

El derecho internacional: entre el cambio y la disolución

Francisco Orrego Vicuña

TRANSFORMACIÓN Y GRADUALIDAD

En el curso de las cuatro décadas transcurridas desde la creación del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, el derecho internacional se ha caracterizado por una constante transformación de su contenido y alcances. Al mismo tiempo, sin embargo, han aparecido tendencias que amenazan de alejarlo de la estructura propia de un ordenamiento jurídico para identificarlo con un instrumento al servicio de intereses circunstanciales de grupos de presión. La pregunta que permanece, entonces, es si las transformaciones de la sociedad internacional han cambiado el derecho que la rige de manera fundamental o bien si se está frente a un proceso de transformación gradual dentro de ciertos principios que en lo sustancial permanecen inalterados y que aseguran la continuada manifestación de su naturaleza jurídica.

Hedley Bull identificó cinco características como propias de la sociedad tra-

dicional: el papel central del derecho natural, la universalidad, el papel de los individuos, la aplicación del derecho mediante la solidaridad y la ausencia de instituciones internacionales. Si se tienen presentes estas características, se podrán apreciar en la actual sociedad global muchos cambios. Con todo, más allá de las formas, se plantea la interrogante indicada de si acaso los principios esenciales en que descansa esta sociedad siguen siendo los mismos, aun cuando sean expresados en un nuevo contexto y de manera también diferente.

Los cambios de cada período histórico, como su influencia en la naturaleza del derecho internacional, siempre han sido una materia que ha llamado la atención de la doctrina del derecho internacional y crecientemente de los estudiosos de las relaciones internacionales. La influencia específica de estos cambios en la naturaleza de la sociedad y del ordenamiento jurídico ha sido, sin embargo, materia de apreciaciones opuestas.

UTOPIÁS Y REALIDADES

A juicio de algunos, los cambios ocurridos son de tal magnitud que el propio Estado soberano ha sido superado y está en vías de extinción en el marco de la globalidad. La ausencia de guerra entre las democracias, el choque de las civilizaciones o el fin de la historia, así como otros estudios sobre el nacimiento y caída de las grandes potencias y el colapso de los imperios, revelan la amplitud de esos cambios para quienes así piensan.

El gobierno mundial o sus variables no sería más que una utopía.

Para otro sector de la doctrina, sin embargo, la situación es diferente. El concepto de un gobierno mundial o sus variables no sería más que una utopía, como antes lo fueron muchas expresiones de idealismo que se vieron frustradas por el curso de la historia. De acuerdo con este punto de vista, el futuro no estaría exento de guerras, ideologías o imperios.

Las consecuencias de estas apreciaciones para el derecho internacional son también diferentes. Hay quienes piensan que este derecho, por su naturaleza histórica interestatal, sería hoy o en el futuro cercano una obsolescencia comparable a la del propio Estado. Estaríamos, entonces, frente a un derecho global que no reconoce límites territoriales o conceptuales. El concepto de derecho mundial vendría así a reemplazar al de derecho internacional.

Pero también hay quienes piensan, con

buen razón, que estamos frente a una realidad usual asociada a la evolución natural de toda sociedad y que se refleja por consiguiente en el ordenamiento jurídico que la rige. Es la siempre presente necesidad de toda sociedad de compatibilizar la estabilidad de sus estructuras con las presiones del cambio.

A la luz de las realidades actuales, las características de la sociedad internacional tradicional, indicadas anteriormente, denotan que hay un profundo cambio, pero inserto en una relación de continuidad que es todavía más significativa.

EL INDIVIDUO COMO PRINCIPAL BENEFICIARIO

En efecto, un buen número de los desarrollos más importantes que han tenido lugar en el derecho internacional se inspiran en la necesidad de asegurar la libertad del hombre, sus derechos, dignidad y bienestar. El derecho internacional de ayer y de hoy está vinculado a la esencia de la comunidad humana como beneficiaria de sus normas. Ello puede olvidarse en algunos momentos históricos en que el Estado aparece como el único motivo de preocupación, pero esa esencia humanitaria no tarda en reaparecer. La continuidad es entonces permanente.

Esta misma esencia es la que condiciona los cambios ocurridos respecto de los actores del sistema internacional. El papel exclusivo que ocupó el Estado como actor y sujeto ha sido reemplazado por otra dimensión. En ella el Estado es todavía predominante, pero comparte sus funcio-

nes con las organizaciones internacionales y otras entidades. Cabe recordar que en su propio origen el Estado no fue más que una concepción intelectual destinada a defender al individuo de los abusos a que había conducido el fraccionamiento extremo del poder político. Sin embargo, ello en algún período, más bien largo, fue olvidado y pasó el Estado a adquirir una supremacía y un poder omnímodo que le permitieron abusar de la propia comunidad humana que debía defender.

El origen del Estado fue una concepción intelectual destinada a defender al individuo de los abusos debidos al fraccionamiento del poder político.

Para corregir esta distorsión, la comunidad internacional construyó gradualmente sistemas de cooperación y de organización internacional. Pero más importante aún fue el hecho de que el propio individuo, tanto en su condición de persona natural como de su agrupación en diferentes entidades jurídicas, inició una participación directa como actor del sistema y sujeto del derecho internacional. Se trata esta sin duda de una tendencia que habrá de continuar. De esta manera, el derecho internacional reencuentra lo que fue su motivación original.

No deja de ser una paradoja que las propias estructuras diseñadas para controlar el poder absoluto del Estado hayan ocasionalmente incurrido también en formas de acción incompatibles con su fun-

ción. La crítica que hoy afecta a algunas organizaciones internacionales que han buscado atender a su propio interés por sobre aquel de los supuestos destinatarios o beneficiarios de su cometido, es indicativa de que la comunidad internacional busca hoy otras formas de entendimiento y regulación.

Tampoco está el desempeño del individuo como actor exento de críticas, por la misma razón de que ocasionalmente también algunas organizaciones que los agrupan han incurrido en abusos o exageraciones que procuran alterar la naturaleza del sistema del derecho internacional mediante interpretaciones ajenas a su esencia. Esta pretensión ha motivado una reacción destinada a establecer límites y modalidades claras de participación del individuo en el sistema.

La exigencia de una mayor transparencia y profesionalismo en el desempeño, así como la sujeción a órganos de control, son algunas de las condiciones de participación que comienzan a discutirse. Mientras ellas no se logren es la propia participación del individuo la que resulta limitada.

Este conjunto de características es también la que ha llevado a una sociedad internacional multicultural, en que son muchas las culturas que intervienen en la elaboración del derecho que la rige. El derecho internacional ya no es el monopolio de una determinada cultura y su manera de apreciar la sociedad. De ahí que tampoco resulte posible imponer una visión jurídica o política que no sea compartida por el conjunto de la sociedad internacional o al menos por algunos de sus actores más significativos.

La propia actuación de las organizaciones internacionales continúa dependiendo en alta medida del consenso de sus Estados miembros y de otros factores que también estaban presentes en el derecho internacional desde sus orígenes, aun cuando expresados de una manera informal y diferente. Además, en lo sustancial, las organizaciones internacionales son agentes mediante los cuales los Estados canalizan su cooperación.

Las transformaciones de la sociedad internacional pueden identificarse con una continuidad histórica que data de los orígenes del derecho internacional.

CONTINUIDAD HISTÓRICA Y ADAPTACIÓN

Las transformaciones de la sociedad internacional son muchas y profundas, pero todas ellas pueden identificarse específicamente con una continuidad histórica que se remonta a los orígenes del derecho internacional. Estas transformaciones continuarán produciéndose, especialmente en la medida en que la revolución tecnológica se incrementa y en que la economía global alcanza nuevas expresiones de competitividad y participación. A su vez, esos cambios se mantendrán previsiblemente dentro de una estructura conocida, que en nada disminuye la naturaleza universal del sistema ni del derecho que lo rige. Más bien por el contrario, esas estructuras tradicionales son las que aseguran que el derecho internacional

continúe siendo propiamente internacional y expresivo de una amplia participación.

La evolución que se ha indicado ha sido enfocada de diferente manera por la doctrina del derecho internacional. En la opinión de distinguidos juristas e instituciones especializadas, los cambios pueden ser muchos pero los conceptos básicos permanecen en esencia inalterados.

Una consecuencia de lo anterior es la advertencia acerca de la inconveniencia de reducir los estándares para identificar las normas de la costumbre internacional o de tratar de reemplazar el modelo que es propio de la estructura normativa de la sociedad internacional por otro que toma sus características de la sociedad nacional. Cada uno de estos ordenamientos debe mantener su propia identidad y el hecho de que sean mutuamente complementarios no significa que su naturaleza deba fusionarse o confundirse.

De acuerdo con el punto de vista de otra parte de la doctrina, sin embargo, el problema radica precisamente en cómo superar los obstáculos estructurales que derivan del derecho internacional tradicional para facilitar así una innovación jurídica que se estima indispensable. Según este punto de vista, algunos de esos obstáculos derivan de los límites impuestos por la exigencia del consenso y la necesidad de alcanzar un procedimiento de elaboración del derecho internacional que sea a la vez rápido y expedito.

Puede apreciarse que las tendencias relativas a la necesidad de asegurar la estabilidad del sistema y del derecho internacional contrastan con otras opiniones que buscan cambiar tanto la sociedad

como ese ordenamiento. Esta es una disyuntiva permanente en toda sociedad, pero en ocasiones lo que es una discusión legítima de alternativas se transforma en una pugna y confrontación que ciertamente no contribuyen a un progreso gradual y ordenado del derecho internacional.

Este fenómeno de transformación es particularmente evidente en algunos campos seleccionados, pero no podría considerarse que se trata de una situación generalizada en la sociedad internacional. El desarrollo de la jurisdicción internacional en materia de protección de los derechos de los individuos, en el campo de la protección de las inversiones o en la solución de conflictos comerciales es verdaderamente notable, pero no alcanza a muchos otros sectores de la vida social. Es probable que el proceso continúe desarrollándose para incluir nuevos sectores, pero ello solo se logrará en la medida en que los propios actores del sistema acepten la necesidad de esta evolución. Esta aceptación no obedece a que prevalezcan los factores propios de la confrontación indicada, que es más bien de carácter ideológico, sino a razones de conveniencia práctica o al íntimo convencimiento moral de la sociedad acerca de la justicia y necesidad de un progreso determinado.

UNA ORDENACIÓN JERÁRQUICA NATURAL

Así como el derecho internacional ha experimentado una notable expansión en un sentido horizontal, abarcando cada día más campos de acción, ha habido también un esfuerzo destinado a asegurar una

ordenación jerárquica de su estructura. Este esfuerzo, sin embargo, ha tenido más un carácter académico que práctico o real y en algunas expresiones ha sido excesivo, lo que lejos de contribuir al desarrollo del derecho internacional ha llegado a constituirse en un verdadero obstáculo.

Se ha procurado asegurar una ordenación jerárquica de la estructura del derecho internacional.

La ordenación jerárquica del derecho internacional está fuertemente influida por sus raíces en el derecho natural en cuanto se inspira en valores superiores de paz y humanidad, que siempre culminan en manifestaciones del derecho positivo. La necesidad de salvaguardar los derechos de la persona humana es probablemente el más típico de estos valores. Pero el problema no radica en el concepto sino en su aplicación. Esfuerzos destinados a calificar como normas de *jus cogens* a muchas que los autores o los gobiernos han considerado ideológica o políticamente convenientes, han culminado en una exageración de tal magnitud que ha convertido ese marco conceptual en uno de dudosa reputación. El concepto de la existencia de normas de superior jerarquía debe por cierto salvaguardarse, pero su aplicación debe realizarse de una manera muy estricta y objetiva, fundamentada en lo que la comunidad internacional realmente desea alcanzar dentro de un marco de valores superiores.

La evolución del derecho internacional se orienta sin duda hacia el estableci-

miento de funciones constitucionales que permitan satisfacer la necesidad de contar con principios claros que sirven de fundamento al derecho internacional y a la estructura social. Esta inquietud, sin embargo, está presente en el derecho internacional desde sus inicios. La manera de proceder a la identificación de tales principios puede variar de una época a otra, como en la realidad ha ocurrido, pero la búsqueda de los principios y su precisión ha sido una tarea de todos los tiempos.

LIMITACIÓN CONTROLADA DE LA SOBERANÍA

Los cambios en el derecho internacional han sido sin duda muchos, lo que lleva inevitablemente a la pregunta de si acaso este ordenamiento jurídico ha cambiado o estaría cambiando su estructura y dimensiones cualitativas. ¿Es hoy día el sistema normativo del derecho internacional comparable al del derecho interno, o al menos del de un derecho federal, que descansa en una gestación y ejecución similares a la de los derechos nacionales? ¿O se trata todavía de un derecho que obedece a la particular realidad de las relaciones internacionales entre Estados y otros sujetos, que descansa en la cooperación entre esos sujetos para su elaboración y aplicación?

El examen de la realidad contemporánea del derecho internacional parece indicar que si bien los cambios han sido importantes en este plano, o hay otros que se insinúan como tendencias, ellos no son lo suficientemente amplios o generaliza-

dos como para concluir que el orden jurídico internacional ha variado fundamentalmente de estructura. La presencia de un proceso evolutivo no significa la ruptura de una estructura fundamental del derecho internacional, pues tal como ocurre con la propia sociedad internacional la innovación se combina acertadamente con la estabilidad y la continuidad.

Pese a los cambios que ha experimentado el derecho internacional no puede concluirse que haya variado fundamentalmente el orden jurídico internacional.

Desde luego, puede observarse que el derecho internacional se caracteriza hoy por un proceso controlado de limitación de la soberanía. No obstante lo que se sostiene con frecuencia, el Estado nacional no está en vías de desaparecer. Limitaciones de la soberanía sí las ha habido, pero ellas han sido aceptadas por los Estados ya sea en el marco de las organizaciones internacionales o respecto de los individuos. Este es un proceso controlado por la propia voluntad estatal y se limita en general a algunas materias muy específicas.

En esta perspectiva, no existe en realidad una autoridad que se sitúe por sobre los Estados en la comunidad internacional. Casos puntuales a no dudarlo existen, pero se trata siempre de organismos internacionales que no tienen más poder legislativo que aquel que le ha sido delegado por los Estados miembros. Esta delegación, aun cuando creciente en los va-

riados campos en que se expresa la cooperación internacional, es siempre controlada y de carácter limitado.

La ejecución del derecho internacional descansa principalmente en la solidaridad.

EJECUCIÓN CONSENSUADA DEL DERECHO

El mismo fenómeno de evolución controlada se observa en cuanto a la ejecución del derecho internacional. Esa ejecución, hoy como ayer, descansa principalmente en la solidaridad. Ello es particularmente cierto en materia de seguridad colectiva y del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. No existe un mecanismo coercitivo independiente de la cooperación entre los Estados, ni siquiera en el marco de las Naciones Unidas.

En materias específicas y más bien de carácter funcional, los Estados han aceptado procedimientos coercitivos más ejecutivos o autónomos. Ello se aprecia hoy, por ejemplo, en el campo de las inversiones y en menor medida en el campo del comercio. Es probable que este enfoque continúe desarrollándose, en la medida en que la cooperación en esos campos se hace más estrecha, pero no es previsible, excepto quizás a largo plazo, que alcance a la estructura general del derecho internacional ni menos a aquellos elementos que tienen un alto componente político.

La necesidad de perfeccionar los mecanismos de ejecución del derecho in-

ternacional se observa de manera creciente en el uso de técnicas legislativas que buscan asegurar que los tratados produzcan sus efectos con mayor celeridad que en el pasado, como también se observan en el desarrollo de un derecho derivado en el marco de algunas organizaciones internacionales con miras a alcanzar una modalidad de aplicación directa que tiene especial expedición. Todo ello, sin embargo, es más bien un problema de técnica legislativa que uno que venga a alterar la naturaleza del sistema del derecho internacional.

EL DERECHO INTERNACIONAL COMO GARANTÍA DE LA DEMOCRACIA

Dada la creciente influencia del derecho internacional en los derechos y obligaciones de los individuos, la necesidad de dotarlo de mayor transparencia se ha hecho evidente. Esta es una necesidad que deberá atenderse satisfactoriamente en la comunidad internacional general pues también el derecho internacional tiene hoy una fuerte incidencia en las garantías de las democracias nacionales y debe estar sujeto al examen de la ciudadanía.

Esta última razón justifica también la intervención más activa de los parlamentos nacionales en el proceso legislativo internacional, donde igualmente se observan cambios de interés. Originalmente esa intervención solo se requería para aprobar lo que el poder ejecutivo ya había negociado en el ámbito internacional. Hoy, en cambio, se observa una participación más activa de los parlamentos mediante

su asociación al proceso legislativo internacional. Esta apertura se traduce, aun cuando indirectamente, en una mayor participación ciudadana en el proceso y en una tramitación parlamentaria más expedita de los tratados y otros instrumentos.

La aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales también muestra la naturaleza evolutiva del derecho internacional. Como regla general, los tribunales aplicarán las disposiciones de los tratados debidamente ratificados, pero tratándose de normas de costumbre internacional, de principios generales o de arreglos especiales para la aplicación del derecho derivado los individuos pueden invocar directamente las normas del derecho internacional.

En algunas ocasiones los tribunales nacionales han interpretado el derecho internacional en forma antojadiza.

Este es sin duda un fenómeno creciente en el marco de la función judicial, pero igualmente requiere de controles estrictos. En ocasiones se ha abusado por la vía de la interpretación antojadiza del derecho internacional de esta facultad jurisdiccional, procurando impulsar desarrollos que no siempre se avienen con la verdadera naturaleza y alcance de la norma internacional en aplicación.

En consonancia con estos desarrollos, especial importancia tienen los sistemas internacionales de solución de controversias. El progreso de estos mecanismos, con particular referencia al arbitraje, es indicativo de una evolución del propio dere-

cho internacional. El progreso de la jurisdicción penal internacional ha sido otro proceso gradual de importancia. El Estatuto de la Corte Penal Internacional es una expresión de este particular desarrollo.

Con todo, este proceso se ha visto en cierta medida afectado por el grado de politización que ha afectado a algunos tribunales internacionales de este tipo y a la negociación que acompañó al Estatuto indicado. Similares dificultades surgen del actuar de algunos tribunales nacionales y de la aprobación de leyes que buscan formas extremas de ejercicio de jurisdicción universal. Todo ello ha sembrado dudas no menores acerca de la viabilidad de un tipo de jurisdicción que no descansa estrictamente en la búsqueda de la justicia y en la observancia escrupulosa de las garantías del debido proceso.

Hay todavía otra dimensión que adquiere el derecho internacional en su relación con un derecho interno que es crecientemente el producto de la voluntad libremente expresada en sociedades democráticas. La identificación y perfeccionamiento de los principios y normas del derecho internacional debe realizarse sobre la base de la participación consensual de los Estados, pues solo así se podrá asegurar que respondan genuinamente a la voluntad democrática de esas sociedades.

La elaboración del derecho internacional mediante la concurrencia de mayorías puede tener utilidad en el caso de regímenes particulares, pero no debe sustituirse el papel del consenso en la comunidad internacional. De lo contrario se arriesga que el derecho internacional sea el producto de visiones parciales y de

mayorías circunstanciales que se utilicen para soslayar la expresión de las sociedades nacionales que difieran de esa visión. La participación consensual en la elaboración del derecho internacional asegura tanto su verdadera universalidad como su sustentación en el tiempo.

En ocasiones existe la tendencia y el propósito de obtener por la vía de la legislación internacional, especialmente cuando esta es menos solemne o informal, objetivos que la sociedad nacional no está dispuesta a autorizar en el marco de la operación de sus estructuras democráticas. Si la concurrencia de voluntades políticas en una sociedad democrática persigue el reconocimiento de ciertos valores y modelos, ellos no pueden verse alterados por el recurso a un orden internacional que no cuenta con el consenso necesario.

Esa modalidad destinada a soslayar el papel del Estado y su expresión democrática se traduce también en que por esa vía se procure imponer la visión de algunos países o grupos respecto del orden internacional o la organización de la sociedad nacional al conjunto de la comunidad internacional.

No solo sería esta una alternativa ilegítima sino que ella involucra, además, un mal uso del derecho internacional con miras a tergiversar la voluntad ciudadana. En esa medida el derecho internacional se transforma en un agente de actividad antidemocrática y contradice su propia esencia. El derecho internacional se transformaría en tal escenario en el nuevo Leviatán. El control democrático del proceso de elaboración del derecho internacio-

nal, su aplicación e interpretación, es entonces una nueva obligación a que debe atender tanto la sociedad nacional como la propia estructura del derecho internacional.

El progreso del orden internacional depende de que los Estados lo perciban como útil y complementario de su estructura nacional.

Todo progreso en el orden internacional está condicionado a que los Estados, y de manera más general la sociedad, lo perciban como útil y complementario de su estructura nacional. No puede existir un progreso genuino y aceptado como legítimo que se fundamente en la imposición de intereses ajenos o en el antagonismo respecto de valores que cada uno se ha dado en el contexto de sus tradiciones históricas y culturales.

Como consecuencia de lo anterior, una constante que puede observarse en la evolución del derecho internacional es que los Estados buscan salvaguardar legítimamente su autonomía. Esta autonomía se ha hecho más relativa en el marco de la transformación del derecho internacional contemporáneo, pero ello lo ha sido con la aceptación y participación de los propios Estados. Si se busca reducir esta autonomía contra la voluntad estatal, o mediante la creciente utilización de mecanismos subrepticios, lejos de garantizarse un progreso en el derecho internacional se causará una grave regresión.

Mientras el derecho internacional

mantenga su naturaleza histórica se asegurará un progreso continuado. Asimismo ello es una garantía de que los derechos del individuo, destinatarios principales y últimos de todo el ordenamiento jurídico internacional, continuarán siendo salvaguardados mediante una relación de equilibrio provista de controles recíprocos entre el derecho nacional y el derecho inter-

nacional. Cada uno de estos sistemas jurídicos tiene la tarea de vigilar que el otro no sobrepase sus límites naturales o tergiversar su funcionamiento en detrimento de los valores permanentes en que se inspiran las sociedades nacionales y la comunidad internacional. Sobre todo, se garantizará que el derecho internacional pueda controlar las tendencias que amenazan su disolución en beneficio de intereses circunstanciales.