

## EL PROBLEMA DE LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

ANDRÉS TÉLLEZ NÚÑEZ\*

### RESUMEN

El problema de la efectividad del derecho internacional público ha sido continuamente analizado por tratadistas de derecho internacional público. Algunas aproximaciones muy útiles han sido ya esgrimidas y ahora una gran cantidad de teorías sobre cómo tratar este importante asunto se han concretado: desde aquellos que creen en una aproximación “realista” hasta aquellos que tratan de encontrar en razones filosóficas profundas el problema de efectividad, todos los tratadistas tratan de explicar por qué las entidades en el escenario internacional deben comportarse de una forma que permita a los seres humanos alcanzar su fin último: su felicidad. La idea

*Fecha de recepción:* 6 de septiembre de 2005  
*Fecha de aceptación:* 12 de septiembre de 2005

---

\* Abogado, Pontificia Universidad Javeriana; LL.M., Georgetown; traductor e intérprete oficial (inglés), Universidad Nacional de Colombia. Profesor auxiliar de derecho internacional público en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (desde 2000). Investigador del Centro de Estudios de Derecho Internacional “Francisco Suárez, S. J.”, proyecto de investigación acerca de la efectividad del derecho internacional.

subyacente de este trabajo puede ser explicada diciendo que tratamos de encontrar una explicación que satisfaga tanto el plano de lo “que es” como el plano de lo que “debe ser”. Y en este sentido, este trabajo que trata de hacer eso usando un método multidisciplinario (no usamos sólo las ciencias jurídicas, sino también la “filosofía social” de HABERMAS, la aproximación de las “relaciones internacionales económicas” de JOHN H. JACKSON y las ciencias políticas y la psicología) concluye que para que el derecho internacional público exista, y de hecho, existe, tiene que ser efectivo, y de hecho lo es. El problema es describir cómo es efectivo: así se expone una conclusión en el sentido de que sólo el derecho internacional consuetudinario sujeto/orientado a los tiempos es aquel que es efectivo. Eso es lo que la realidad muestra, de tal manera que este trabajo puede encuadrarse dentro de lo que se denomina una aproximación “realista” al problema de la efectividad del derecho internacional público.

*Palabras clave:* ley, derecho internacional público, efectividad, aproximación, seguridad, derecho económico internacional, imperio, democracia, orden, felicidad, políticas, política, filosofía social, poder, entidades, internaciones, intraestatal, interestatal, realidad, ciencia jurídica, psicología, economía política, seguridad nacional, Naciones Unidas, Estados Unidos de América.

#### ABSTRACT

*The problem of Public International Law effectiveness has been continuously analyzed by international law legal scholars. Very useful approaches have already been identified and now a wide range of theories as to how to tackle this important issue can be pinned down: From those who believe in a “realistic approach,” to those who try to find in deep philosophical reasons the problem of effectiveness, all legal*

*scholars try to explain why entities in the international arena should behave in a way that permits human beings to fulfill the divine (or Absolute) mandate: that of achieving their own happiness. The underlying idea of this paper might be explained by saying that we try to find an explication that satisfies at the same time, both the plane of “What it is” and the plane of “What ought to be or what should be (The “Must-Be” plane).” And in this sense, this paper which tries to do so by using a multidisciplinary approach (as we use not only the juridical sciences, but also HABERMAS’ “Social Philosophy,” the JACKSON’S International Economic Law approach and the political science as well as the political economy and the psychology), concludes that for Public International Law to exist, and in fact, it does exist, it has to be effective, and indeed it is. The problem is describing how it is effective; hence a conclusion is laid out in the sense that only a customary-time restrained and times-oriented/focused international law is that which is effective. That is what reality shows, so in a way this paper might fall down under the label of what legal scholars throughout the world have called the “realistic approach.”*

*Key words: law, public international law, effectiveness, approach, security, international economic law, empire, democracy, order, felicity, policy, politics, social philosophy, power, entities, internations, inter-state, intrastate. Reality, juridical science, psychology, political economy, National Security, United Nations, United States of America.*

## SUMARIO

## Sección primera. Presentación

## I. Introducción

## II. Estado de la cuestión

## III. Definición de términos

## Sección segunda. El problema de la efectividad del derecho internacional público

## Parte sintética (aproximación multidisciplinaria)

## I. De las ciencias jurídicas

## A. Introducción

## B. JOHN NORTON MOORE

## C. JOHN H. JACKSON (su síntesis)

## 1. ÓSCAR SCHACHTER

## 2. IAN BROWNLIE

## 3. HENRY G. SCHERMERS y NIELS BLOKKER

## 4. JOHN H. JACKSON: el “derecho internacional económico”

## 5. GEORG SCHWARZENBERGER

6. La ley de los Estados Unidos de América (*restatement*)

## II. De la economía (política) internacional

## III. De la política internacional

## A. La perspectiva del primer mundo: Estados Unidos de América y Europa Occidental

## B. La perspectiva del tercer mundo: África, Brasil, India y China

IV. De la psicología

- A. La relación micro de poder: el poder intersubjetivo
- B. La relación macro de poder: el poder internaciones

V. De la filosofía social

Parte analítica (tesis)

Conclusión

Bibliografía

*“Ni declaración de derechos humanos, ni proclamación de constituciones, ni apelación a un derecho natural, protegen contra la arbitrariedad del Estado. Sólo es barrera al despotismo el derecho consuetudinario”.*

NICOLÁS GÓMEZ DÁVILA<sup>1</sup>

SECCIÓN PRIMERA. PRESENTACIÓN

*Los seres humanos agrupados en pueblos y naciones organizados en estados, reconocemos que debe haber un conjunto de “señales de tránsito” que guíen el actuar fuera de fronteras. Haya o no armonización con esas señales desde el punto de vista del derecho doméstico o interno (esto es, sean los instrumentos self—executing o no) qué tanto la realidad muestra los cometidos de las normas jurídicas, es decir, qué tanto las normas jurídicas se materializan en conductas justas ha sido estudiado incesantemente, pero en cuanto a lo que “debe ser” y no a lo que “es”. Creemos que es necesario hacer un estudio basado en que el derecho internacional público es*

---

1 GÓMEZ DÁVILA, NICOLÁS, *Sucesivos escolios a un texto implícito*, Villegas, Bogotá, Colombia, 2001, pág. 229 y sigs.

*un conjunto normativo realista, cuyo fundamento filosófico y jurídico debe encontrar asidero en lo que “es hoy” pero coincidente con lo que “debe ser”. ¿Puede lograrse esto? ¿Cómo? La tesis aquí propuesta es una de las múltiples respuestas que puede darse.*

## I. INTRODUCCIÓN

*Efectividad debe ser presupuesto de existencia del derecho internacional público. Efectividad hoy no es presupuesto de existencia del derecho internacional público. En lo que no es de las relaciones económicas internacionales, se puede afirmar que la efectividad del derecho internacional público es relativa. El derecho internacional público existe pero su materialización en realidades no.*

La efectividad del derecho internacional es tema inagotable. Las tesis de aquellos que niegan su existencia, la de aquellos que como el suscrito opinan que hay una efectividad relativa<sup>2</sup>, y la de aquellos que defienden e incluso prueban tanto existencia como efectividad son numerosas y con el paso del tiempo aparecen más.

¿Por qué estudiar este problema? ¿Qué utilidad tiene?

La respuesta a esta pregunta así como a la primera, es decir, cómo es que el derecho internacional puede ser efectivo es importante para quienes pensamos que cuando el derecho y la norma jurídica son efectivos, el fin último del ser humano, su felicidad, puede verificarse.

- 
- 2 La efectividad relativa del derecho internacional público puede ser explicada estableciendo una división arbitraria entre dos grandes conjuntos de hechos regulados: aquellos que tienen como componente fundamental el desarrollo y actividad económica de los pueblos (y esto comprende *sobre todo* el “derecho internacional económico”) y aquellos que tienen como componente fundamental la regulación y encuadramiento jurídicos del poder y su ejercicio. Al paso que la regulación de lo primero es efectivo en tanto se cumple (es coercible y su exigencia coactiva se verifica de acuerdo a las normas internacionales sustantivas y adjetivas), la regulación de lo segundo no es efectiva (pese a ser coercible, su exigencia eventualmente coactiva las más de las veces no se verifica de acuerdo con las normas internacionales sustantivas y adjetivas).

En los orígenes del derecho de gentes y en la estructuración sistemática del derecho internacional, el entendimiento entre entidades (llámense gentes, naciones, estados, etc.) ha sido el objetivo primordial.

Pero hoy en el siglo XXI cuando los defectos que son consustanciales al género humano (codicia, ambición, poder, violencia, etc.) parecen estar dominando las conductas, reflexionar sobre cómo es efectivo y/o cómo puede ser efectivo el derecho internacional público es de suma importancia para aquéllos claro está, que ven en el ordenamiento intersubjetivo internacional, la más eficaz forma de sacar a las gentes del estancamiento y pobreza, y de que tal y como lo manda la razón natural se acerquen más al fin último del ser humano: la/su felicidad.

En el auscultamiento de cómo es que el derecho internacional público es efectivo o cómo puede ser efectivo es preciso valerse —como siempre lo hace el derecho— de otras disciplinas.

En este caso he recurrido a aquellas que considero más útiles y apropiadas en dilucidar y discernir el estado de la cuestión, esto es, la “filosofía social”, la economía política, la psicología moderna y por supuesto la ciencia jurídica, esto alrededor de un fenómeno tan antiguo como el hombre mismo: el poder y su ejercicio.

Y es que abordar la efectividad del derecho internacional público sin estudiar el fenómeno del poder es imposible. Son consustanciales. Uno es presupuesto del otro. Hay causalidad interactiva. Hay relación hecho-consecuencia. Van de la mano.

Objetivo pues de esta investigación: discutir el estado de la cuestión, distinguir términos y arribar a una conclusión objetiva en punto de la *efectividad del derecho internacional público*. Y esto a través de un ejercicio constante y concomitante de síntesis y análisis<sup>3</sup>.

---

3 Pero no debe entenderse que por estas partes denominarse o sintéticas o analíticas entonces sólo hay síntesis o sólo hay análisis. Hay preponderancia en uno y otro caso de análisis y síntesis, pero total división no hay, pues en la parte sintética el lector encontrará análisis, y en la parte analítica el lector encontrará síntesis.

Así hay una parte sintética y una parte analítica, la primera, recopilando lo que ayuda a discernir el estado de la cuestión y lo segundo, aportando una solución o idea nueva al concierto de ideas.

## II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Se trata de determinar:

- si el derecho internacional público es efectivo y
- si es o no lo es, cómo es que es efectivo o cómo es que puede ser efectivo.

## III. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

*Ciencias jurídicas*<sup>4</sup>: cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado, que constituye un ramo particular del saber humano (“lo justo”).

*Democracia*<sup>5</sup> gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

*Derecho internacional*<sup>6</sup>: lo que la razón natural instituyó entre los pueblos (VITTORIA).

*Derecho internacional privado*<sup>7</sup>: el conjunto de normas que regula el conflicto de leyes en el espacio.

---

4 OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta, Buenos Aires 1981, pág. 20 y sigs.

5 Frase acuñada por ABRAHAM LINCOLN en el “Discurso de Gettysburg”.

6 Definición tomada de los apuntes de “Derecho internacional público” (RAFAEL NIETO NAVIA) en 1995 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

7 Definición general.

*Derecho internacional público*<sup>8</sup>: conjunto de normas emanadas de la razón natural consagradas por la costumbre o por los tratados generalmente aceptadas por las naciones civilizadas (o sea, aquéllas con un orden jurídico eficaz y efectivo) que gobiernan las relaciones entre estados o entre entidades con personalidad internacional y que tiene por objeto el bien natural y público.

*Derecho natural*<sup>9</sup>: lo que la razón natural instituyó entre los hombres (GAYO).

*Economía política*<sup>10</sup>: la ciencia que estudia el proceso de la producción, circulación, distribución y consumo de la riqueza.

*Efectividad del derecho internacional*<sup>11</sup>: estadio en que los cometidos jurídicos de las normas jurídicas (que no de las leyes) se cumplen con verificación en la realidad.

*Eficacia del derecho internacional*<sup>12</sup>: estadio en que el conjunto de normas jurídicas internacionales es funcional, sirve y es útil.

*Entidades*<sup>13</sup>: la esencia considerada en su realidad formal.

*Explicación*<sup>14</sup>: la averiguación de lo válido en cuanto razones no justificadas.

*Imperio democrático*<sup>15</sup>: Estados Unidos de América.

---

8 NIETO NAVIA, RAFAEL, *op. cit.*

9 *Ibíd.*

10 OSSORIO, MANUEL, *op. cit.*,

11 Definición del autor.

12 Definición del autor.

13 JOLIVET, REGIS, *Vocabulario de filosofía*, Desclée, pág. 8 y sigs.

14 Definición tomada de los apuntes de "Filosofía del derecho" (DIEGO PINEDA) en 1995 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

15 Definición del autor.

*Justificación*<sup>16</sup>: la averiguación de por qué una explicación que busca lo válido, es justa.

*Norma jurídica internacional*<sup>17</sup>: regla objetiva que regula conductas sociales de acuerdo a lo justo, internaciones.

*Poder*<sup>18</sup>: dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar o ejecutar alguna cosa.

*Realidad*<sup>19</sup>: carácter de lo que es real. Real = en lógica, lo que se refiere a las cosas.

*Sociología jurídica*<sup>20</sup>: estudio del control social formal.

*Sociología política*<sup>21</sup>: estudio de las implicaciones sociales de movimientos políticos y del actuar del Estado.

*Validez del derecho internacional*<sup>22</sup>: cualidad en virtud de la cual la objetivación del deber ser internaciones es uno que consulta principios y valores jurídicos.

## SECCIÓN SEGUNDA. EL PROBLEMA DE LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

*Discernir cómo es que es jurídicamente —que no necesariamente legalmente— efectivo el derecho internacional público (no cómo es que debe ser efectivo el derecho internacional público) es el objetivo de esta sección.*

---

16 Definición tomada de los apuntes de “Filosofía del derecho” (DIEGO PINEDA) en 1995 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

17 Definición del autor.

18 OSSORIO, MANUEL, *op. cit.*

19 JOLIVET, REGIS, *op. cit.*

20 ROMERO SOTO, JULIO, *Curso de sociología jurídica*, Librería del Profesional, Bogotá, 1979, pág. 12.

21 *Ibidem.*

22 Definición del autor.

## PARTE SINTÉTICA (APROXIMACIÓN MULTIDISCIPLINARIA)

*Capítulo fundamental es el análisis jurídico de la realidad del derecho internacional público. Así nos hemos valido de las ciencias jurídicas. Y aquí —y esto sin mérito alguno de nuestra parte ya que es mera recopilación— incluimos la síntesis de dos autores: el primero, JOHN N. MOORE y el segundo, JOHN H. JACKSON quien a su vez hace una recopilación sistemática de posturas que tocan a veces directa, otras tangencialmente, el tema de la efectividad del derecho internacional público. Advertencia sin embargo ha de hacerse en el sentido de que estas tesis propugnan una explicación “del cómo debe ser efectivo” y no “del cómo es efectivo” el derecho internacional público.*

## 1. DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

*Las ciencias jurídicas nos dan aquí las herramientas sistemáticas para estudiar la objetivación de la conducta humana entre naciones. ¿Cómo es que se ha llegado a regular la interferencia internaciones?*

## A. INTRODUCCIÓN

Los científicos del derecho han partido desde hace muchos años la realidad jurídica del derecho internacional con una triple división (intelectual): lo que es del “mundo del ‘ser’, lo que es del mundo del ‘deber ser’ y lo que es del mundo del ‘poder ser’”<sup>23</sup>.

Desde el punto vista ontológico estamos únicamente ante el “ser” claro está. Pero la división triple, intelectual, sirve el propósito de explicar cuál puede ser la mejor explicación que la ciencia jurídica

---

23 Esta triple división de análisis me fue presentada por primera vez en 1994 en las clases de “Ideas políticas” en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

da al problema de la efectividad del derecho internacional y al estado de la cuestión aquí propuesto.

En la civilización<sup>24</sup> podría pensarse que debe haber identidad entre los elementos del mundo del “ser” y los elementos del “deber ser”. Es decir, lo que la comunidad de asociados en una división física determinada han acordado como obligatorio (“deber ser”) independientemente del fundamento (fundamento entendido aquí como la *razón de ser de su obligatoriedad*<sup>25</sup>) se materializa en conductas que producen un resultado que es apreciado por la comunidad como armónico, ordenado, pacífico y que es percibido como justo.

Así podría pensarse en que si una comunidad humana “X” ha acordado que lo justo es botar la basura sólo a determinadas horas de la tarde y esto se evidencia, el “ser” coincidirá con el “deber ser” querido.

Pero aquí debe hacerse una distinción: en el plano del “deber ser” pueden distinguirse a su vez dos subplanos: el “deber ser querido” (el acordado por la comunidad de asociados) y el “deber ser que debe ser”.

El “deber ser que debe ser” vendría a ser necesariamente la objetivación de la razón natural. El “deber ser querido” no necesariamente. Habría entonces que decir que entre estas dos divisiones artificiales del “deber ser”, esto es, el “deber ser que debe ser” y el “deber ser querido”, independientemente de que cualquiera de los dos sea en el plano real (porque *son* evidentemente en el plano ontológico), el primero corresponde a lo legítimo y justo mientras que lo segundo corresponde a lo legal (y puede ser justo o no).

---

24 Según el doctor RAFAEL NIETO NAVIA, en sus clases de “Derecho internacional público” dictadas en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana en 1995, civilización es aquella en donde el “ordenamiento jurídico es efectivo”.

25 Apuntes de clase “Derecho internacional público” (RAFAEL NIETO NAVIA), 1995.

Pero si en la civilización debe haber coincidencia entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, creo que en lo que es una comunidad internacional civilizada, la coincidencia ha de existir pero en el plano del “deber ser que debe ser” y no el plano del “deber ser querido” simplemente (aunque en una sociedad justa esto puede coincidir con el “deber ser que debe ser”).

¿Existe desde el punto de vista de la ciencia jurídica esa coincidencia? ¿Cómo existe?

Digamos que sí existe. Pero debe hacerse una precisión: lo que interesa aquí para efectos de este escrito no es tanto el campo de lo que denominamos campo técnico-económico distinto a orden político, seguridad global, defensa y derechos humanos (así el campo de lo que es derecho internacional económico interesa para efectos de este en cuanto nos aproximamos a él desde el punto de vista económico y político).

El poder como fenómeno que es encuadrado jurídicamente por la ciencia jurídica casi siempre se enmarca dentro del derecho constitucional. Y es que el derecho constitucional es el derecho político por excelencia. Y el derecho político o el derecho de la política, encuentra su máxima expresión en el derecho constitucional o en la Constitución, como la estructura básica del Estado.

El objetivo último de la Constitución es encuadrar jurídicamente el fenómeno del poder. Pero hacia adentro. No hacia afuera. No hay Constitución internacional. No hay derecho constitucional internacional. No lo hay materialmente. ¿Entonces qué ha hecho la humanidad para regular el fenómeno del poder hacia afuera? ¿Lo ha hecho?

Sí. El derecho internacional referido a seguridad y orden globales es la respuesta.

Lo discutible es cuán efectivo ha sido el esfuerzo y si el mismo es científico desde el punto de vista jurídico. Es decir, la pregunta es si la ciencia jurídica ha respondido en forma disciplinada, ordenada y útil al fenómeno de poder “internaciones”.

Respondamos por ahora que sí hay instrumentos que responden a un esfuerzo de síntesis sistemática disciplinado y ordenado. *No* útil como la realidad y la experiencia demuestra.

Pero el mérito de la ciencia jurídica no se agota o reduce por la circunstancia de que a ese fenómeno se le dé una respuesta ordenada y disciplinada pero no útil. Los tiempos cambian<sup>26</sup>. Y este es otro problema que la ciencia jurídica no ha abordado bien (sí la política internacional): el devenir de los tiempos, el cambio tecnológico, los avances y la intrincada y evolutiva mente humana.

La respuesta sistemática al mundo real está y se inició en la segunda mitad del siglo XX. Mírense los distintos instrumentos multilaterales que componen el derecho de guerra, el derecho creado alrededor de la creación de las organizaciones internacionales más importantes mundiales y regionales (Organización de las Naciones Unidas, Organización de los Estados Americanos, Unión Europea, etc.).

Pero la respuesta *útil no*. Sólo hasta ahora los científicos han empezado.

Miremos la respuesta útil desde el punto de vista de la ciencia jurídica. Estudiemos las aproximaciones que a veces tocan el tema en forma tangencial, otras directamente. Y añadamos una de *nuestro propio ingenio*. Cfr. parte analítica (tesis).

## B. JOHN NORTON MOORE

*Ver cómo es que el derecho internacional público puede ser efectivo en el manejo de las relaciones internacionales, esto a través de aproximaciones, es la meta de MOORE. Identifica él a través de INIS CLAUDE varias aproximaciones que explican las razones por las cuales los estados se comportan como se comportan o debieran comportarse de manera diferente. Aun cuando hay un estudio subyacente de la estrecha relación que hay entre el ejercicio del poder internacional con cuán efectivo pueda resultar el derecho internacional público (es decir se estudia el hecho legal internacional*

---

26 Como bien lo dijo alguien ya “lo único constante es el cambio”.

y su “*poder ser*”), y aun cuando el esfuerzo del autor es loable en la medida en que es un estadounidense que propugna con ahínco los cometidos de la seguridad nacional de los Estados Unidos así como su marco legal, no se contesta ni analiza, todo lo que implica que la efectividad del derecho internacional público en ciertos aspectos fundamentales dependa exclusivamente de la voluntad del imperio democrático.

## 1. LA APROXIMACIÓN DEL PODER EN EQUILIBRIO

Cuando MOORE habla sobre la aproximación del *poder en equilibrio*, precisa él que no debe entenderse como tal una en que se asocie la seguridad nacional de una entidad o el orden mundial con una distribución de poder igual entre estados rivales y coaliciones.

Así en palabras de MOORE, el *balance de poder* es menos un esquema de “prescripciones” para el sistema internacional que un esquema descriptivo y de “predicciones”.

Entonces dice MOORE, el punto de inicio de una aproximación de *balance de poder* se inicia con la existencia de un conjunto de estados independientes en contacto y algunas veces en conflicto unos con otros, manejando sus relaciones sin el beneficio o la carga de una autoridad central capaz de dirigir y controlar el sistema. Bajo esta aproximación los estados son libres para fijar sus propios propósitos y determinar sus propias políticas, y ellos necesariamente descansan en tal poder.

El poder viene a ser el elemento sobre el cual y hacia el cual tiende el manejo de las relaciones internacionales. Así el que lo tiene, cuenta con él. El que no, hace alianzas estratégicas para contrarrestar el efecto del poderoso.

La síntesis de esta aproximación en palabras de MOORE puede ser explicada diciendo que existe una anarquía tolerable: los estados se controlan autocontrolándose y así evitan su extinción. Así el orden mundial es el resultado de los estados protegiendo su propia seguridad nacional. Por último, termina MOORE diciendo que el sistema de balance o equilibrio es el sistema internacional natural porque no es forzado. En últimas, ante la ausencia de otra aproximación disponible,

los estados terminan usando ésta y casi siempre a través de alianzas y contraalianzas, esto como la situación lo determine<sup>27</sup>.

## 2. LA APROXIMACIÓN DE LA SEGURIDAD COLECTIVA

Teniendo en cuenta que la aproximación de *balance de poder* no ha producido un balance de poder, MOORE a través de CLAUDE explica que los tratadistas han llegado a crear otra aproximación.

Dicha aproximación es la de la *seguridad colectiva* que crea un esquema multilateral en virtud del cual hay disuasión o mecanismos de defensa previstos contra agresión.

Este sistema está directamente asociado con la idea de un cambio pacífico. El cambio debe ser obtenido a través de un proceso pacífico o si no, no. Si el cambio pacífico resulta imposible, el *statu quo* debe ser respetado. La violación de una regla tal implica una amenaza al orden del sistema entero, y todos los estados tienen un interés vital en defender ese orden y deben por tanto, aceptar y hacer respetar y cumplir la obligación legal de defensa.

Como idea subyacente de este análisis, la preservación del orden mundial es siempre la meta de cualquier Estado en el manejo de las relaciones internacionales. Los estados están llamados a trabajar por esta meta por cuanto sí desean preservar su seguridad nacional, esto sólo se logra en la medida en que el orden mundial se mantenga. La agresión contra otros estados plantea una amenaza a su propia seguridad.

Desde un punto de vista histórico la idea de una *seguridad colectiva* vino a ser prominente durante la Primera Guerra Mundial, como un sustituto de la aproximación de poder en equilibrio que perdió prestigio e importancia al colapsar el orden mundial en 1914.

---

27 MOORE, JOHN, *National Security Law*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, U.S., 1990, págs. 32-33.

Aun cuando la aproximación de *seguridad colectiva* tiene varias similitudes con la aproximación de *poder en equilibrio* hay diferencias notables, según MOORE citando a CLAUDE.

Así la característica fundamental de la aproximación de *poder en equilibrio*, según la cual existen alianzas y partes neutras, es rechazada por los seguidores de la *seguridad colectiva*. Y esto porque, en palabras de CLAUDE, esta aproximación no busca grupos exclusivos, sino más bien la idea de que quien quiera que sea atacado injustamente merece ser defendido.

Con todas sus características distintivas, la aproximación de la *seguridad colectiva* termina buscando alejar al máximo la posibilidad de incertidumbre en el manejo de las relaciones internacionales. Los agresores potenciales deben ser disuadidos, en el sentido de que ellos deben ser intimidados por la certidumbre de que una comunidad internacional organizada los abrumará.

La identificación sobre violadores del orden internacional y la distribución y organización de sanciones en respuesta debe fluir libremente a través de agencias internacionales efectivas, y los estados deben comprometerse firmemente a aceptar y llevar a cabo esas decisiones.

Finaliza MOORE citando a CLAUDE diciendo que la aproximación de *seguridad colectiva* busca básicamente conferirle a las relaciones internacionales tanto como sea posible características de regularidad, predictibilidad, organización e institucionalización (pero esto conlleva un aproximamiento que de alguna manera coarta la libertad de los agentes en tanto y en cuanto su expresión es racional normativa).

### 3. LA APROXIMACIÓN MUNDIAL FEDERALISTA

Según CLAUDE, citado por MOORE, la preferencia por el orden mundial más que por seguridad nacional como el foco de mayor énfasis es la característica más clara del *federalismo mundial*.

Mientras que el *balance de poder* pensó en las amenazas al orden mundial como un producto derivado de la persecución del Estado de su propia seguridad, y la *seguridad colectiva* trata la seguridad nacional como un valor obtenible solamente por participación local en un esquema sistemático por el orden mundial, el enfoque de *federalismo mundial* se concentra en una visión única del problema de *balance mundial*. Promete no mucho para proteger a los estados como para reducirlos y remplazarlos.

Esta visión, entiende el orden mundial y la seguridad nacional como elementos que compiten entre sí, más que valores complementarios y opta sin compromiso por el orden mundial.

Esto quiere decir que el orden mundial, sólo, entre las aproximaciones hasta ahora consideradas, representa un rechazo radical del sistema multiestatal. Entiende que un mundo que comprende numerosos estados soberanos no puede pretender el orden. Así la tarea no es encontrar una forma de hacer a los estados seguros, o de hacerlos contribuir al orden como un todo. Su estatus como foco de lealtades humanas, generadores y que mueven poder y formulan políticas que regulen el ejercicio del poder, contradice la posibilidad de un orden mundial. La noción de federalismo sugiere entonces que los estados deben ser bajados de nivel antes que literalmente eliminados. Están ahí para convertirse en subdivisiones de una entidad soberana como un todo, provincias si se quiere, privadas de la posibilidad que les permite perseguir la seguridad nacional y haciéndolo hacen que descuiden el logro del orden mundial.

En verdad, la mayoría de federalistas parecen ser gubernamentalistas por convicción y federalistas sólo por necesidad. Están preocupados con establecer un gobierno central que proporcione orden mundial y no están muy preocupados con qué puede ser salvado de los estados mas sí con qué puede ser “arrebataado” de los mismos.

Los seguidores de esta teoría, han persistentemente enfatizado la analogía doméstica y la noción de la regla de derecho, lo que significa decir que ello ha sido inspirado por la esperanza de que algo cercano

al aparato institucional del Estado liberal occidental puede ser creado en una escala global. Su aspecto federalista se identifica aún más específicamente con un segmento de la comunidad liberal occidental: los Estados Unidos. Llama por un acto de inventiva constitucional que refuerza la conectividad americana. Así, dice MOORE, citando a CLAUDE, el *federalismo mundial* es tan claramente estadounidense en su punto de referencia como el *balance de poder* es europeo.

La idea de transportar el experimento estadounidense al sistema internacional originalmente se concentró en el concepto de regla de derecho y tomó la forma institucional del judicialismo que descansaba en el modelo de la Corte Suprema. Así, por un siglo anterior a la Primera Guerra Mundial, el esquema típico de una reforma internacional se caracterizó por una corte que presidiría sobre el sistema, resolviendo las disputas por estados parte a la regla de derecho y en el proceso, promoviendo y guiando el desarrollo ágil de un cuerpo de derecho internacional apropiado a las necesidades del mundo moderno. La noción de que una corte, estando sola pueda no encontrar las necesidades institucionales del sistema global, atrajo sorprendentemente muy poca atención.

MOORE, citando a CLAUDE observa que en los Estados Unidos de América, el récord de cumplimiento de las decisiones provenientes de la Corte Suprema de Justicia por los estados de la Unión es evidencia de que la maquinaria coactiva no era esencial, y que el modelaje de la ley en conexión con su aplicación a casos concretos se tuvo como un sustituto de legislación formal. La idea de descansar sobre jueces para impartir orden, justicia y paz sobre el sistema internacional parecía entonces una emulación del sistema estadounidense, y tuvo la importante virtualidad de adecuarse a la política aislacionista estadounidense; no hizo demandas al sistema americano salvo la de no arrogarse el monopolio de la regla de derecho.

La clave para la creación del orden mundial, desde este punto de vista era eliminar la arbitrariedad y la parcialidad de una autoayuda proporcionando e insistiendo en la deferencia a una autoridad

imparcial que pudiera resolver disputas internacionales de una forma razonable y justa. El mantenimiento del orden, aun cuando supremamente importante era visto como relativamente fácil y sin dolor, que requería el trabajo digno del juez antes que el “trabajo sucio y peligroso de un policía”<sup>28</sup>.

Reconoce CLAUDE, dice MOORE, que la Primera Guerra Mundial trajo con ella un ánimo más pesimista, y el final de la feliz confianza en que los jueces podrían persuadir a los estados a aceptar arreglos justos sin la ayuda de policías para compeler a dicha aceptación. Los reformistas del sistema internacional empezaron a darse cuenta del hecho de que el mundo no tenía mecanismo comparable a ese ordenado de los estados nacionales para la exigencia de ley y orden.

En los Estados Unidos, la “Ley para hacer valer la paz” se volvió prominente, empujando a la “Sociedad Americana para la Resolución Judicial de Disputas Internacionales” al puro fondo. El reconocimiento de la necesidad de una ejecución y cumplimiento internacional trajo el desarrollo del aproximamiento de *seguridad colectiva* y algo después, el movimiento *mundial-federalista*<sup>29</sup>.

Dentro de las características principales que este enfoque extrapolado por CLAUDE, se encuentra el judicialismo, que ha sido un paso preliminar del pensamiento federalista. Así, el reconocimiento de lo inadecuado de la solución judicial al problema del conflicto internacional llevó a que hubiera una alineación al ideal de un gobierno mundial federal, pero la teoría resultante ha tendido a concentrar casi todo en forma tan estrecha como sea posible en la

---

28 “*The key to the creation of world-order, from this point of view, was to eliminate the arbitrariness and bias of self-help by providing, and insisting upon deference to, an impartial authority who would settle international disputes in a fair and reasonable way. The maintenance of order, albeit supremely important, was seen as a relatively easy and painless task, requiring the dignified work of the judge rather than the dangerous and dirty work of the policeman*”. *Ibíd.*

29 “*(...) Recognition of the need for international enforcement brought about the development of both the collective security approach, and somewhat later, the world federalist movement*”. *Ibíd.*

función de hacer valer la paz así como su idea predecesora concentró toda la fuerza en la solución judicial de las disputas.

Así, la concepción *mundial federalista*, según CLAUDE, difiere de la teoría de la *seguridad colectiva* no tanto en cuanto al rango de las funciones gubernamentales contempladas por ella, pero en cómo propone lidiar con la tarea con la que ambos enfoques están preocupados: el control coercitivo de cuan propensos están los estados por iniciar guerras<sup>30</sup>.

Las diferencias en este aspecto, reconoce CLAUDE, corresponden tanto a los agentes como a los objetos de la acción ejecutora —el “por quién” y el “contra quién”—. Así, la *seguridad colectiva* propone usar a los estados para controlar otros estados, como lo hace la teoría del *balance del poder*. La aproximación *mundial federalista* representa una rebelión contra esta orientación de Estado. Los federalistas buscan que los estados sean remplazados tanto como agentes como objetos que mantienen el orden<sup>31</sup>.

El asunto “por quién” no puede ser inteligentemente tratado sin primero responder “contra quién”. La última pregunta es difícil para los federalistas mundiales que están agudamente conscientes del hecho de que estos estados se amenazan unos a otros y “desordenan” al mundo, pero están profundamente convencidos de que la exigencia de orden a los estados es prácticamente imposible<sup>32</sup>.

---

30 “World federalism differs from the theory of collective security not so much in the range of governmental functions that it contemplates as in how it proposes to deal with the task with which both of them are preoccupied, the coercive control of the war—making propensities of states”. *Ibidem*.

31 “Federalists are committed to the idea that states must be replaced, both as agents and as objects of order-keeping enforcement”. *Ibidem*.

32 “The ‘by-whom’ issue cannot be intelligently treated without first answering the ‘against whom’ question. The latter question is a vexing one for world federalists who are acutely conscious of the fact that states threaten each other’s security and disrupt the order of the world, but are profoundly convinced that the enforcement of orderly behavior upon states is impossible. On this point, they confidently quote from the scriptures of American federalism: ‘a sovereignty over sovereigns, a government over governments, a legislation for communities, as contradistinguished from individuals, as it is a solecism in theory, so in practice it is subversive of the order and ends of civil polity’” *ibidem*.

Los estados necesitan ser controlados pero no pueden ser controlados. Así, ¿qué es entonces lo que debe hacerse? La respuesta teórica de acuerdo con CLAUDE es insistir en la función propia de un gobierno mundial federal, limitado a la tarea crucial de mantener el orden mundial, es hacer valer la ley que prohíba el comportamiento desordenado de los individuos; el gobierno debe lidiar directamente con los seres humanos, no los estados. La gran atracción de esta proposición es su predictibilidad ostensible<sup>33</sup>.

Si la pregunta “contra quién” se responde sustituyendo a los individuos por estados, ahí entonces resulta posible responder la pregunta “por quién” sin referencia a los estados. El rechazo de los federalistas mundiales de descansar sobre estados para servir como policías mundiales se basa en el entendimiento realista de cuán propensos son los estados para evitar dicha función. Las aproximaciones de *balance de poder* y de *seguridad colectiva*, que insisten en que los estados deben autodisciplinarse y disciplinar a los otros, viene entonces a fallar en la medida en que los estados normalmente fallan en hacer eso. El federalismo mundial, rechazando la noción de un sistema dependiente de controles internos invoca el principio de gobierno: gobierno desde arriba. Algo distinto que un Estado o grupo de estados deba “presidir” sobre el sistema.

El sistema de gobierno federal busca inventar que la autoridad de gobierno es una tarea grandemente simplificada por la asunción de que está para ejercer control sobre individuos discretos antes que sobre colectividades masivas. Así, el aproximamiento mundial-federalista aparece como repudiando la concentración sobre estados, llamando a una autoridad supraestatal como el instrumento de orden y a autoridades subestatales para que constituyan la comunidad gobernada.

---

33 “States need to be controlled, but they cannot be controlled. What, then are we to do? The favorite theoretical response is to insist that the proper function of a world federal government, limited to the crucial task of maintaining world order, is to enforce the law prohibiting disorderly behavior upon individuals; government must deal directly with human beings, not states”. *Ibidem*.

Si el problema de orden mundial de hecho puede ser reducido al disciplinar individuos por un régimen global formidable, bueno. Pero dice CLAUDE que la teoría federalista no nos ha dicho ni cómo eliminar a los estados como posibles violadores del orden y de la paz mundiales, ni cómo remplazarlos como los ejecutores de esa paz. El Estado debe aparecer como el olvidado, disuelto al asumir que hay una masa desconectada de individuos.

Así, según CLAUDE, citado por MOORE, un órgano superior debe aparecer y tomar responsabilidad del sistema, ejerciendo poder que no sea dependiente de estados y contra el cual ningún Estado pueda prevalecer. Este sistema tiene una dificultad y es que se remplaza al Estado como la entidad que más efectivamente domina las vidas y lealtades de los seres humanos.

Al final, los federalistas mundiales no parecen convencidos de que el Estado pueda ser ordenado a desaparecer en tal insignificancia de tal forma que los teóricos del orden mundial deban preocuparse solamente con la obediencia de la ley por parte de los individuos.

Ellos no triunfan en ignorar la realidad de que este problema de orden mundial es un problema de control sobre estados. Asimismo tampoco resuelven el problema de inventar un controlador que pueda descansar en fuentes de fuerza fuera del sistema de estados<sup>34</sup>.

---

34 *“World federalism, rejecting the notion of a system dependent upon internal controls invokes the principle of government: rule from above. Something other than a state or collection of states must preside over the system. World federalism purports to invent that presiding authority, a task greatly simplified by the assumption that it is to exercise control over discrete individuals rather than massive collectivities. Thus world federalism appears to repudiate the focus on states, calling for a suprastate authority to serve as the instrument of order and for substate entities to constitute the governed community. If the problem of world order can in fact be reduced to the disciplining of individuals by a formidable global regime, well and good. But federalist theory has told us neither how to eliminate the state as a potential disturber of the world’s peace nor how to replace it as the enforcer of that peace. The state it might appear is to be ignored into oblivion, to be dissolved by assumption into a mass of disconnected individuals. Equally mysteriously, a superior organ is to arise and take charge of the system, exercising power for which it is not dependent upon states and against which no state can prevail. At worst, this appears to be wishful thinking; at best, legalistic legerdemain. This solution by definition and proclamation,*

## 4. LA APROXIMACIÓN FUNCIONAL

El enfoque funcional según MOORE, citando a CLAUDE, quien sigue los dictados de DAVID MITRANY, busca que los problemas internacionales relacionados con orden público internacional se solucionen por vía de los mecanismos institucionales que han venido siendo creados conforme ha pasado el tiempo.

Tiene un punto en común con la aproximación *mundial federalista* en la medida en que reconoce la inutilidad de los estados en mantener el orden público internacional. Y así propugna romper el esquema tradicional de soberanía:

*“There is an antistate quality in functionalist thought that gives it a certain resemblance to the theory of world federalism. Functionalist criticism of the state begins by deploring its ineffectiveness in doing what the welfare of its people requires; dividing the world into states is intrinsically dangerous. The task conceived by functionalists is to erode sovereignty, to break down the barriers that separate states. Given their low esteem for the state, they, like federalists, must repudiate the pursuit of national security in favor of the ideal of world order”<sup>35</sup>.*

Aun cuando esta aproximación no busca la eliminación de los estados, sí busca su remplazo por un ente internacional que sea más adecuado en regular todo aquello que el Estado no puede hacer. Pero no como policía sino como servidor civil.

---

*by the drafting of a constitution, is fundamentally apolitical in that it simply waves aside the political problem of changing the entities that most effectively dominate the lives and loyalties of human beings. In the end, world federalists seem not to convince even themselves that the state can be commanded to fade into such insignificance that theorists of world order need concern themselves only with the law-abidingness of individuals. They do not succeed in ignoring the reality that the problem of world order is the problem of controlling states. Neither do they solve the problem of inventing a controller that can rely on sources of strength outside the system of states”. Ibidem.*

35 Ibidem.

## C. JOHN H. JACKSON (SU SÍNTESIS)

1. OSCAR SCHACHTER: EL FUNDAMENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL (ESTO COMO PUNTO DE PARTIDA PARA EXPLICAR SU EFECTIVIDAD)<sup>36</sup>

*SCHACHTER presenta un análisis breve pero sustancioso sobre el fundamento del derecho internacional público y la obligación internacional, que sirve pero tangencialmente, para explicar por qué el derecho internacional debiera ser efectivo. Pero se queda corto en la medida en que no explica por qué no es efectivo. Los instrumentos criteriológicos extrapolados por SCHACHTER, son útiles en la medida en que permiten disciplinar el estudio juicioso de la efectividad del derecho internacional público pero en un plano de idea y no de realidad.*

SCHACHTER reconoce que el tema del fundamento de la obligación internacional es tan antiguo como el derecho internacional propiamente dicho, y que siempre tuvo un lugar importante en todos los tratados de derecho internacional de sus máximos exponentes: SUÁREZ, VITTORIA, PUFENDORF, y quedó siendo un tema central en las grandes controversias del siglo XIX.

En nuestro siglo este tema, según la opinión de SCHACHTER ha sido de menor relevancia. Fue ampliamente remplazado por el tema de las fuentes de derecho internacional y por el estudio de las fuentes de derecho internacional identificadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Aun cuando siendo un tema “subordinado”, anota SCHACHTER, no fue olvidado y cada uno de los académicos del siglo XX se encontró obligado a hacer un análisis fresco.

---

36 JACKSON, JOHN, *Legal problems of international economic relations*, West, St. Paul, 2002, pág. 172.

Ninguna teoría ha recibido un acuerdo general, y algunas veces parece como si hubiere tantas teorías o al menos formulaciones como académicos.

SCHACHTER hace una lista de los temas que han tenido el tema de las obligaciones de derecho internacional como el fundamental:

1. el consentimiento de los estados;
2. la práctica entre estados;
3. el “sentido de justicia” —la *conciencia jurídica*—;
4. la razón natural y/o el derecho natural;
5. la necesidad social;
6. la voluntad de la comunidad internacional (el consenso de la comunidad internacional);
7. la intuición directa (o estigmática);
8. el propósito común de los participantes;
9. la *efectividad*;
10. sanciones;
11. metas sistémicas;
12. esperanzas comunes en cuanto a la autoridad; y
13. reglas de reconocimiento.

Señala SCHACHTER que viendo este espectro de ideas que tratan el tema de una base “verdadera” o “correcta” de la obligación de derecho internacional, puede uno preguntarse por un lado, si la decisión de una “base o fundamento” ha tenido algún significado práctico, y por otro lado, si la diversidad de opinión no revela una debilidad fundamental en la estructura conceptual del derecho internacional.

Para algunos abogados internacionalistas pragmáticos, reconoce SCHACHTER, el asunto no parece importante. En la medida en que la obligación en sí misma pueda ser identificada como una de las llamadas fuentes formales del derecho —tratado o costumbre o en general principios de derecho— parece importar poco cuál pueda ser el fundamento de la obligación internacional.

Así, por ende, anota SCHACHTER, es entendible que muchos de los tratados contemporáneos y textos de derecho internacional traten apenas someramente el problema del “fundamento”<sup>37</sup>.

El problema del fundamento del derecho internacional es visto desde varios frentes por SCHACHTER así<sup>38</sup>:

1. Al discutir la importancia de cuán no determinante puede ser una obligación. Así, esto se da en torno a la actividad cuasilegislativa de la Asamblea General y de otros cuerpos de la Organización de las Naciones Unidas que buscan establecer, expresa o tácitamente, requisitos para el Estado conduzca o termine acuerdos existentes.
2. Al tener que haber un reconocimiento de las llamadas “reglas del juego” basado esto en acuerdos implícitos o en acciones unilaterales frente a las cuales hay aquiescencia. Esto ha sido una característica fundamental del comportamiento del “gran poder” en consideración al uso de las fuerzas militares.
3. Al haber existido las revoluciones sociales que han “volteado” los órdenes tradicionales y han retado las asunciones sobre las cuales se han basado concepciones previas.

---

37 “As a subject, the ‘foundation of obligation’ is as old as international law itself; it had a prominent place in the seminal treatises of the founding fathers —SUÁREZ, VITTORIA, GROTIUS, PUFENDORF, et al— and it remained a central issue in the great controversies of the XIX Century”. *Ibidem*.

38 “For some pragmatically—inclined international lawyers, the issue is not likely to be regarded as important. As long as the obligation itself—the legal norm or prescription— can be identified in one of the so-called formal sources—treaty or custom or in general principles of law—it seems to matter little what the underlying basis of the obligation may be. It is, therefore, understandable that most contemporary treatises and textbooks on international law pass quickly and lightly over the problem of the ‘foundation.’ Like the chaplain’s opening prayer at public meetings, it has little effect on what is said afterwards. The practical international lawyer is supposed to be concerned not with the foundation of obligation but with the so-called ‘sources’, formal and material”. *Ibidem*.

4. Al darse la creciente interdependencia de los estados —especialmente en lo concerniente a actividades económicas y tecnológicas— que ha incrementado los patrones de cooperación y de comportamiento recíproco que no ha sido institucionalizado en los modelos tradicionales de “hacer leyes”.
5. Ante la creciente “permeabilidad” de los estados nacionales que ha resultado en una barrera de reducción entre los asuntos de preocupación internacional y aquéllos de jurisdicción doméstica.

En relación con este asunto, se encuentra aquel relativo a que la Carta de la Organización de las Naciones Unidas —particularmente en las disposiciones referentes al respeto por los derechos humanos y la autodeterminación de los pueblos— ha hecho que se lleven a cabo actividades internas ante órganos colectivos esto sobre la base de criterios internacionales<sup>39</sup>.

6. La expansión de ciencia y tecnología con su impacto internacional tanto benéfico como dañino ha dado lugar a modos informales de

---

39 “It may be useful to recall the main factors which have emerged in international life in the last few years to give enhanced importance to problems of indeterminacy of obligation. First, there has been the much discussed ‘quasi-legislative’ activity by the General Assembly and other United Nations bodies purporting to lay down, expressly or by implication, requirements of State conduct or to terminate or modify existing requirements. Second, there has been a recognition of so-called ‘rules of the game,’ based on implicit understandings or unilateral actions and acquiescence. This has been a notable feature of Great Power behavior in regard to their use of armed forces. Third, there have been the social revolutions which have overturned traditional orders and have challenged the assumptions on which prior conceptions of authority were based. Fourth, the growing interdependence of States—especially in economic and technological activities— has vastly increased patterns of cooperation and reciprocal behavior which have not been institutionalized in the traditional models of lawmaking. Fifth, the increased ‘permeability’ of national States has resulted in a diminishing barrier between matters of international concern and those of domestic jurisdiction. Related to this is the fact that the United Nations Charter—particularly in articles relating to respect for human rights and self-determination of peoples— has brought domestic activities before collective organs for appraisal on the basis of international criteria”. *Ibidem*.

establecer estándares y de ejercicio de supervisión sin entrar a utilizar instrumentos legales apretados<sup>40</sup>.

SCHACHTER finaliza su defensa de tesis de fundamento de las obligaciones internacionales y efectividad, diciendo que todo está en el “grado” o “grados” de cumplimiento<sup>41</sup>. Cuánto se cumple. Cuánto se incumple. Y cómo se cumple.

---

40 “*Lawyers are made uncomfortable by this and they ceaselessly endeavor to pour the new wine into the old bottles and to market it under the time—honored labels. They will treat many of the cases as problems of treaty interpretation; others will be dealt with on the assumptions applicable to traditional customary law. But when we examine the arguments and the grounds for decision, we find more frequently than not that the test of whether a ‘binding’ rule exists should be applied will involve basic jurisprudential assumptions. Even, the International Court of Justice, which is governed expressly by Article 38 of its Statute as to sources of law, has demonstrated time and again that in their deliberative process the judges have had to look to theory to evaluate process. By way of conclusion I shall anticipate some objections to the main tenor of my thesis and offer a brief defense*”. *Ibidem*.

41 “*First there is the criticism of those who will consider that ‘legal obligation’ may be dissolved by having it depend on expectations, perceptions and probable compliance. In their view ‘legality like virtue is not a matter of degree’ and while we may have compassion we should have no uncertainty when the fallen damsel has indeed fallen. But actually most of us will view virtue as a matter of degree and we should recognize that legal obligation—whether national or international—also may involve ‘degrees’ and that it will depend on attitudes, expectations and compliance. True, these factors will in turn depend on law. The circularity is there, but it is not vicious; it simply takes account of interactions and influences. To be sure, at a given point one may have to decide in a concrete context whether or not an obligation exists (this can also be stated in operational terms) and that judgment will have to be made on the basis of the relevant variables. The more serious risk is to live in a ‘make-believe’ world where the ‘law is always the law’ and as a consequence in cynical reaction to reject a large body of normative phenomena that are actually operative in international behavior. To impose hard-and-fast categories on a world filled with indeterminacies and circularities can only result in a pseudo-realism which does justice neither to our experience nor to our higher purposes. A second objection may come from those who believe that diverse political and cultural determinants preclude any truly international obligations in today’s world. But this is a question of empirical fact, not of a priori judgment, as we indicated above; our experience provides enough evidence to indicate that divergent systems and beliefs exhibit concordances on a wide array of international norms. We have ample proof that mankind shares common characteristics and needs and its efforts to satisfy those needs provide a realistic basis for an international normative structure. In our view the specific features of*

Esto es un preludio parcial de la tesis del suscrito, que responde estas preguntas en la medida en que aun cuando el fundamento de la obligación internacional y del derecho internacional puede ser uno, la práctica es otra, y hasta ahora ninguna teoría parece explicar jurídicamente la práctica, esto por encima de la explicación y justificación filosóficas de esa realidad.

## 2. IAN BROWNLIE: LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

*Acercamiento creciente al importante elemento psicológico que comporta un derecho internacional público efectivo desde la óptica de una de sus fuentes más importantes: la costumbre. Preludio de la aproximación psicológica al problema de la efectividad del derecho internacional público.*

Cuando se habla de *opinio juris et necessitatis*, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia habla de una práctica general tomada por ley.

Recuerda BROWNLIE aquella concepción según la cual los estados pueden reconocer ciertas prácticas como “obligatorias” tal y como lo señaló en su momento BRIERLY, a lo cual HUDSON —según BROWNLIE— añadió que dicha práctica sea consistente o requerida por el derecho internacional que prevalece. Añade que algunos autores no consideran este elemento psicológico como fundamental, pero cree él que de hecho es un ingrediente necesario:

*“The Statute of the International Court refers to ‘a general practice accepted as law.’ BRIERLY speaks of recognition by states of a certain practice ‘as obligatory,’ and HUDSON requires a ‘conception that the practice is required by, or consistent with, prevailing international law.’ Some writers do not consider this psychological element to be a requirement for the formation of custom, but it is in fact a necessary ingredient. The sense of*

---

*that structure must be identified and validated in terms of shared expectations and attitudes, rather than in trans-empirical terms”. Ibidem.*

*legal obligation, as opposed to motives of courtesy; fairness, or morality, is real enough, and the practice of states recognizes a distinction between obligation and usage. The essential problem is surely one of proof, and especially the incidence of the burden of proof*<sup>42</sup>.

Esta profundización de BROWNLIE nos sirve como anticipo al tratamiento psicológico de la efectividad del derecho internacional público en cuanto a encuadramiento legal y jurídico de relaciones de poder con marcada tendencia e influencia psicológica.

### 3. HENRY G. SCHERMERS Y NIELS BLOKKER: EL PROBLEMA DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA COMO REFLEJO DE LA EFECTIVIDAD (POLÍTICA) DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

*Al ser el derecho internacional público el “derecho constitucional internacional”, ¿qué tan justo y jurídico es el sistema de representación y votación para hacer leyes internacionales? Preludio del tratamiento científico—político de la efectividad del derecho internacional público.*

Según SCHERMERS y BLOKKER, varios sistemas de votación han sido considerados con el fin de compensar la eventual inequidad entre miembros. El argumento principal en cuanto a estos procedimientos es un principio de equidad. Resulta según estos autores injusto para los intereses de una población grande que éstos cedan a favor de dos o tres pueblos que combinados no son igual de grandes a los de un pueblo extenso.

Exponen ellos que la aproximación de población *versus* voto es injusta toda vez que países grandes como China e India, pueden tener poco o nulo interés en temas de pesca mientras que estados con población pequeña tales como Noruega o Suecia, sí lo tienen.

También identifican la aproximación de “votación según capacidad económica”, que resulta injusta, toda vez que son pocos

---

42 Ibídem.

los países ricos que pueden hacer grandes contribuciones a foros mundiales.

Termina por concluir diciendo que la aproximación ideal es una en donde el voto según peso se encuentre directamente relacionado con el tema específico<sup>43</sup>.

#### 4. JOHN H. JACKSON: EL “DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO” Y LAS RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

*Quizás en la subrama en donde más claramente puede verse la efectividad del derecho internacional público es aquella denominada “derecho internacional económico”. Tenemos que hacer referencia expresa a la opinión de JOHN H. JACKSON sobre este tema pese a que sea ejemplo claro de cómo en un aspecto puntual —el del encuadramiento jurídico de las relaciones económicas internacionales— el derecho internacional público es efectivo y por ende digamos que no es ejemplo que sirva de motivo para este trabajo —en cuanto este trabajo lo que busca son ejemplos de no-efectividad para explicar la razón y encontrar una solución—.*

---

43 “As a rule, the size of the population seems the most suitable factor, but in several fields this does not seem appropriate. States like China and India, which would thus obtain the greatest voting strength, have limited interest in foreign trade, air navigation, or safety at sea, which are of great importance to smaller states such as the Netherlands, and Norway. Several other criteria have also been considered. Voting power proportional to financial contribution unduly favors the richer states (contributions are based on financial capacity, rather than on the interests involved). Furthermore, this weighting may create problems if the decisions are so important that states would be prepared to pay larger contributions in order to obtain extra votes. Only when the interests involved are specific and isolated from other interests is it relatively easy to find a key for a weighted voting system. If an organization covers many different interests, the use of a weighted voting formula might be considered only for some isolated subject matters and either a non-weighted or a differently weighted voting system for other subjects. This will inevitably lead to problems in defining to which category a particular question belongs, and although clear preliminary definitions may limit such problems, they can never be entirely excluded”. Ibidem.

La introducción del derecho económico internacional ha sido cada día más frecuente. Unos hablan de un conjunto de conocimientos que abarquen comercio, inversión, y servicios en cuanto a transacciones que crucen fronteras, y que todo ese comercio, inversión y servicios se origine en individuos o compañías “fuera de un territorio”.

En todo lo que comprende el derecho internacional económico, crítica JACKSON, se ha dado una bifurcación entre lo que es “monetario” y lo que es “asuntos de comercio”.

Y también una bifurcación entre lo que es “norma doméstica” y “norma internacional”.

JACKSON no la usa en su tratado y en cambio, parte de (nosotros concluimos ahí) la pregunta de si una costumbre generalizada puede regular las relaciones económicas internacionales<sup>44</sup>.

##### 5. GEORG SCHWARZENBERGER: LOS PRINCIPIOS Y ESTÁNDARES DEL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

*Según SCHWARZENBERGER, citado por JOHN H. JACKSON, el derecho internacional económico es presupuesto de existencia del derecho internacional público. Así, muchos de los principios consuetudinarios*

---

44 “The national rules (especially constitutional rules) have had enormous influence on the international institutions and rules. Likewise the reverse influence can often be observed. When we search for customary norms of international law that relate to economic transactions, there is precious little to be found apart from the extensive developments on expropriation of property. There are, however, many international law norms that, although not focused on economic affairs, nevertheless have considerable importance to them. The basic norm of ‘Pact Sunt Servanda,’ the rule that treaties must be followed in good faith, is a foundation for treaty-based law (which is very important to economic regulation). The general subject of treatment of aliens, of which expropriation of property is a part, is also highly relevant to economic interaction among nations. Even international norms on human rights have been increasingly injected into discussions and negotiations on economic affairs. But let us try to ascertain what, if any, customary international norms exist specifically for economic affairs”. *Ibidem*.

*del derecho internacional público recogieron lo que la práctica económica internacional trajo luego de haber ésta extrapolado los principios del derecho natural.*

En cuanto a cómo fue este proceso dice SCHWARZENBERGER:

*“The economic interest of States made short work of natural law fallacies. Writers have asserted freedom of commerce or navigation as natural rights and deduced such rights from any first principles they cared to adopt as the starting points of their arguments. Yet, unless they were quick to reduce their claims to imperfect rights, they merely served to lend a spurious respectability to untenable claims. This was what happened when, in 1824, and ill-advised Secretary of State relied for evidence of the absolute right of freedom of navigation on the river St. Lawrence, on natural law in general and GROTIUS, PUFENDORF, WOLFF and VATTEL, in particular. All that his British counterpart had to do was to take him at his word and raise the issue of reciprocal British privileges on navigable rivers in the United States not covered by British treaty rights”<sup>45</sup>.*

Y en cuanto a la función de la costumbre internacional explica SCHWARZENBERGER que:

*“In relative significance, international customary law lags behind treaties in International Economic Law. Even so, it fulfills three important functions: 1. It provides the background against which consensual international economic law must be construed. 2. In its rules on international responsibility and warfare on land and at sea, international customary law provides the bulk of the rules governing the laws of international economic torts and economic warfare. 3. By the treaties and parallel national practices to which, in an evolution extending over nearly a millennium. International Economic Law has given rise, it has made two major contributions to international law at large. By way of generalization of rules originally limited to foreign merchants, it has laid the foundations for the rules of general international customary law on the freedom of the seas in times of peace and war; and for the rule on the minimum standard for the treatment of foreign nationals. The growth of the rules on the exhaustion of local remedies, denial of justice, the outlawry of piracy jure gentium and the transformation of the right of shipwreck into the law of salvage are further*

---

45 Ibidem.

*illustrations of the contributions made by International Economic Law to general international customary law*"<sup>46</sup>.

Síntesis: lo económico internacional (que es algo particular) ha dado origen a lo general jurídico internacional (que es general). Los hechos económicos han sido la fuerza detrás de la objetivación legal internacional.

#### 6. LA LEY DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (*RESTATEMENT*)

*Resumen*: recoge básicamente el derecho internacional público en cuanto a fuentes. Disciplinar cómo y cuándo la costumbre se vuelve fuente del derecho es el objetivo:

*"Practice of states includes diplomatic acts and instructions as well as public measures and other governmental acts and official statements of policy, whether they are unilateral or undertaken in cooperation with other States. Inaction may constitute state practice, as when a state acquiesces in acts of another state that affect its legal rights. The practice necessary to create customary law may be of comparatively short duration, but it must be 'general and consistent.' A practice can be general even if it is not universally followed; there is no precise formula to indicate how widespread a practice must be, but it should reflect wide acceptance among the states particularly involved in the relevant activity. Failure of a significant number of important states to adopt a practice can prevent a principle from becoming general customary law though it might become 'particular customary law' for the participating states. A principle of customary law is not binding upon a State that declares its dissent from the principle during its development"*<sup>47</sup>.

La fuente "tratado" está íntimamente ligada con la fuente "costumbre", en la medida en que los tratados pueden ser modificados en virtud de la costumbre. Dice entonces VILLIGER:

---

46 *Ibíd.*

47 *Ibíd.*

*“Customary and treaty rules may exert a strong influence on each other. Non-identical rules of one source can modify rules of the other, or cause them to pass from use. Identical rules can parallel each other and assist in their mutual interpretation and ascertainment. Clearly, if the rules of one source may bear in such a manner on the other, this results in a considerable relativization of the sources with regard to one another. Nevertheless, a relativization does not mean that customary law and treaties lose their independence or individuality, because otherwise such interactions as the customary modifications of treaties would not be conceivable in the first place. The different conditions of the formation and existence of each source are the very cause of these processes”<sup>48</sup>.*

## II. DE LA ECONOMÍA (POLÍTICA) INTERNACIONAL

Para efectos de esta sección, hacemos referencia directa a lo tratado en el acápite del “derecho económico internacional” en cuanto a situaciones y hechos regulados. No obstante, es preciso añadir que la fuerza económica y el poder económico desde el punto de vista del derecho internacional público *sí* ha logrado materializarse en una Constitución internacional y por ende, el derecho internacional económico *es efectivo* en la realidad y no hay que buscar entonces cómo es que puede *ser efectivo*, porque lo es.

## III. DE LA POLÍTICA INTERNACIONAL

*Sintéticamente presentamos los objetivos de la política exterior del “mundo desarrollado” y del “mundo en desarrollo” que en conjunto delimitan y componen la política internacional. Arbitrariamente escogemos a los Estados Unidos de América, a la Unión Europea y a Japón por un lado; y a China, India, Brasil, y África (continente) por el otro.*

---

48 Ibidem.

## A. LA PERSPECTIVA DEL “PRIMER MUNDO”: ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, EUROPA OCCIDENTAL Y JAPÓN

### 1. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La declaración de metas del Departamento de Estado de los Estados Unidos reconoce la existencia de un sistema multilateral y propugna que éste sea más fuerte, solamente en la medida en que todos sus miembros se adhieran a sus postulados y principios.

Aun cuando el reflejo de la misión del Departamento de Estado obedece a la administración republicana del momento (2005), puede verse entrelíneas que el derecho internacional público cuyas áreas interesan al estado de la cuestión de este artículo, será efectivo (desde un punto de vista absoluto) en la medida en que se satisfagan los cometidos de la seguridad nacional de los Estados Unidos.

Pero ello no es posible, y por tanto la efectividad del derecho internacional público será relativa en la medida en que el imperio democrático participará de una efectividad absoluta sólo en tanto y en cuanto los demás entes lo hagan. Como ello no ocurre, la efectividad del derecho internacional público ha de darse, pero “a la americana”:

*“The United States participates in multilateral organizations like the UN for specific purposes: (1) to foster international peace and security; (2) protect the innocent; (3) advance freedom, human rights, democratic institutions, and economic development; (4) address humanitarian needs and (5) raise the quality of people’s lives through sustainable development (...) We engage countries in the UN system to ensure that our priorities are taken seriously and our resources used wisely. The UN can only be truly effective if its member states willingly meet their interests. We believe that the UN will be stronger and more effective if more Americans are given the opportunity to work in the UN and related institutions”<sup>49</sup>.*

---

49 [www.state.gov](http://www.state.gov).

## 2. EUROPA OCCIDENTAL (UNIÓN EUROPEA)

La Unión Europea también defiende al sistema multilateral y prevé que en sus órganos, mecanismos y procedimientos internos, se adopten medidas para que su actuar se dé en consonancia con el de la Organización de las Naciones Unidas:

*“The commission notes that the agendas of EU bilateral meetings partners often do not reflect the objectives pursued by the Union in multilateral forums. In response, the Commission recommends that the EU should systematically introduce points relating to the multilateral agenda into bilateral discussions with its partners. For its part the Commission should ensure that UN targets, including the field of development, counter terrorism, organized crime and human rights are integrated into EC programming and delivery of assistance”<sup>50</sup>.*

*“While there has been progress in the application of article 19 of the Treaty of the European Union, the Commission recommends that the presentation of common EU positions should be stepped up in all UN bodies”<sup>51</sup>.*

Pero la posición de la Unión Europea por un sistema multilateral más efectivo, creemos corresponde más al deseo de ser contrapeso del imperio democrático, que de un sincero deseo porque haya efectividad absoluta del derecho internacional público.

## 3. JAPÓN

Japón no ha ocultado su deseo de ser miembro permanente del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas. Así en una declaración reciente en reunión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el representante permanente de Japón dijo:

---

50 Towards effective multilateralism, EU-UN cooperation gets practical, [www.isis-europe.org](http://www.isis-europe.org)

51 Ibídem.

*“Permanent membership is not a privilege; rather, it is a duty and a responsibility for nations that are willing and able to contribute effectively to international peace and security. As a peace-loving nation that is fully committed to the ideals and objectives of the Organization, Japan firmly believes that it has a significant role to play in the maintenance of international peace and security as well as the advancement of the agenda of security and development, by becoming a new permanent member of the Security Council. On that basis, we are ready to submit our aspirations to the general membership for its consideration”<sup>52</sup>.*

De esta declaración puede inferirse que Japón, de la segunda mitad del siglo XX para acá opta por una efectividad absoluta del derecho internacional público. No obstante, y dados factores puramente históricos, el manejo de su política exterior en ocasiones se “calibra” con aquélla del imperio democrático. No deben desconocerse tampoco los intereses económicos privados que hacen que Japón sea muy prudente y cauto en cuanto a su actuar internacional con los Estados Unidos.

#### B. LA PERSPECTIVA DEL “TERCER MUNDO”: ÁFRICA, BRASIL, INDIA Y CHINA

Brasil e India buscan igualmente ser miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.

Los países de África, preocupados con razón, mucho más por sus difíciles situaciones políticas y económicas han sido soportados más por países poderosos en su aspiración de pertenecer al Consejo de Seguridad de manera permanente, y por ello no han adelantado una campaña directa.

China es miembro permanente del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.

---

52 Declaración de S.E. Sr. KENZO OSHIMA contenida en “*Meeting of the GA on Question of Equitable Representation on and Increase in the Membership of the Security Council and Related Matters (July 11, 2005)*”. [www.mofa.go.jp](http://www.mofa.go.jp)

La posición del mundo en desarrollo es eco de su situación general política: retos económicos de crecimiento; deseo de ser focos de poder regionales; intención de atraer la atención mundial y anhelo profundo de ser contrapeso efectivo del imperio democrático (con excepción de África continental).

Todo lo anterior, dentro del marco de una posición racional-normativa: que lo escrito escrito esté y que se cumpla, aun sabiendo que no se cumplirá. Así, se propugna una efectividad absoluta del derecho internacional público y de las leyes internacionales de carácter público.

Las declaraciones políticas de los representantes de Brasil, India y China reflejan siempre la posición de “dedo acusador”. El primero, la economía más grande de América Latina busca ser el líder regional y claro recurre a la medida del “dedo acusador”.

India es potencia económica regional y busca ser miembro permanente del Consejo de Seguridad. Su actuar político aun cuando encaminado a que la ley internacional de carácter público sea efectiva, debe ser cuidadosamente calibrado con los intereses económicos existentes al ser el principal *outsourcer* del imperio democrático.

Y por último China, régimen comunista, encuentra en el constante actuar extralegal del imperio, el argumento perfecto para hacerle contrapeso. Y debemos decir, que en teoría por lo menos, las declaraciones políticas chinas encuentran pleno sustento y verdad.

Así que como síntesis de lo propugnado por “el mundo en desarrollo”, podemos decir que fuera de buscar una mayor representación, a veces directamente, cuando lo hacen las cancillerías poderosas de India, China y Brasil y otras indirectamente, cuando otras entidades más por quedar bien promueven a África, propugnan una actitud legalista frente al entramado de conductas y situaciones jurídicas internacionales.

#### IV. DE LA PSICOLOGÍA

*La aproximación psicológica al fenómeno del poder sirve para explicar por qué un pueblo como suma de individuos puede o no someterse a otro. Y cuándo lo hace. ¿Por qué un pueblo como suma de individuos acata las órdenes de otro? Este capítulo se entrelaza definitivamente con el breve acápite de filosofía social traído por HABERMAS, al hablar de una sumisión para evitar el hambre. Y al someterse, la efectividad del derecho internacional público necesariamente se ve “relativizada”.*

##### A. LA RELACIÓN (MICRO) DE PODER: EL PODER INTERSUBJETIVO

Cuando se habla de poder intersubjetivo se está hablando de poder entre individuos. Esta sección no merece ser analizada para efectos del estado de la cuestión de este artículo sino en cuanto explica que los individuos en interferencia intersubjetiva siempre se ven de frente con el poder relativo ejercido (es que el poder nunca es absoluto).

Los seres humanos se agrupan en estructuras en las cuales siempre hay alguien más poderoso que otro, pese a que ese poder es relativo.

Dichas estructuras se disciplinan a nivel interno y jurídico a través de lo que se conoce como derecho constitucional, y la psicología del individuo habrá de adaptarse necesariamente a su conservación dentro del ente. De lo contrario, o muere o su libertad física le es privada.

##### B. LA RELACIÓN (MACRO) DE PODER: EL PODER INTERNACIONES

A nivel micro, la explicación psicológica de la sumisión a un poder por parte del individuo, para conservarse (comer para no morir o comer y además no morir), puede trasladarse a las relaciones internaciones.

Aquí debe hacerse necesario eco de las aproximaciones identificadas por MOORE a través de CLAUDE y por HABERMAS.

Unos buscan su seguridad no agrediendo a otros; otros agrediendo, etc. Pero en últimas todos respetan por pura disposición de psicología colectiva el actuar del poderoso. De lo contrario, mueren.

## V. DE LA FILOSOFÍA SOCIAL

*En el acápite correspondiente al tratamiento del poder como fenómeno intrínseco a qué tan efectivo es el derecho internacional público, hemos optado por presentar una síntesis breve de la presentación hecha por JÜRGEN HABERMAS en cuanto a la “filosofía social”. Explica (recopila) él desde un punto de vista moderno cómo la aproximación política a lo social, y su concepción influye en las relaciones humanas. Al presentar la síntesis correspondiente, hacemos un análisis y lo adecuamos al problema planteado en el estado de la cuestión, trasladando la recopilación analítica hecha por HABERMAS dentro del marco de un Estado (ejercicio de la política intraestatal), al conjunto de relaciones interestatales.*

Al iniciar el estudio de la filosofía social HABERMAS explica cómo el punto de partida es distinto a aquel de MORO y MACQUIAVELO. Así la vida se protege efectivamente mediante una adecuada organización social. Esto de algún modo refleja el enfoque o aproximación presentada por MOORE al hablar de la aproximación funcional. ¿Qué ha hecho la comunidad internacional para protegerse de sí misma? ¿El esfuerzo ha sido uno jurídico? ¿Meramente político? La noticia luego de leer a HABERMAS y de haber estudiado las aproximaciones de CLAUDE, es que el poder como fenómeno se superpone al derecho internacional público racional-normativo. Y esto —lo cual no es novedoso (descubrimos nosotros que “el agua moja”)— que se aplicaba a la explicación de las relaciones intraestado se aplica a las relaciones interestatales.

Esa organización social vendría a tener dos fines primordiales: por un lado proteger del hambre; por otro proteger la vida. Podrían ser resumidos en uno: proteger la vida aislando al hambre.

En el desarrollo actual de un derecho internacional público vivo, la protección de la vida y el alejamiento de la guerra son pivotes fundamentales y por ello el análisis de HABERMAS sirve cuando ilustra lo que ocurre al interior del Estado. Pero recordemos que aun cuando el fin del derecho internacional público es ese, el medio muchas veces resulta siendo extralegal y únicamente ejercido por el imperio, en este caso, el imperio democrático:

“Ciertamente, del acrecentamiento de aquellas dos formas de reproducción de la vida técnicamente elucidadas se deriva una diferencia característica. Mientras que la supresión del hambre abre el panorama a una posible elevación de la vida cómoda hasta lo ilimitado, el ensanchamiento de aquel poder que elimina el miedo ante la muerte violenta, produce, con el dominio de un mal, otro mal: el peligro de la servidumbre. Por ello las filosofías sociales que definen políticamente el mal natural no puede —como en aquellas que lo definen económicamente— adoptar una forma utópica. Si con todo no desean renunciar a una forma contrautópica de la elevación de la vida, degeneran en la irracionalidad”<sup>53</sup>.

Pero al final, en la organización social, tal y como lo recopila HABERMAS, se forman dos grupos: el del rico o ricos y todos aquellos alineados al que actúa protegiendo y conservando la seguridad y la libertad. Perfecto traslape de este análisis puede hacerse al actuar del derecho internacional público cuya efectividad depende del rico que actúa para su propio beneficio:

“Desde ARISTÓTELES, la política conoce constituciones buenas y degeneradas, conoce la mejor constitución en absoluto y relativamente. MAQUIAVELO y MORO dejan pasar esta problemática. MAQUIAVELO con la afirmación de que, en vista de la invariable sustancia de las relaciones de dominio de una minoría política sobre la masa de los ciudadanos particulares, los órdenes normativos representan superestructuras mudables históricamente. El historiador comparativo encontrará ‘que una pequeña parte anhela ser libre

---

53 HABERMAS, JÜRGEN, *Teoría y praxis*, Tecnos, Buenos Aires, 1987, pág. 58.

para ordenar, pero que todos los demás, la inmensa mayoría, desean la libertad para vivir con seguridad. Pero en cada una de estas comunidades —se tenga la Constitución que se quiera— los puestos de mando están ocupados a lo sumo por cuarenta o cincuenta ciudadanos’. MAQUIAVELO aísla la estructura subyacente de una relación formalmente invariable de represión, que está determinada por la inevitabilidad de agresión y defensa, de amenaza y de autoafirmación, de conquista y derrota, de levantamiento y represión, de potencia e impotencia. El nuevo concepto de lo político recibe su sentido de esta tensión que, por así decirlo, está puesta naturalmente con la potencial o actual utilización recíproca del poder. MORO debilita la problemática constitucional tradicional con una indicación análoga. En lugar de conceptualizar la sustancia de las relaciones de dominio —invariable bajo los mudables órdenes normativos— a partir de una constitución básica e insuperable de los hombres, lo hace a partir de la presión, impuesta por la propiedad privada, hacia la explotación: ‘Si hago desfilar a todos estos estados... examinándolos en mi espíritu, entonces no encuentro... otra cosa que una conjuración de los ricos, los cuales, en nombre y bajo el título jurídico del Estado, cuidan por su propio beneficio. Imaginan e idean todas las intrigas y tretas posibles para conservar sin temor a pérdida aquello que han acumulado por medio de maquinaciones, para entonces, poder obtener y aprovechar tan barato como sea posible todo el esfuerzo y trabajo de los pobres. Tan pronto como los ricos toman la determinación de utilizar estos métodos en nombre de la generalidad, y esto quiere decir también en nombre de los pobres, adquieren de este modo fuerza legal’<sup>54</sup>.

Y finalmente, el fundamento de una regulación de seguridad nacional (en este caso debe estudiarse en otro artículo la fundamentación filosófica y jurídica de la ley “marco” de seguridad nacional de los Estados Unidos) del más poderoso encuentra eco en lo dicho por HABERMAS así:

“Fundamentalmente, ARISTÓTELES no conocía ninguna escisión entre la constitución promulgada políticamente y el *ethos* de la vida ciudadana en la ciudad. MAQUIAVELO y MORO, cada uno a su modo, consumaron la separación de ética y política. La máxima suprema de la nueva política reza del siguiente modo: ‘El único fin del príncipe debe ser conservar su vida y su dominio. Todos los medios de los que se sirva a este respecto, estarán justificados’<sup>55</sup>.

---

54 Ibidem.

55 Ibidem.

“MAQUIAVELO acepta como meta de la técnica política la afirmación de poder del príncipe hacia el exterior, así como la unidad y la obediencia de los súbditos en el interior. Aísla las operaciones para alcanzar esta meta de todas las presuposiciones sociales”<sup>56</sup>.

## PARTE ANALÍTICA. (TESIS)

### *EL DERECHO INTERNACIONAL ÚTIL SÓLO PUEDE SER EL CONSUECUDINARIO. NO EL ESCRITO*

Una sociedad internacional o una comunidad internacional civilizada, en los términos definidos en esta investigación sólo puede ser efectivo y útil en la medida en que los comportamientos estén regulados por un derecho consuetudinario que se adapte al tiempo específico. El comportamiento no puede estar regulado por disposiciones normativas preestablecidas. Es imposible.

¿Pero cuál vendría a ser el derecho consuetudinario? ¿Cómo verificar su obligatoriedad?

Digamos que no queremos dar la respuesta típica y clásica de que la costumbre ha de “cristalizarse” en convenciones o tratados. No. Debemos dilucidar otra solución novedosa.

¿Podría pensarse en un derecho consuetudinario internacional aceptado por comportamientos meramente políticos? Es decir, ¿que la política sea el termómetro de lo que es aceptable?

Creo que sí. La realidad demuestra esto. Así puede decirse que lo consuetudinario vendría a coincidir con lo real político.

Se plantea aquí no obstante un dilema ético. Si lo consuetudinario es coincidente con lo real político y lo real político es el ejercicio del poder por una entidad democrática o imperio, ¿cómo es que eso consuetudinario llega a poder ser moralmente bueno? ¿Nos quedamos con un principio de mayorías? ¿Lo que la mayoría acepte y lo que la mayoría siga? ¿Cuál mayoría? ¿Cómo resolver estos cuestionamientos?

---

56 Ibídem.

Trato de hacerlo a continuación a través de un enfoque filosófico (ético) y jurídico partiendo de una idea base: que la existencia de una mayoría puede *explicar* un fenómeno pero no lo *justifica*. La mayoría indica algo; es elemento criteriológico; es elemento “que explica” mas es no “justificante”. No porque la mayoría es, entonces algo es moralmente bueno. Así, la mayoría no es justificante, sino “explicante” (esta palabra no existe en castellano).

La respuesta a los interrogantes viene dada así: si un conjunto de entidades respecto de las cuales, una tiene más poder que la otra, y aquella que tiene en conjunto más poder que la otra es un régimen democrático, que lo consuetudinario coincida con lo real político resulta siendo algo moralmente bueno. En cambio, si un conjunto de entidades respecto de las cuales, una tiene más poder que la otra, y aquella que tiene en conjunto más poder que la otra *no* es un régimen democrático, que lo consuetudinario coincida con lo real político resulta siendo algo moralmente malo.

En el primer caso, es decir, cuando hay un imperio democrático, el derecho internacional efectivo ha de ser el consuetudinario. La solución a lo no efectividad consuetudinaria es meramente política y moral; de pronto económica.

En el segundo caso, es decir, cuando hay un imperio no democrático, el derecho internacional efectivo ha de ser el racional-normativo. La solución a la no efectividad es la guerra o disrupción del orden.

Ilustremos los anteriores dos casos con ejemplos así:

*Primer caso:* Estados Unidos liderando la Organización del Tratado del Atlántico Norte ataca Kosovo sin permiso del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas. El imperio democrático impone su voluntad. Hay unos cuantos seguidores. Se remueve a un tirano del poder y se salvan miles de vidas inocentes. Se incumple no obstante una norma legal adjetiva. No se incumple lo jurídico internacional en la medida en que el fin último es proteger la raza humana.

*Evento uno:* que el imperio democrático lo haya hecho (en efecto lo hizo): efectividad consuetudinaria del derecho internacional.

Resultado: ganancia de respeto hacia Occidente por parte de la humanidad.

*Evento dos:* que el imperio democrático no lo hubiere hecho: no efectividad del derecho internacional. Resultado: sanción moral de la humanidad y de pronto política.

*Segundo caso:* “Alemania nazi” liderando una coalición aniquila millones de vidas humanas inocentes. Resultado: guerra. Pero aquí la “Alemania nazi” era un imperio no democrático pero reducido al escenario europeo e incluso mundial toda vez que hacia 1939 Estados Unidos de América no era imperio ni era percibido como un imperio.

La sujeción de los comportamientos internacionales a la costumbre en punto de protección de la seguridad y orden globales es más realista que la sujeción de los comportamientos internacionales a un instrumento racional-normativo. Veamos si no la realidad circundante.

No creamos que desde el punto de vista de la ciencia jurídica un derecho internacional en estas áreas resulta más efectivo desde el punto de vista racional-normativo que desde el punto de vista consuetudinario. Como dice NICOLÁS GÓMEZ DÁVILA:

“Ni declaración de derechos humanos, ni proclamación de constituciones, ni apelación a un derecho natural, protegen contra la arbitrariedad del Estado. Sólo es barrera al despotismo el derecho consuetudinario”<sup>57</sup>.

El derecho consuetudinario supone una sociedad más civilizada, disciplinada y confiable. Supone la disciplina del comportamiento a un más alto nivel. No es algo falso e hipócrita toda vez que se sujeta a lo tradicional, claro, debiendo existir con un fondo ético y moral (Cfr. diferencia entre ética y moral: la primera no es sino el estudio filosófico de la segunda).

La norma consuetudinaria *no* crea hechos. *es el hecho*. Los hechos *no* crean norma consuetudinaria. *son la norma*. *Contra:* JELLINEK

---

57 GÓMEZ DÁVILA, NICOLÁS, *op. cit.*

acuñó aquella famosa frase que dice: “El poder fáctico de lo normativo y el poder normativo de lo fáctico”<sup>58</sup>.

El derecho consuetudinario internacional en tanto idéntico al derecho natural es el efectivo. No importa qué diga el instrumento escrito. No importa qué se haya firmado en San Francisco. No importa cuál sea la voluntad coincidente (*Vereinbarung*) escrita. Importa en cambio la voluntad coincidente que es dinámica y cambiante y se ajusta a la realidad. Ella dictará cuál es el derecho internacional efectivo. *Pero* el sustrato necesariamente ha de ser *democrático real y no formal* o sea, la democracia de papel no sirve<sup>59</sup>.

Cuando se afirma que el derecho internacional (el referido a las áreas de seguridad y orden internacionales) efectivo es el consuetudinario, necesaria apelación ha de hacerse al principio (al menos académico) de realidad, principio cardinal del derecho internacional público.

Al derecho internacional público le interesa no más que lo que es real. En nuestro caso, cuando estudiamos la efectividad del derecho internacional desde el punto de vista de la ciencia jurídica, ese principio de realidad no puede perderse.

Así por ejemplo, al derecho internacional no le interesa en lo más mínimo una Constitución existente desde el punto de vista formal. Al derecho internacional le interesa la Constitución real.

Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, a ésta no le interesa un derecho internacional inefectivo. No es posible entender un derecho internacional inefectivo. Y la pregunta que necesariamente surge es la siguiente: ¿un derecho internacional inefectivo existe o no? Y existencia aquí lo tratamos desde el punto de vista jurídico que no ontológico.

---

58 PALACIOS MEJÍA, HUGO, *Teoría del Estado*, Temis, Bogotá, 1981, pág. 30 y sigs.

59 Sin lugar a dudas, la democracia más efectiva y brillante de todos los tiempos es la estadounidense. No hay nación en el mundo en donde la democracia funcione de manera más efectiva y auténtica que en los Estados Unidos: históricamente ha sido y es hoy, ejemplo y “faro” del/ante el mundo.

Creemos que desde el punto de vista estrictamente jurídico un derecho internacional inefectivo *no existe*. En otras palabras es inexistente.

No obstante es nuestra opinión que el derecho internacional *sí existe*, lo cual presupone que es efectivo. ¿Pero cómo es que es efectivo? ¿Cómo es que puede ser efectivo?

Ya lo hemos respondido: el termómetro y medida es la realidad consuetudinaria. La realidad política, pero *democrática*. Ahí es donde el derecho internacional público es efectivo.

#### CONCLUSIÓN

Una revisión sistemática de dos posiciones fundamentales en cuanto a las ciencias jurídicas, es decir, la presentada desde el punto de vista de un experto en seguridad nacional de los Estados Unidos de América (MOORE) y aquélla del creador del análisis de las relaciones económicas internacionales (JACKSON); la lectura de las posiciones políticas del mundo desarrollado y del mundo en desarrollo (Estados Unidos y la Unión Europea por un lado y por el otro África, Brasil, China e India); la somera referencia a la “filosofía social” de JÜRGEN HABERMAS, la alusión a la interferencia intersubjetiva imbuida de poder (psicología) y el recorrido por los máximos exponentes teóricos del derecho internacional público, esto a través de un ejercicio constante e interdependiente de síntesis y análisis, nos hace concluir que se presentan los resultados de cómo es que el derecho internacional debe ser efectivo, pero no de cómo es que es efectivo o cómo es que es inefectivo, dependiendo de la óptica con la que se le mire.

Así el presente trabajo tuvo por objetivo fundamental aportar una tesis más, de carácter “realista” al conjunto de las tesis presentadas por los tratadistas de derecho internacional público.

Y es tesis que encuentra en la práctica política con fines jurídicos la explicación y justificación de un derecho internacional público “vivo”. Pero dicha práctica consuetudinaria se da en cabeza del imperio democrático. La entidad democrática que hoy agrupa más poder que ninguna otra (y también en la historia). Sólo entidades

civilizadas pueden someter su actuar a costumbre no escrita. Requiere esto un nivel de disciplina y orden sociales elevados. Lo que hace el imperio democrático en su interior en cuanto a derecho interno efectivo, lo refleja en su actuar extralegal pero las más de las veces jurídico, en el exterior. Ninguna fórmula refleja mejor este sentir que aquélla de NICOLÁS GÓMEZ DÁVILA según la cual:

“[l]a plétora de leyes es indicio de que nadie sabe ya mandar con inteligencia. O de que nadie sabe ya obedecer con libertad”<sup>60</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

Apuntes personales de “Derecho internacional público”, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

Apuntes personales de “Filosofía del derecho”, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

Apuntes personales de “Historia de las ideas políticas”, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, [www.state.gov](http://www.state.gov)

GÓMEZ DÁVILA, NICOLÁS, *Escolios a un texto implícito*, Villegas, Bogotá, 2001, pág. 229 y sigs.

HABERMAS, JÜRGEN, *Teoría y praxis*, Tecnos, Buenos Aires, 1987, pág. 58.

JACKSON, JOHN H., *Legal problems of international economic relations*, St. Paul, MN: west group, 2002, pág. 172 y sigs.

JOLIVET, REGIS, *Vocabulario de filosofía*, Desclée, Buenos Aires, págs. 8 y sigs.

Ministerio de Relaciones Exteriores de Japón, [www.mofa.go.jp](http://www.mofa.go.jp)

---

60 GÓMEZ DÁVILA, NICOLÁS, *Escolios a un texto implícito*, Villegas, Bogotá, 2001, pág. 229 y sigs.

MOORE, JOHN, *National security law*, Carolina academic press, Durham, Carolina del Norte, 1990, pág. 33 y sigs.

OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 1981, pág. 30 y sigs.

PALACIOS MEJÍA, HUGO, *Teoría del Estado*, Temis, Bogotá, 1981, pág. 30 y sigs.

ROMERO SOTO, JULIO, *Curso de sociología jurídica*, Librería del profesional, Bogotá, 1979, pág. 12 y sigs.

Unión Europea, [www.eu.org](http://www.eu.org)

