición divergente.

Hablamos de interpretación auténtica cuando ésta se encuentra dentro del tratado, este es el caso del ejemplo anterior.

Pero los Estados pueden no ponerse de acuerdo, acudiendo a un tercer Estado que sea quien les diga cuál es el contenido exacto de ese convenio. Los órganos de las OO.II también contribuyen a la interpretación de los TI.

Ya sean los propios Estados, las OO.II o los Tribunales, todos ellos interpretan los TI conforme a una serie de reglas establecidas en el Convenio de Viena de 1969, atendiendo a 3 grandes elementos:

- El texto del Tratado
- La intención de los Estados parte.
- El objeto y fin del Tratado.

Debemos determinar los puntos o aspectos respecto a los cuales los Estados llegaron a un acuerdo para celebrar el TI, a la hora de interpretar el mismo. Un Estado puede estar de acuerdo con el texto de un tratado por unas razones y otro Estado también puede estar de acuerdo con dicho tratado pero por diferentes razones.

Se llega a un consenso más fácilmente en un texto más genérico que en un texto concretizado, sobretodo en

los tratados multilaterales.

A la hora de la interpretación también se aplica el PRINCIPIO DE BUENA FE. Esta idea implica que no se pueden realizar interpretaciones que conduzcan a resultados ilógicos, hay que buscar un efecto útil. (Se sobreentiende que toda norma jurídica tiene utilidad).

Partiendo de esta idea de buena fe el **art. 31.1 de C.V** nos dice: Un tratado deberá interpretarse en sentido corriente que ha de atribuírsele en los términos del tratado, en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objetivo y fin.

En primer lugar, nuestra interpretación ha de basarse en el texto del tratado, e interpretarlo según el significado ordinario de las palabras. Cuando hacemos referencia al contexto, queremos decir que la interpretación de un artículo de un tratado no se puede hacer aisladamente, hay que tener en cuenta el conjunto del tratado, es decir, donde está ubicado ese artículo. Hablamos de una interpretación sistemática. Debemos incluir el preámbulo y los anexos.

Además, la interpretación tiene que hacerse en conformidad con el objeto y fin del tratado. Sería lo que denominaríamos *interpretación teleológica*. Queremos decir que la interpretación de un artículo no puede ir en contra del objeto y fin del propio tratado o convenio. Esta referencia limita a los Estados a la hora de hacer valer sus propios intereses. Los Estados no pueden interpretar aisladamente una norma prescindiendo del objeto y fin del TI. Sería ilógico admitir restricciones de objeto.

b) MEDIDAS COMPLEMENTARIAS Y UNIDAD DEL PROCESO DE INTERPRETACIÓN.

– **Artículo 10 del C.V:** Hace referencia a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración (tratamos de determinar las intenciones de las partes).

– **Artículo 33 del C.V:** Se refiere a los tratados que están autenticados en varios idiomas. A este respecto, hay que decir que el art. 33 establece la igualdad entre los textos auténticos de los diferentes idiomas. Si hay discrepancia entre los distintos textos hay que decir que aquella interpretación que permita armonizar y conciliar las distintas versiones del tratado, será la correcta.

TEMA 17: APLICACIÓN DE LA NORMA Y CONTROVERSIA

INTERNACIONAL.

17.1 CONTROVERSIA INTERNACIONAL. CONCEPTO Y CLASES.

Son los Estados los encargados de la aplicación de las normas internacionales. Dentro del contexto internacional, la aplicación de las normas no siempre es pacífica. Por distintas razones pueden surgir discrepancias entre los Estados.

Se habla de que surgen conflictos, estos conflictos que surgen como consecuencia de una divergencia de intereses entre dos o más estados, que se manifiestan en sus relaciones mutuas. Es una divergencia de intereses o de pretensiones que dan lugar al conflicto que afecta a las relaciones entre dos Estados.

En algunos casos pueden suponer una amenaza a la paz. En el Derecho internacional, se habla de controversias internacionales dentro de esa amplia gama de conflictos. Los podemos definir como una discrepancia entre Estados sobre cuestiones de hecho o sobre cuestiones de derecho. Hablamos de una contraposición de intereses entre Estados en sus relaciones.

El **art. 2.3 de la Carta de la ONU** establece que los Estados arreglarán sus controversias internacionales de

una forma pacífica.

Los elementos que definen la noción de controversia internacional son:

- a) Tiene que existir una oposición de actitudes, de intereses o de pretensiones entre dos o más Estados, en relación con una cuestión de hecho o de derecho.
- b) Tiene que referirse a una cuestión de hecho o de derecho. La controversia puede estar referida a la aplicación de una norma internacional.

La noción de controversia se refiere tanto a las de carácter político como a las de carácter jurídico aunque no es fácil de desligar estas dos controversias. La controversia jurídica es aquella que se refiere a la interpretación de las obligaciones derivadas del Derecho internacional.

- c) Tiene una existencia objetiva. La controversia se produce desde el momento que hay una oposición de intereses que es manifiesta internacionalmente. No deriva, por tanto, de la voluntad del Estado.

Otro aspecto de la aplicación de la norma internacional se refiere a los *mecanismos* dirigidos a tratar de resolver las controversias surgidas entre los Estados. Mecanismos presididos por 2 grandes principios:

- Principio de arreglo pacífico de las controversias internacionales
- Principio de prohibición del recurso a la fuerza para resolver las controversias internacionales.

La consagración de estos dos principios es relativamente reciente aunque el principio es más antiguo, ya que lo podemos encontrar en el siglo XIX. El problema que existía en esta época residía en que el principio de arreglo pacífico de las controversias era una nueva alternativa al uso de la fuerza.

Podrían utilizar de forma lícita la fuerza armada (**art. 1 del Convenio de la Haya de 1907**). A principios del siglo XX, los Estados se dan cuenta de que la fuerza no resultaba factible para sus intereses. No son beneficiosas. En este momento comienza a surgir la idea de que hay que tratar de arreglar las controversias de forma pacífica. Aunque el Estado podía utilizar la fuerza.

El principio de prohibición del uso de la fuerza es un principio que se ha ido asentando progresivamente. Hemos de esperar al **art. 2.4 de la Carta de la ONU** para encontrar enunciado este segundo principio.

Ambos principios están ligados. Se han visto desarrollados en la **Res 2625(XXV)** y constituyen hoy en día principios estructurales del Derecho Internacional y, por supuesto, normas de ius cogens.

17.2 PRINCIPIO DE ARREGLO PACÍFICO DE CONTROVERSIAS Y PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA:

A. OBLIGACIÓN DE ARREGLO PACÍFICO Y PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL MEDIO:

Está vinculado al *principio de igualdad soberana de los Estados*, de tal modo, que cada Estado es plenamente libre a la hora de determinar la forma en que va a arreglar una controversia internacional. Ningún Estado puede intervenir en una controversia entre otros Estados, salvo para ofrecer sus buenos oficios.

Este principio también implica que cuando las partes hayan decidido someter la controversia a un determinado arreglo estarán en un plano de igualdad

Debemos apuntar que las partes se comprometen a alcanzar un arreglo pero determinan el procedimiento a través del cual se va a llegar a ese resultado. Deja a las partes plena libertad a la hora de elegir el procedimiento, de tal modo, que junto a la obligación de arreglar las controversias de forma pacífica, existe un *principio de elección del medio* a través del cual van a llegar a ese resultado.

Esta idea se manifiesta en el **art. 33 de la Carta de la ONU**. Los Estados pondrán los medios necesarios para arreglar las controversias. Pero no están obligados a llegar a un arreglo, a una solución final; están obligados a no emplear la fuerza para arreglar las controversias.

La controversia sigue mientras los Estados no se pongan de acuerdo. Se exige que los Estados actúen de Buena Fe, con una clara voluntad de llegar a una solución. En una controversia los Estados pueden acudir a varios mecanismos de acuerdo (un TI, un mediador,..)

B. LÍMITES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA. ALCANCE DEL PRINCIPIO Y EXCEPCIONES.

En el Tratado Briand–Kellog se establece la primera prohibición del recurso a la fuerza. Es un Tratado bilateral de 1928 entre Francia y EE.UU en el que se contenía una cláusula de prohibición del uso de la fuerza. A este tratado bilateral se le añadieron otros Estados. En la II Guerra Mundial este tratado se había convertido en una norma consuetudinaria. Posteriormente este principio fue recogido en la Carta de las Naciones Unidas pasando a estar también regulado en una norma convencional.

La consagración definitiva del principio se encuentra en el **art. 2.4 de la Carta de la ONU**. Además se recoge en la **Res. 2625(XXV)** y en otra resolución, la **Res 3314(XXIX)** en la que se define la agresión. La *agresión* es el supuesto más grave del uso de la fuerza.

Señalados los distintos textos donde se ha consagrado este principio, ahora tenemos que ver qué implica este principio, su contenido:

1. Para clarificar el contenido del mismo hay que decir que este principio sólo prohíbe el uso de la fuerza armada, militar. No prohíbe el uso de otros mecanismos como: los embargos, los bloqueos económicos,... Ej. EE.UU a Cuba.

2. No sólo prohíbe el uso, también prohíbe la amenaza del uso de la fuerza.

3. Prohíbe el uso de la fuerza entre Estados, en sus RR.II, cuando un Estado utiliza la fuerza armada en el interior de sus fronteras no viola ese principio.

Ej. Represión del ejército ruso contra Chechenia.

Hay una salvedad: si habría violación del principio si un Estado está ayudando, financiando o apoyando o incluso dirigiendo a un grupo guerrillero en sus acciones dentro del otro Estado. Ej. EE.UU violó este principio en el caso de Nicaragua.

4. Establece únicamente obligaciones para los Estados, no por parte de las Organizaciones Internacionales. Las Organizaciones también tienen la capacidad de recurrir a la fuerza con excepción de las Naciones Unidas previa decisión del Consejo de Seguridad.

5. Se prohíbe el uso de la fuerza cualquiera que sea su objeto y fin. Cualquiera que sea el propósito. Ej. Art. 24 de la ONU. A raíz de la acción militar de la OTAN contra Kosovo ha surgido la discusión de si las intervenciones humanitarias de un Estado estarían permitidas o estarían prohibidas. Hoy por hoy, este tipo de acciones se consideran que están totalmente prohibidas.

Constituye en la actualidad una norma ius cogens y uno de los principios estructurales.

Prevé una serie de excepciones:

- La legítima defensa
- El uso de la fuerza por los pueblos sometidos a dominación colonial
- El uso de la fuerza en el marco del **Capítulo VII** de la Carta de la ONU

1. La legítima defensa es el único supuesto en el que se permite a los Estados recurrir a la fuerza de forma unilateral, es decir, individualmente.

En la actualidad esta figura además de que tiene un carácter consuetudinario está recogido en el **art. 51 de la Carta de la ONU**. La situación que contempla es la de un Estado que sufre un ataque armado por parte de otro Estado. En este caso se permite que el Estado atacado reacciones contra el Estado atacante a través del uso de la fuerza armada.

Se prevé que la legítima defensa puede ser individual o colectiva. Ej. La OTAN es un órgano de legítima defensa colectiva. Frente a un ataque que sufre alguno de sus miembros todos los miembros podrían emplear la fuerza contra el Estado atacante.

Problema: se ha empleado por los Estados para legitimar medidas de fuerza que en realidad son medidas ilícitas. Es necesario regular su ejercicio. A este respecto en el derecho consuetudinario se han establecido 3 condiciones:

- La inmediatez
- La necesidad
- La proporcionalidad

El **art. 51 de la Carta de la ONU** añade otras 2 condiciones:

- La provisionalidad
- La subsidiariedad

INMEDIATEZ: la respuesta armada del Estado tiene que producirse inmediatamente después del ataque armado (o tras un breve periodo de tiempo para no desligar la respuesta armada del ataque).

NECESIDAD: es la única medida posible para poner fin al ataque armado.

PROPORCIONALIDAD: tipo de respuesta a la cantidad de fuerza . Se puede expresar desde un punto de vista cuantitativo. El criterio que se aplica es el cualitativo. Se tiene que emplear toda la cantidad de fuerza para parar el ataque. Su finalidad ha de ser defensiva (no se debe aprovechar para castigar al Estado agresor).

PROVISIONALIDAD: los Estados pueden utilizar la fuerza hasta que el Consejo de Seguridad como órgano encargado de la paz internacional tome las medidas necesarias. Es una medida provisional. Normalmente es el organismo de seguridad colectiva no funcional.

SUBSIDIARIEDAD: son preferentes al empleo de la fuerza armada. En el momento en el que el Consejo de Seguridad llegue a una solución el Estado atacado debe dejar de utilizar la fuerza para dejar paso al Consejo de Seguridad que está siendo atacado.

Debe existir un ataque armado previo. Hay autores que hablan de una legítima defensa preventiva. Esta figura es considerada como ilícita. El Estado que actúa en legítima defensa tiene que respetar y seguir las normas y

principios del Derecho internacional humanitario.

2. En la actualidad los territorios que se consideran sometidos a dominación colonial son 17. La mayoría son islas excepto el Sahara. Por esta razón hoy por hoy no tiene relevancia esta excepción.

3. En cuanto al uso de la fuerza en el Capítulo VII de la Carta debemos señalar 2 ideas; Si en 1945 se estableció un mecanismo de seguridad colectiva destinado a mantener la paz internacional y llegado el uso a castigar a aquellos Estados que pusieran en peligro la paz y la seguridad internacional.

Con posterioridad a la II G.M se trataba de poner fin a aquellos usos de la fuerza aliados, para ello se dotaba al Consejo de Seguridad de la posibilidad de adoptar toda una serie de medidas coactivas contra el Estado atacante. Entre estas medidas, el Consejo de Seguridad puede utilizar el empleo de la fuerza armada (**art. 42 de la Carta de la ONU**)

A los 25 años de existencia de la ONU jamás se ha aplicado esta medida. Se utilizó otra figura que no está contemplada en la Carta pero que los Estados han aceptado, han aceptado autorizaciones del uso de la fuerza. El Consejo de Seguridad a través de una resolución autoriza a los Estados a aplicar la fuerza armada, en nombre del Consejo de Seguridad

Son los Estados los que deciden cómo aplicar la fuerza, esta es la diferencia con la figura contemplada en el art. 42. Esta figura puede conducir a que los Estados se excedan en el uso de la fuerza armada.

17.3. PROCEDIMIENTOS OBLIGATORIOS DE ARREGLO DE

CONTROVERSIAS CON INTERVENCIÓN DE TERCEROS.

Se plantea la cuestión de si se pueden imponer medios concretos para la resolución de controversias (hablamos de medios jurisdiccionales).

Hubo varios intentos de imposición, así se planteó esta cuestión a principios de siglo con los primeros intentos para prohibir el uso de la fuerza. Se estableció como recurso alternativo al uso de la fuerza el **arreglo de controversias obligatorio** de carácter jurisdiccional.

Esta idea no prosperó ya que los estados no aceptaron no aceptaron ver limitada su soberanía.

La propia creación del *Tribunal Permanente de Arbitraje* está ligado a este hecho. Se pretendía que los estados recurriesen a él obligatoriamente.

Después de la II Guerra Mundial hubo alguna propuesta de este tipo, al igual que en la Carta de Naciones Unidas. Pero podemos decir que hoy por hoy, no hay con carácter general un mecanismo obligatorio de arreglo pacífico de controversias.

En determinados ámbitos concretos sí encontramos un recurso obligatorio. Por ejemplo en la Convención de Viena de 1969 sobre el *Derecho de los tratados internacionales* se establece el recurso obligatorio al Tribunal Internacional de Justicia o a un órgano arbitral para todas las controversias relacionadas con el *Ius Cogens*.

También en la Convención de las Naciones Unidas sobre el *Derecho del Mar* se establece con ciertas excepciones un principio general de jurisdicción obligatoria.

En el ámbito de la OMC se establecen determinados mecanismos obligatorios para el arreglo de controversias de carácter comercial.

En determinados *ámbitos regionales* encontramos también otras referencias al procedimiento obligatorio de arreglo pacífico de controversias. Dentro de la Unión Europea, todas las controversias que emanan de la Unión Europea tienen que ser resueltas obligatoriamente por el Tribunal Internacional de las Comunidades Europeas.

En resumen, como regla general los estados no aceptan ver limitada su soberanía en este ámbito, observamos también aquí el relativismo del Derecho Internacional.

17.4. EL ARREGLO DE CONTROVERSIAS EN EL SENO DE LAS

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.

Las Organizaciones Internacionales, desde su aparición, han contribuido al arreglo de las controversias. Han introducido un elemento nuevo: han servido como cauce para el arreglo de controversias entre Estados (ej. Naciones Unidas).

Para llevar a cabo esta función pueden recurrir a medios políticos (mediación, conciliación,...) o a medios jurisdiccionales (muchas Organizaciones Internacionales disponen en su estructura orgánica de un órgano jurisdiccional).

Las Organizaciones Internacionales también han ampliado la noción de controversias internacionales. Ya no se limitan a los estados, sino que pueden surgir controversias entre Organizaciones Internacionales o entre un Estado y una Organización Internacional.

Relacionados con esta cuestión estaría el hecho de que cuando nos encontramos con controversias en las que aparece una Organización Internacional existe cierta limitación de la soberanía del Estado ya que normalmente se recurre para solucionar dicha controversia a los órganos que se encuentran dentro de la Organización Internacional.

No podrían recurrir al Tribunal Internacional de Justicia. De tal modo que este tipo de controversias limitan la capacidad de elección del medio de arreglo.

Esta enumeración nos da idea de la dificultad para reconocer en el Derecho Internacional la figura de los crímenes internacionales.

Cuando la propia Comisión de Derecho Internacional elabora esta enumeración alude siempre a violaciones graves, por el contrario, una violación no grave no constituiría un crimen internacional.

Junto a ello transcurre el dato siguiente:

Para poder hablar de crimen internacional como figura distinta de los delitos internacionales, la diferencia no va a ser una reflexión descriptiva o didáctica, siendo necesario advertir las consecuencias jurídicas.

Establecer las líneas de distinción que nos permite hablar de 2 figuras distintas:

Para poder hablar de crimen internacional hay que constatar que ese crimen deparará a sus autores unas consecuencias jurídicas más graves que las que llevaría aparejado el delito internacional.

Consecuencias ligadas no sólo a la obligación de reparación, sino también a la sanción, de carácter incluso punitivo.

Plantea también la cuestión de determinar cuáles son los sujetos legitimados para reaccionar contra ese Estado comisor del presunto crimen.

Además porque si decimos que constituyen violaciones graves de normas por las que se busca proteger los intereses generales de la Comunidad Internacional,

¿quién es el dañado? En términos generales, el que padece las consecuencias negativas es la humanidad en su conjunto, entonces ¿quién estará legitimado para reaccionar? Algunos autores consideran que la Comunidad Internacional podría estar representada por uno o algunos Estados, podría haber una legitimación de los Estados para reaccionar individual o autónomamente.

La práctica internacional pone de manifiesto los abusos a que podría dar lugar el que un Estado pretende tener esa legitimación. No se puede permitir que un Estado o grupo de Estados se arroguen la facultad de policía internacional.

El sujeto legitimado debiera ser sólo la Comunidad Internacional organizada a través de decisiones colectivas y autorizadas por órganos representativos de la Comunidad Internacional.

Estos órganos no existen a día de hoy a pesar de la tendencia existente que asimila la Comunidad Internacional. El *Consejo de Seguridad de la ONU* no representa a la Comunidad Internacional organizada. Ha nacido para ejercer funciones de policía internacional pero no para ejercer funciones de juez, de aplicador del derecho.

Este órgano no es un auténtico juez. Por razones políticas puede intervenir o no intervenir en determinados asuntos.

Por ello, ante la carencia de un sujeto claro, legitimado para reaccionar contra estos ataques, la figura del crimen se presta a más abusos que beneficios. Abusos de Estados que individualmente quieran reaccionar en nombre de la Comunidad Internacional.

Habría que advertir a todo ello que las consecuencias derivadas de la aplicación de la figura del crimen no podría ser impuesta por el Consejo de Seguridad.

Crawford (actual redactor oficial del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional) estimó más conveniente no seguir debatiendo sobre un precepto tan poco claro como el artículo 19 del Proyecto.

20.3. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO

Frente al Derecho Internacional *clásico*, hoy un hecho ilícito internacionalmente no sólo puede ser cometido por un Estado, sino también por otros sujetos de Derecho Internacional.

Transcende el dato de que otros sujetos también podrán ser responsables desde el punto de vista de la responsabilidad jurídica internacional.

Entre los sujetos del Derecho Internacional cabe destacar al **individuo**, al persona humana; pese a tener una capacidad inferior a la que en el ámbito internacional tiene el Estado.

El Derecho Internacional *moderno* se nos presenta con una cierta subjetividad jurídica. Va a reconocérsele una capacidad jurídica más limitada que la de los Estados.

Hoy en día gran cantidad de normas jurídicas internacionales van destinadas al individuo, sobre todo van destinadas a proteger sus derechos y libertades fundamentales. Esta protección ha adquirido relevancia internacional. Otras normas crean obligaciones.

Hoy todas las normas creadoras de Derechos y Obligaciones para los ciudadanos, permiten que un individuo

pueda hacer valer los mismos ante un Tratado internacional en ciertos ámbitos determinados. Son causas excepcionales.

En nuestro caso, dentro de la Comunidad Europea, un ciudadano podrá hacer valer sus derechos ante el *Tratado de Justicia de Comunidades Europeas* o ante el *Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo*.

Existe incluso la posibilidad de que un ciudadano pueda defender sus derechos reconocidos internacionalmente ante foros internacionales, posibilidad en todo caso bastante remota.

Esta subjetividad se corrobora cuando ante el presupuesto/relativismo de que un ciudadano habiendo cometido un acto ilícito puede llegar a ser enjuiciado por Tribunales internacionales.

El enjuiciamiento en estos casos, en términos generales, corresponde a los tribunales de los propios derechos internos.

Ante todo, el Derecho internacional reconoce la posibilidad de que el individuo en cuanto tal, pueda ser autor de determinados delitos o crímenes internacionales como los delitos contra el **derecho de gentes**, ya clásicos, como la **piratería**, la **esclavitud**; hoy en día podemos hablar de **terrorismo**, de tráfico de **drogas**,...

Dentro de los delitos contra el derecho de gentes destacan: *crímenes de guerra*, *crímenes contra la paz* (la violación del llamado *ius verum*), *crímenes de la humanidad* (transcendiendo de forma significativa el *genocidio*).

Es posible que un solo individuo pueda ser autor de uno de esos crímenes. Ahora, el papel del Derecho internacional es limitado, incompleto, porque normalmente la norma jurídica internacional la mayor parte de las veces no pasa de la fijación del tipo del delito, en el sentido de que la determinación e imposición de las penas al individuo autor del crimen internacional se deja a los ordenamientos jurídicos internos.

En términos generales, no existen tribunales penales internacionales. Son los derechos internos los que fijan las penas, y los encargados de imponerlas a los culpables.

Serán muy excepcionales aquellos casos en que la responsabilidad según el derecho internacional se va a poder imputar al individuo y éste ser penado en un procedimiento auténticamente internacional.

Los distintos campos materiales en virtud de los cuales puede ser responsabilidad de un delito o crimen internacional:

– CRÍMENES DE GUERRA:

Son las violaciones graves de los convenios, normas, usos, ... aplicables a los conflictos armados internacionales o no internacionales supondrían la violación grave de ciertas normas contenidas en los **Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949** y los **Protocolos adicionales de 1977** a los Convenios de Ginebra.

Partir del dato de que la guerra o conflictos armados son una realidad hoy, por mucho que el Derecho Internacional prohíba el uso de la fuerza armada y, concretamente y pese a todas las previsiones, la década de los años 90 pone de manifiesto esta realidad.

En la actualidad hoy los conflictos armados tienen el desgraciado objetivo de atentar contra la población civil.

Aunque resulte contradictorio, se busca humanizar lo más posible el fenómeno de la guerra. Que al menos se respeten los más mínimos principios de la humanidad.

Cualquier violación grave del Derecho internacional humanitario (nacido con Cruz Roja) hace surgir la responsabilidad internacional del individuo.

Comúnmente, aquellos ataques contra la propiedad civil, los ataques contra los prisioneros de guerra, o también las violaciones desde la perspectiva del Derecho internacional clásico.

Todo ello se regula en los *Convenios del 49* relativos a la protección de las personas libres. O también desde el derecho de *la Haya*, las violaciones de ciertas leyes o usos de la guerra, por los que se prohíbe el empleo de ciertas armas, o la destrucción de pueblos, ciudades,...

– CRÍMENES CONTRA LA PAZ:

Suponen que se puede constatar que las autoridades de un Estado han cometido un acto de agresión o han recurrido a la amenaza de agresión, con independencia de la responsabilidad internacional del Estado por ese acto de agresión.

¿Podría dirigirse contra esa persona o autoridad del Estado? Puede atribuirse la ineludible responsabilidad jurídica internacional del Estado, también podría exigirse individualmente la responsabilidad internacional.

– CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD:

Lo son: el **asesinato**, el **exterminio**, la **esclavitud**, la **deportación**, las **persecuciones contra una población civil** por motivos políticos, religiosos, culturales,... Especialmente relevantes son el **crimen de genocidio** y los derivados del **terrorismo internacional**.

No existen normas claramente definidas donde se regulen aquellas figuras de crímenes contra la humanidad, excepcionando el caso del genocidio.

El desarrollo progresivo general y la codificación de este cuerpo normativo se llevó a cabo por la *Comisión de Derecho Internacional* y el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la Seguridad de la Humanidad*. Aquí se regulan:

- crímenes de guerras.
- crímenes contra la paz.
- crímenes contra la humanidad, entre ellos el genocidio.

Sin embargo, seguimos constatando que el papel del Derecho Internacional en esta materia es insuficiente no existiendo un Tribunal Penal Internacional, siendo normalmente el Derecho interno el que se encargue de dilucidar las consecuencias para un individuo, derivados de crímenes internacionales.

Los *4 Convenios de Ginebra de 1949* incluyen una cláusula por la cual los Estados se comprometen a adoptar todas las *medidas legislativas* que sean necesarias para fijar las *sanciones penales* a las personas que cometan crímenes de guerra.

Y se comprometen a establecer la obligación de juzgar a esas personas a través de sus propios tratados o, como alternativa, a entregar a esas personas para su enjuiciamiento a cualquier otro Estado que esté dispuesto a juzgar a ese sujeto como presunto culpable

El autor de un crimen internacional será responsable de la infracción y por tanto estará sujeto a la imposición de una pena por la vía de los propios Tratados internos de los Estados que componen la Comunidad Internacional.

Pese a esta limitación del Derecho Internacional, la infracción de Derecho interno cometida por un individuo tiende a calificarse como **universal**, como propio de la jurisdicción universal. Desde los cuerpos normativos del 49 se obliga a todo Estado de la Comunidad Internacional a juzgar y sancionar a estos individuos con independencia de su nacionalidad o lugar donde hayan cometido el delito = **Principio de la competencia universal**.

En todo caso, el Estado queda obligado:

- A **juzgar** a los presuntos culpables que e encuentran en su territorio.
- O bien, a **entregar**, por la vía de la *extradición*, a aquel que reclame al autor del crimen internacional y esté dispuesto a juzgarlo.

Ello dará lugar al **Principio de aut dedere aut iudicare**.

Pese a sus limitaciones, el Derecho Internacional establece vías de cooperación jurídica internacional a través del **Principio de justicia universal** y del **Principio de aut dedere aut iudicare**, lo cual registrá para 2 supuestos concretos:

- GENOCIDIO
- TERRORISMO INTERNACIONAL

– CRIMEN DE GENOCIDIO:

Tras la 2º Guerra Mundial, los primeros actos de reconocimiento normativo que se produjeron al respecto de la posible Responsabilidad internacional del individuo, fueron por crear esta figura.

Se inician los **Convenios para la prevención y la sanción del Crimen de Genocidio** el 4 de diciembre de 1948. En ellos se define este crimen como delito del Derecho Internacional, que las partes se comprometen a sancionar conforme a tal instrumento .

De acuerdo con el **art. 2**, en la presente Convención, se entiende por continuación, perpetrada con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- Matanza de los miembros del grupo.
- Lesión grave a la integridad física o moral de los miembros del grupo.
- Sometimiento internacional del grupo a condiciones de existencia que hayan

de acarrear su destrucción física, total o parcial.

- Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
- Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Son todo un conjunto de *actos con el objetivo de eliminar a un grupo social, racial, étnico o religioso*.

No cabe predicar el genocidio respecto de grupos políticos, pues conforme al artículo 2, se restringe a los supuestos enunciados en aquel precepto.

La destrucción de una parte de la población civil por razones políticas empiezan a considerarse como crimen

internacional desde el **Estatuto de Roma** de la Corte Penal Internacional del 17 de Julio de 1998.

En su **art. 7.h.** considera crimen contra la humanidad, la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, racionales, nacionales, étnicos,...

El **art. 6** del **Convenio sobre el Genocidio** de 1948 dice: las personas acusadas de genocidio (...) serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o, ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

Esta **Corte Penal internacional** de la que hasta el artículo 6 nunca ha llegado a crearse. En materia de genocidio siguen siendo competentes los tribunales penales internos.

La figura del genocidio está creada pensando en el individuo, en la persona, e independientemente de que esa persona sea un ente público.

El **art. 9** del Convenio de Genocidio dice que las controversias entre las partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio (...) serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las partes en la controversia.

En el mismo, se hace referencia a que las posibles controversias que surjan en la aplicación de tal convenio entre las partes del mismo, serán sometidas al Tribunal Internacional de Justicia a petición de una de las partes de la controversia.

No se excluye, que aunque el Convenio del Genocidio esté pensando en atención a la persona, puede exigirse la responsabilidad internacional al propio Estado.

– ACTOS DE TERRORISMO INTERNACIONAL:

Cada vez son más los actos de violencia por los cuales se pone en peligro o se atenta contra la vida de las personas por razones políticas.

Por delito de **terrorismo internacional** se entiende cualquier *acto* o *amenaza* de violencia cometido por un individuo o grupo contra personas, organizaciones, lugares, sistemas de transporte o comunicación internacionalmente protegidos, con la intención de causar tales daños, y que obligue o suponga una presión, para adoptar decisiones de orden político.

Existen ciertos tipos de actos de terrorismo internacional que se regulan de forma parcial o sectorial en algunos instrumentos internacionales.

Los **Convenios en materia de seguridad de la aviación civil**. Entre ellos destacar:

- *Convenio de Tokio* de 1963 sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves.
- *Convenio de la Haya* sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves.
- *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil*. Montreal, 1971.

Junto a los convenios enumerados, otro instrumento convencional con el que se busca la regulación de los actos de terrorismo, en materia de seguridad de la navegación marítima:

- *Convenio de Roma* de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima.
- *Convenio de 1973* sobre protección de personas internacionalmente protegidas.
- *Convenio sobre la toma de rehenes* de 1979, Nueva York.

En todos estos convenios se piensa en la responsabilidad internacional del individuo.

Para hacerle operativa, los Estados quedan obligados a tomar en su orden interno cuantas medidas sean necesarias para regular la responsabilidad penal de esos individuos; a tomar todas las medidas necesarias para esos tribunales puedan ser competentes para juzgar y sancionar a los presuntos culpables del terrorismo internacional.

Y, competentes con independencia de la nacionalidad del individuo y con independencia del lugar de comisión del delito.

Transcende de estos instrumentos, el ***Principio de competencia o justicia internacional***, a su vez matizado por el ***Principio de aut dedere aut iudicare***.

Son dos actos que adquieren particular relevancia y, desde el punto de vista del Derecho español hay que advertir que nuestro *Código Penal* desde la Reforma de 1995 abre un título, el título XXIV y que lleva por título *Delitos contra la Comunidad Internacional*, entre los que destacan el **art. 607** el delito de genocidio que recoge casi textualmente los supuestos de genocidio del Convenio de 1948, fijando concretamente las penas.

De los **art. 608 a 614** se regulan los delitos contra las personas y bienes en caso de conflictos armados. Se recoge aquí lo que dice el Derecho Internacional, en concreto, en el Protocolo de 1977, también desde la perspectiva de una mayor concreción de las penas a imponer.

En el **art. 605 y 606** se regulan los actos de atentados contra personas internacionalmente protegidas.

Ya la *Ley Orgánica* del poder judicial de 1985 en su **art. 23.4** está de forma clara reconocido para España, el Principio de la justicia universal. Después de esta regulación se concretará en determinados delitos.

Este artículo, dice que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por los españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, susceptibles de tipificarse según la ley penal española como alguno de los siguientes delitos. En concreto el artículo 23.4 se refiere a los siguientes delitos:

1. El genocidio

- El terrorismo
- La piratería y el apoderamiento ilícito de aeronaves.
- La falsificación de monedas extranjeras
- Delitos relativos a la prostitución
- Los relacionados con el tráfico de drogas
- Cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales deba ser perseguido en España.

La responsabilidad internacional del individuo cada vez adquiere una regulación más precisa en el cuerpo jurídico internacional.

Encuentra sin embargo, una importante limitación al respecto de la capacidad de enjuiciar o sancionar al individuo por la vía de la justicia internacional en el ámbito práctico.

Lo ideal sería arbitrar un Tribunal Penal internacional que solamente existirá cuando los Estados tengan una auténtica voluntad política de ponerlo en práctica.

Es este un objetivo que viene marcado y definido a lo largo de la historia. Hoy ciertas experiencias históricas, sobre todo la surgida tras la 2ª Guerra Mundial. Se creaba un Tribunal para juzgar lo que entonces se denominaba crímenes de guerra. El 8 de agosto de 1945, se concentraba entre los gobiernos de las fuerzas aliadas: EE.UU, Francia y la URSS. La articulación de un Tribunal militar internacional:

Este tribunal juzgaba a los culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la paz aunque no existían aquellos convenios, pero sí existía un derecho de la Haya, y para juzgar crímenes contra la humanidad (exterminio,...)

Era para juzgar crímenes que todavía no existían en el derecho positivo. No existía un derecho sustantivo que regulara los crímenes contra la paz, lo que puso en duda y lo que suscitó polémica al respecto de la legitimación de sus competencias.

Junto a este Tribunal hubo otro Tribunal militar internacional que se creó en Oriente.

Con motivo de la actual situación, por primera vez en la historia, es posible crear dos tribunales penales internacionales con capacidad de actuación, no obstante son muy restringidos:

- Un Tribunal Internacional pone el enjuiciamiento de posibles responsables del Derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de la *Ex- Yugoslavia* el 25 de Mayo de 1993.
- El Tribunal internacional que pone en enjuiciamiento los crímenes perpetrados en *Ruanda*, del 8 de noviembre de 1994.

Ambos son Tribunales Internacionales encargados de enjuiciar y sancionar a los presuntos culpables de crímenes cometidos en esos conflictos armados.

Respecto a los conflictos de la *Ex- Yugoslavia*, el Tribunal que fue creado por resolución del Consejo de Seguridad conforme *al Capítulo VII de la Carta de la ONU* en la que después de advertirse sobre las violaciones generalizadas y sangrantes violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas allí.

El Consejo de Seguridad de la ONU tenía que crear este Tribunal para juzgar a los presuntos responsables.

El **art. 1** del Estatuto dice el Tribunal Internacional tendrá competencias para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la *Ex- Yugoslavia* a partir de 1991... A partir del 1 de enero de 1991, es decir, se pone fecha a partir de la cual podrá actuar este Tribunal.

Una competencia del Tribunal para como decía el **artículo 6** poder dar lugar a las personas naturales: el tribunal ejerce jurisdicción sobre las personas naturales

El **art. 7** dice que la responsabilidad penal es una responsabilidad penal individual, con independencia del campo estatal. Ello no le excluirá de responsabilidad ni le rebajará la pena.

Consta en el art. 24 que el Tribunal sólo puede imponer penas de privación de libertad. También de ordenar la devolución de los propietarios legítimos de bienes por medios de dichas penas para cuya ejecución se necesita la cooperación jurídica de todos los Estados

El Tribunal, tal y como dice el **art.2**, tendrá facultades para juzgar las violaciones de las Convenciones de

Ginebra.

Para poder juzgar los que dice el **artículo 4**: personas que cometan actos de *genocidio* y el **artículo 5**: presuntos responsables de los *crímenes contra la humanidad* que se señalan en el precepto.

La creación de dichos Tribunales internacionales ha dado lugar desde nuestra perspectiva a la creación o adopción de dos leyes orgánicas:

- **LO 15/1994** del 1 de Junio para la cooperación con el Tribunal Internacional para la Ex- Yugoslavia.
- **LO 4/1998** del 1 de Julio para la cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda.

Partiendo de los principios ya señalados, se busca la cooperación básicamente en orden a la detención y entrega (sin necesidad del procedimiento formal de extradición) al Tribunal de presuntos delincuentes que se hayan en dicho Tribunal en orden a posibilitar también en España, el cumplimiento de las penas dictadas por esos Tribunales y en orden a la tramitación de los expedientes de *indulto* o *conmutación de pena*.

En 1998 se adopta después de consistentes intentos a lo largo de la historia el llamado **Estatuto de la Corte Penal Internacional**, el 18 de Julio de 1998 y, siendo la primera vez en la historia en que se adopta un estatuto de este tipo.

Es un Tratado que exige 60 ratificaciones o adhesiones para que pueda entrar en vigor.

La euforia que generó su adopción hizo prever su posible pronta entrada en vigor, ha ido desapareciendo. Hasta el día de hoy sólo 6 Estados lo han ratificado.

Entre ellos podemos contar a Italia, por lo que la ámbito europeo se trata, luego Senegal, Trinidad. Sigue siendo la posición de EE.UU la que viene determinando la voluntad de los demás Estados a la hora de ratificar.

Los EE.UU se mostraron siempre bastante en desacuerdo con esta Corte Penal Internacional, entre otras cosas por temor a que viesan sentados en el banquillo determinadas autoridades de fuerzas aliadas que realizan operaciones de intervención humanitaria y que se les van de las manos, cometiendo evidentes excesos.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional busca crear una jurisdicción de carácter permanente (que vaciarían de contenido ya a los Tribunales Penales de Yugoslavia y Ruanda) dotado de poder para ejercer su jurisdicción sobre personas responsables de delitos de relevancia internacional.

En el **art. 17** se dice que tendrá un carácter complementario, en el sentido de que esta Corte resolverá no conocer de un asunto, si ese asunto ya es objeto de investigación o enjuiciamiento por el Estado que tenga competencia para ello.

Puede ser que ese Estado no quiera proceder a la investigación o enjuiciamiento o no pueda hacerlo.

El Estatuto de la Corte Penal parte de la consideración de que la responsabilidad penal que se juzgará es una responsabilidad individual, de personas, y ello con independencia del cargo oficial que pudiera ostentar en su Estado.

La competencia que puede ostentar la CPI es una competencia que le permite conocer de:

- Crímenes contra la *humanidad*.
- Crímenes de *guerra*.

- Crímenes contra la **paz**.

Se regulan de forma detallada todos estos crímenes con excepción del último de ellos crimen de agresión, **art. 5.2** del Estatuto de la CPI, que para una mayor concreción del mismo se deja un tanto en regulación abierta.

En el **art. 7** se incluyen los crímenes contra la humanidad bajo una figura que no haya todavía un sustento en el Derecho internacional positivo.

– CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Se consideran **crímenes contra la humanidad**:

- El asesinato
- El exterminio
- La deportación o traslado forzoso de la población.
- Deportación forzada de personas.
- La encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del Derecho internacional.
- La tortura.
- La violación, esclavitud sexual, prácticas forzadas,...
- El crimen del apartheid.
- La persecución contra una población por motivos religiosos, políticos,...

A este respecto, por **persecución**, en el **art. 7.2** del Estatuto se entiende la privación internacional y grave de derechos fundamentales en contra del derecho internacional... por razones de la identidad del grupo o de la colectividad.

También se define lo que se ha de entender por **desaparición forzosa de personas**. Se entenderá por tal la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política (...) o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.

La competencia de la CPI conforma a lo que se dispone en el **art. 12.1** será automática. No se necesitará de ninguna declaración especial por parte del Estado. Se entiende que el Estado por ser parte en el Estatuto está aceptando la competencia de la Corte.

Tal y como se dispone en el art. 11, la Corte tendrá competencia para conocer únicamente de los crímenes que se hayan cometido después de la entrada en vigor del Estatuto. No hay régimen alguno de retroactividad. Ello incide en la importancia que sigue teniendo la jurisdicción de los Estados para conocer de todos aquellos crímenes cometidos antes de la entrada en vigor del Estatuto.

20. 4. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y LAS

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Nos referimos a la responsabilidad internacional de otros sujetos. Frente al Derecho clásico, que entendía que únicamente el Estado era sujeto de Derecho Internacional y de responsabilidad jurídica internacional, hoy vemos que esa concepción está superada hoy.

Las **Organizaciones Internacionales** son sujetos de Derecho Internacional que tienen personalidad jurídica internacional, pudiendo obviamente incurrir en responsabilidad internacional.

Por ejemplo, cuando una organización viola el cumplimiento de un Tratado concluido por ella con otro Estado o Organización Internacional.

Cabe también que incurra en esta responsabilidad con ocasión de actividades operacionales. Por ejemplo, la intervención de fuerzas de la ONU autorizadas por el Consejo de Seguridad de la ONU.

Estas fuerzas pueden cometer actos ilícitos como se viene demostrando en la práctica.

Cabe hablar de una responsabilidad objetiva de las Organizaciones Internacionales por riesgos derivados de ciertas actividades de carácter técnico que contienen altos riesgos pueden derivar daños.

Y desde luego, cabe hablar de la responsabilidad internacional entre la Organización en sí misma y los funcionarios y agentes de esa Organización Internacional.

El mayor número de casos que llegan al Tribunal de Justicia de Luxemburgo son los que llevan los funcionarios de las Comunidades Europeas.

TEORÍA DEL HECHO ILÍCITO:

Cuando se haya podido constatar que se ha cometido un hecho ilícito internacional y su autor no quiera reparar el daño causado.

¿Qué mecanismos existen, coactivos para obligar a un Estado a que adopte medidas para que cese ese daño o para que repare esos daños a los que se da lugar.