

# UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Attilio Mola

SUMARIO: 1. Premisa. 2. Las posiciones negativas radicales. 3. Las posiciones «realistas». 4. La paradoja de la internacionalización: una aproximación parcial. 5. Los derechos humanos en los principios del Derecho internacional. 6. La fundamentación de los derechos humanos en el Derecho internacional. 7. Conclusión.



L filosofo, che si ostina a restar solo, finisce per condannare la filosofia alla sterilità». Conscientes de la veracidad de esta máxima de Norberto Bobbio los filósofos del derecho que estudian el fenómeno de los derechos fundamentales se proponen ampliar su visión, abarcando campos variados y sacando provecho de realidades jurídicas y extra-jurídicas. Entre las primeras a veces aparece alguna preocupación relacionada con la dimensión internacional. Así hay filósofos que, entre los temas más importantes sobre los que hay que reflexionar en un próximo futuro, señalan la definición de las obligaciones de la comunidad internacional en relación con los derechos humanos <sup>1</sup>. Desde una perspectiva más radical, recientemente se

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ AMUSCHATEGUI, J. G.: «Concepto de derechos humanos y problemas actuales», *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas, año I, febrero-octubre 1993, número 1, p. 53.

ha planteado el interrogante de si la configuración tradicional, tanto de los derechos fundamentales como de las relaciones de éstos con el poder, sea trasladable al plano internacional <sup>2</sup>. De todas formas, y en general, los esfuerzos para encauzar el complejo fenómeno de los derechos humanos hacia una investigación sistemática no dejan de lado los problemas inherentes a la relación entre éstos y el derecho internacional, ni de los efectos de sus instrumentos <sup>3</sup>. El interés por ese tipo de planteamiento se ha venido manifestando entre los iusfilósofos a partir de la individuación, en el ámbito del desarrollo histórico de los derechos fundamentales, de la llamada fase de la internacionalización <sup>4</sup>. Sin embargo la mayoría de los autores comparten una actitud prudente en cuanto al alcance que puede tener el derecho internacional en relación con los derechos fundamentales. Por decirlo de otra forma, la dimensión internacional se considera adecuada para aumentar la efectividad de los derechos, y sobre todo en el próximo futuro. Sin embargo no aparece nunca la idea de que el «derecho internacional de los derechos humanos» <sup>5</sup> pueda llegar a tener alguna relevancia más allá de la esfera de la «mera» protección.

2. Dichas actitudes arraigan en la polémica tradicional sobre la juridicidad de los ordenamientos sin sanciones, subsiguiente a la formulación de las teorías de la institución <sup>6</sup> y de la pluralidad de los ordenamientos jurí-

---

<sup>2</sup> ASÍFS ROIG (de), R.: *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, 1992, p. 136.

<sup>3</sup> Id.: «Derechos y fuerzas: doce problemas de los derechos fundamentales», *Derechos y Libertades*, cit., p. 114, donde, a una eficaz síntesis de la reflexión sobre la relación derechos fundamentales-poder llevada a cabo en *Las paradojas*, cit., el autor añade nuevas e interesantes perspectivas.

<sup>4</sup> Cfr. BOBBIO, N.: «Sul fondamento dei diritti dell'uomo», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLII (1965), pp. 302-91; ahora en *L'età de diritti*, Torino, 1990, pp. 5-16 (hay edición castellana: *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís Roig, Madrid, 1991); Id., «Presente e avvenire dei diritti dell'uomo», *La Comunità internazionale*, XXIII (1968), pp. 3-18; ahora en *L'età dei diritti*, cit., pp. 17-44.

Además, cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Curso de derechos fundamentales*, I, *Teoría general*, Madrid, 1991, pp. 150-4.

<sup>5</sup> La fórmula ha sido acuñada por HITTERS, J. C.: *Derecho internacional de los derechos humanos*, I, Buenos Aires, 1991.

<sup>6</sup> Sobre la teoría de la institución el texto clásico es HARIOU, M.: «Theorie de l'institution et de la fondation», *Cahiers de la nouvelle journée*, n. 4, 1925, luego publicado en Id., *Aux sources du droit: le Pouvoir, l'Ordre et la Liberté*, Paris, 1933. Sin embargo, no se olvide que la primera edición de *L'ordinamento giuridico*, la obra fundamental de S. Romano, ya había aparecido en 1918. Tampoco se considere extraño que el autor italiano reconociese a Hariou «il merito principale... di aver posto avanti l'idea di sussumere nel mondo giuridico il concetto di istituzione ampiamente inteso, di cui finora non si avevano che tracce, anch'esse del resto lievi, nella terminologia, più che nella speculazione, politica e sociologica» (p. 26): Romano se refería al primer bosquejo de la teoría de la institución que Hariou hizo en la segunda edición de sus *Principes de droit public* (Paris, 1916). Como ha observado BOBBIO, N.: «Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano», en *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, p. 166, nadie pareció percatarse de Romano excepto SCHMITT, C.: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denken*,

dicos<sup>7</sup>. Es interesante notar que autores que parten de posiciones incluso muy lejanas –del institucionalismo de Romano al normativismo «puro» kelseniano, pasando por el normativismo «corregido» de Hart– convergen en la defensa del carácter jurídico del Derecho internacional<sup>8</sup>. Así, puesto que «para toda definición de Derecho la piedra de toque es el problema del Derecho internacional», para Romano es «un postulado que hay que considerar equivocadas o incompletas sin más aquellas definiciones partiendo de las cuales se llega a negar el Derecho internacional, bien en su existencia, bien en su autonomía– lo que, al final, no es muy distinto<sup>9</sup>. Teniendo presente que el jurista no debe tratar de supeditar la realidad a sus conceptos, sino ajustar éstos a aquélla<sup>10</sup>, los principales teóricos del Derecho de este siglo han defendido la juridicidad del Derecho internacional, cada uno desde su propia

---

Hamburgo, 1924, p. 24 (edición italiana *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 260). También la publicación de la segunda edición de *L'ordinamento giuridico* (Firenze, 1946) pasó casi desapercibida fuera de Italia. Finalmente la obra de Romano consiguió la atención que se merecía en los años sesenta, cuando se tradujo al castellano (*El ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963, con introducción de S. Martín Retortillo, «La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo», pp. 9-77). Aunque no está traducido al inglés, *L'ordinamento giuridico* se conoce entre los autores anglosajones gracias a la exposición de la teoría de Romano hecha por STONE, J.: *Social Dimensions of Law and Justice*, London, 1966, pp. 516-45. Entre los autores que han estudiado la doctrina jurídica italiana con mayor detenimiento, se destaca TRUYOL Y SERRA, A.: *Fundamentos de derecho internacional público*, Madrid, 1970, p. 69, quien define el pensamiento de Romano como «iusnaturalismo objetivístico».

<sup>7</sup> A pesar de que las teorías institucionalistas más famosas son también pluralistas y que, de hecho, a menudo se presentan como las dos caras de la misma medalla, no existe ninguna vinculación necesaria entre institucionalismo y pluralismo, ni, tampoco, entre normativismo y monismo. La acotación es de BOB-BIO, N.: «Teoría e ideología...», cit., pp. 169 ss.

<sup>8</sup> La cuestión es tan importante que merece un capítulo entero en la obra de los teóricos del derecho más importantes de nuestra época. Cfr. KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, II ed., Wien, 1960, cap. VII (edición castellana *La doctrina pura del derecho*, trad. R. J. Vernengo, México, 1956, pp. 323-48); HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, London, 1961, cap. X (edición castellana *El concepto de derecho*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires 1977, pp. 263-92).

En cuanto a Kelsen, su primera monografía orgánica en la materia es *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts* (1920). En dicha obra la reflexión que el autor había ido desarrollando a partir de los célebres *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre* (1911) llega a comprender el fenómeno jurídico internacional. El subtítulo de la segunda edición (1928), a saber *Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, pone de relieve el puesto estratégico del derecho internacional en la construcción de la doctrina pura. A propósito, Kelsen dio a conocer su pensamiento a la ciencia jurídica internacional impartiendo dos cursos en la Academia de derecho internacional de La Haya. El primero, en 1926, sobre «Rapports de système entre le droit interne et le droit international», y el segundo, en 1932, sobre la «Théorie générale du droit international public». Cfr. MONACO, R.: «Kelsen e la teoria del diritto internazionale», *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, 1984, p. 105.

<sup>9</sup> ROMANO: *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 44.

<sup>10</sup> *Ibidem*, loc. cit.

perspectiva. Así, ante la objeción de que las normas de Derecho internacional no tienen carácter jurídico por no estar sancionadas, Kelsen y Bobbio concuerdan en que el internacional no es un ordenamiento sin sanción, respaldándose en las instituciones de la represalia y de la guerra <sup>11</sup>. Asimismo, desde el punto de vista de la norma, para Kelsen el Derecho internacional estatuye actos coactivos como sanciones <sup>12</sup>, y, desde la perspectiva del ordenamiento, Bobbio reconoce al Derecho internacional el *status* de ordenamiento jurídico con sanción, residiendo la diferencia entre Derecho estatal e internacinal en la modalidad en que la sanción está regulada: por medio de la heterotutela, en el primero y de la autotutela, en el segundo, lo que conlleva una diferencia de grado, pero no de sustancia, entre ambos fenómenos <sup>13</sup>. Además de ser igualmente eficaz, la crítica llevada a cabo por Hart contra los negadores de la juridicidad del Derecho internacional tiene incluso más interés que las anteriores en cuanto revela la deuda de éstos con la teoría austriana del derecho como órdenes respaldadas por amenazas <sup>14</sup>.

Un análisis sistemático de los argumentos brindados por los autores citados, así como de su peculiar concepción del Derecho internacional —que en Kelsen llega a tener un importancia fundamental—, excede de los fines que animan este trabajo. Por lo tanto nos limitaremos a dar por reconocido el carácter jurídico del Derecho internacional, que en la actualidad nadie parece negar con argumentos sólidos <sup>15</sup>.

3. Por lo que atañe a la relación derechos humanos-Derecho internacional, se dan otras posturas distintas a las que acabamos de mencionar. Respecto a las negaciones más radicales, éstas se diferencian en cuanto pretenden representar una visión realista de tal relación. En otras palabras, los autores que sos-

---

<sup>11</sup> Sobre la guerra y la represalia, por todos, cfr. MARAZZI, A.: *Nozioni di diritto bellico*, II ed., Torino, 1989. En general, sobre la aplicación coercitiva del derecho internacional, cfr. MARIÑO MENENDEZ, F.: *Derecho internacional público. Parte general*, Madrid 1993, pp. 461-80 y bibliografía allí citada.

<sup>12</sup> KELSEN, H.: *La doctrina pura*, cit., p. 323.

<sup>13</sup> BOBBIO, N.: *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, pp. 215 ss.

<sup>14</sup> "Argumentar que el derecho internacional no es obligatorio por la falta de sanciones organizadas, es aceptar en forma tácita el análisis de la obligación contenido en la teoría que el derecho es esencialmente una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas. (...) Pero una vez que nos liberamos del análisis predictivo y de la concepción que lo origina (...) parece no haber buenas razones para limitar la idea normativa de la obligación a las reglas que tienen el sustento de sanciones organizadas». Cfr. HART, H.L.A.: *El concepto de derecho*, cit., pp. 268 ss.

La enunciación encuentra en AUSTIN, J.: *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1954.

<sup>15</sup> Entre los internacionalistas que abordan el problema de la juridicidad del derecho internacional desde su aplicación coercitiva, destaca CASSESE, A.: *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, 1984, pp. 243 ss.

tienen dicha visión, aunque admitan la juridicidad del Derecho internacional, cuestionan el alcance efectivo de su papel respecto a los derechos. Las posturas a las que nos estamos refiriendo hacen hincapié, por un lado, en la *estructura de la comunidad internacional*, y, por otro, en la *forma del Derecho internacional*. La crítica estructuralista defiende que la comunidad internacional, en su actual nivel de desarrollo, no ha alcanzado un grado de institucionalización que pueda diferenciarla de las sociedades primitivas<sup>16</sup>. De ahí que dicha comunidad se muestre incapaz de garantizar la consecución de objetivos que trasciendan a los Estados y atañen al conjunto de aquéllos. Sacando la conclusión correspondiente al plano de los derechos, se deduce que la comunidad internacional no es capaz de ofrecer una tutela adecuada de los derechos humanos, y, asimismo, que es un prerequisite indispensable su institucionalización por medio de organizaciones supranacionales cuyo fin sea la garantía de los derechos humanos. La crítica formalista se centra más bien en el rasgo de voluntariedad que caracterizaría el Derecho internacional, que únicamente estaría compuesto de normas cuyo alcance efectivo está subordinado al reconocimiento por parte de sus destinatarios. Trasladada al campo de los derechos humanos, esta visión supone que toda norma relativa al reconocimiento y a la garantía de los mismos debe su validez y su eficacia a la aceptación de los Estados. En realidad esas dos críticas casi nunca aparecen en su estado puro, sino que normalmente se hallan entremezcladas y, por lo tanto, resulta más difícil detectarlas.

4. Una interesante síntesis de esas actitudes «realistas» ha sido llevada a cabo por el profesor Rafael de Asís Roig, al elaborar una reciente e interesante formulación de la llamada *paradoja de la internacionalización*.

Dicha figura emerge en relación con la idea de los derechos fundamentales como límites al poder, al considerarse que «del cumplimiento de esta idea se encarga un poder supranacional», cuya competencia se deriva del Estado. Ahora bien, se pregunta cómo pueden los derechos actuar como límites al poder, si su reconocimiento depende de éste, aun indirectamente, es decir a través de una instancia supranacional<sup>17</sup>. Formulada de esta manera, la paradoja de la internacionalización consiste básicamente en la trasposición al plano internacional de otra paradoja: la de la positivación<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Para Hart, esas críticas sólo pueden mantenerse por parte de quienes analicen la estructura formal del derecho internacional con una «mirada inocente»... Cfr. HART, H.L.A.: *El concepto de derecho*, cit., p. 286.

<sup>17</sup> ASÍS, R. de: *Las paradojas*, cit., pp. 79 ss.

<sup>18</sup> En efecto, el autor coloca a ambas paradojas en el grupo del «limitado límite», Cfr. *ibidem*, pp. 70 ss.

Tal construcción teórica es deudora de dos ideas previas. La primera se enmarca en la que denominamos crítica formalista: la validez y la eficacia del Derecho internacional están supeditadas al reconocimiento de sus normas por parte de los Estados<sup>19</sup>. La segunda idea se encuadra en la crítica estructuralista, puesto que a partir de la constatación del escaso nivel de institucionalización de la comunidad internacional, se mantiene que el fenómeno de la organización internacional constituye de alguna manera un paso imprescindible para la realización de los derechos fundamentales en el plano internacional. Así pues se defiende que «la paradoja pone de manifiesto la colaboración necesaria de los Estados para la completa realización del sentido de los derechos fundamentales y para su efectiva realización y garantía»<sup>20</sup>.

La crítica formalista arraiga en la teoría de Triepel<sup>21</sup> sobre el fundamento voluntario del Derecho internacional, cuya insuficiencia ya puso de manifiesto Romano, quien demostró además la imposibilidad de reducir la costumbre internacional a un acuerdo tácito<sup>22</sup>. Al distinguir el Derecho internacional general, constituido por costumbres generales, del Derecho internacional particular, formado por tratados y costumbres particulares<sup>23</sup>, la doctrina dominante sostiene que el primero se aplica a cada Estado en consideración de su subjetividad jurídica. En virtud del principio de efectividad, ésta se deriva del simple hecho de la pertenencia a la comunidad internacional. La única excep-

<sup>19</sup> Cfr., casi al pie de la letra, PECES-BARBA, G.: *Curso ...*, cit., pp. 152 s.

<sup>20</sup> ASÍS, R. de: *Las paradojas ...*, cit., pp. 79 s (subrayado nuestro).

<sup>21</sup> Cfr. TRIEPEL, H.: *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899; trad. it. *Diritto internazionale e diritto interno*, Torino, 1913; trad. franc. *Droit international et Droit interne*, Paris, 1920; Id.: «Les rapports entre le droit interne et le droit international», *Recueil des cours de la Académie de Droit International*, (1923-I), pp. 73 ss.; Id.: *Derecho público y política*, trad. de J. L. Carro, Madrid, 1974.

<sup>22</sup> ZICCARDI, P.: *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1943, fue el primero en reconocer ese mérito a Romano. De la impresionante bibliografía de este autor se desprende que el derecho internacional ocupó un lugar privilegiado en la elaboración de su doctrina jurídica. Además del *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1926 (que se volvió a publicar hasta la octava edición de 1943), cfr. «Oltre lo Stato», *Rivista di diritto pubblico*, Roma, 1918 (ahora en *Scritti minori*, I, Milano, 1950); «Di una particolare figura di successione di Stati (a proposito dell'annessione di Fiume)», *Rivista di diritto internazionale*, Roma, 1925 (ahora en *Scritti*, cit., I).

<sup>23</sup> Sobre el derecho consuetudinario cfr. KELSEN, H.: «Théorie du Droit International coutumier», *Revue Internationale de la Théorie du droit*, 1939, pp. 258 ss.; ZICCARDI, P.: *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1943, pp. 161 ss.; SPERDUTI, G.: *La fonte suprema dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1946, pp. 181 ss.; GUGGENHEIM, P.: «Les deux éléments de la coutume en droit international», *Etudes en l'honneur de G. Scelle*, Paris, 1950; JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E.: «La costumbre como fuente del Derecho Internacional», *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al prof. Adolfo Miaja de la Muela*, I, Madrid, 1979, pp. 375 ss.; FERRARI BRAVO, L.: «Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats», *RCADI*, 192 (1985-III), pp. 233-330; VILLIGER, M. E.: *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht, 1985.

ción radica en la regla de la objeción persistente<sup>24</sup>, tal como se ha definido en términos judiciales por el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en el asunto anglo-noruego de pesquerías. En su sentencia, el TIJ traslada al plano procesal el problema de la aplicación de una norma consuetudinaria al Estado que se manifiesta inequívocamente contrario a la misma, resolviéndolo con arreglo a la carga de la prueba. La costumbre pues tiene eficacia universal y obliga a cada Estado en virtud de una presunción *iuris tantum*. Sólo cabe la salvedad por la hipótesis de que el mismo se haya opuesto *de forma expresa* a la norma consuetudinaria en el período en que ésta se ha elaborado<sup>25</sup>. Asimismo se desprende que ya no tiene cabida la idea de acuerdo tácito, puesto que la costumbre obliga también a los Estados que no han participado en su formación, ni se han opuesto a ella porque todavía no eran sujetos de Derecho internacional.

En suma, si por un lado la crítica formalista pone de manifiesto el rasgo de voluntariedad propio de las normas particulares de Derecho internacional, por otro se revela incompleta, dado que no consigue abarcar integralmente su objeto al desonocer el papel fundamental desempeñado por las normas generales en el marco del ordenamiento jurídico internacional.

La segunda idea, que procede de la crítica estructuralista, no es nada más que la constatación de la forma en que se ha desarrollado el Derecho internacional de los derechos humanos, a partir sobre todo de la segunda posguerra. Sin embargo ésa no es la única forma posible de evolución, como históricamente prueba la abolición de la esclavitud, que se logró principalmente fuera de la actuación de un poder supranacional. Aunque es innegable que las *organizaciones internacionales* a lo largo de este siglo han desempeñado un papel insustituible en la promoción de los derechos humanos, desde el punto de vista teórico no cabe concluir que el fenómeno jurídico de la *organización internacional* es imprescindible para el reconocimiento de los derechos en el ordenamiento internacional.

A la crítica estructuralista puede oponerse un argumento que hace hincapié en el carácter necesariamente institucional de la comunidad internacional. Así, al definir el Derecho internacional como un *ius supra partes*, se sobreentiende que la comunidad internacional tiene su propia organización,

<sup>24</sup> Cfr. DUPUY, P. M.: «A propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête breve sur l'"objecteur persistant"», *Mélanges M. Virally*, Paris, 1991, pp. 154 ss.

<sup>25</sup> CIJ: *Affaire des pêcheries*, *Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et Ordonnances*, 1951, p. 131. Ello vale para las costumbres generales, mientras que para las particulares —regionales, locales e incluso bilaterales (cfr. ICJ: *Case concerning Right of Passage over Indian Territory*, *Reports*, 1960, p. 39)— vale la presunción opuesta: es el Estado que pretende oponer a otro una costumbre de tal naturaleza quien debe demostrar que aquel ha participado a su formación. Cfr. CIJ: *Affaire du droit d'asile*, *Recueil*, 1950, p. 276.

aunque mínima. Esta no está compuesta por órganos propios, en el sentido de los órganos estatales, ni tampoco se funda en la situación de subordinación y dependencia de algunos Estados hacia otros. Más bien, supone la sujeción de todos los Estados respecto a un poder no subjetivo, sino impersonal, que permite y determina la existencia de la comunidad misma<sup>26</sup>. Lejos de ser estéril, tal construcción parece muy prometedora para la fundamentación de los derechos humanos. De otra parte, al enunciarla y defenderla, su autor la corroboró advirtiendo que «el principio que admite el uso de la fuerza por parte de los Estados para obligar al respeto del Derecho internacional es un principio jurídico propio de la institución»<sup>27</sup>. Ahora bien, si se traslada lo anterior al campo que nos interesa, puede afirmarse: el Derecho internacional de los derechos humanos descansa en el principio que autoriza a todo miembro de la comunidad internacional a exigir el cumplimiento de sus normas a los demás sujetos del ordenamiento.

Para refutar tanto la crítica estructuralista, como la formalista, cabe brindar dos argumentos ulteriores, uno teórico y uno empírico. El primero es que, haciendo recurso a una conocida dicotomía, los Estados no componen una *gesellschaft*, es decir una sociedad voluntaria entre sí, sino una *gemeinschaft*, o sea una comunidad natural o necesaria<sup>28</sup>. El segundo estriba en la constatación de la vigencia en el ordenamiento internacional de normas cuya *ratio* es la garantía de los derechos humanos y que se sitúan *fuera* del contexto convencional. Contrariamente a cuanto defiende la teoría formalista, esas normas obligan al Estado o, mejor dicho, a todo sujeto de derecho internacional, prescindiendo de su aceptación. En contra de lo defendido por la teoría estructuralista, la garantía de los derechos que aquéllas persiguen se cumple principalmente antes y fuera del marco de la organización internacional. Nos referimos a las normas que configuran la violación de los derechos humanos como un crimen internacional y que incluso dejan vislumbrar la formación en el Derecho internacional de una norma general que sancione la responsabilidad del Estado por violaciones graves a los derechos humanos<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 46.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>28</sup> La dicotomía se remonta a TOENNIS, F.: *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1987), trad. it. *Comunità e società*, Milano, 1963. Recientemente, se ha aplicado con eficacia a los modelos teóricos de constitución por ZAGREBELSKY, G.: *Società-Stato-Costituzione*, Torino, 1988, *passim*.

<sup>29</sup> Cfr. ALTEMIR, A. B.: *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, 1990; BASSIOUNI, M. C.: *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, 1992.



La figura del crimen internacional se diferencia respecto al supuesto, menos grave, del delito por el carácter *erga omnes* de la obligación violada<sup>30</sup>. El TIJ ha acogido dicha noción en el asunto de la *Barcelona Traction*, al afirmar que «esas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio así como de los *principios y reglas relativos a los derechos fundamentales* de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial<sup>31</sup>. Además de la reacción del Estado directamente afectado (siempre que haya uno), la perpetración de un crimen internacional puede legitimar una auténtica *actio popularis*, debido a la trascendencia para la comunidad internacional del interés tutelado por la obligación.

En virtud de todo lo anterior, cabe afirmar que la garantía de los derechos humanos opera también en el ámbito del Derecho internacional general, con todas las consecuencias que ello implica<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> La labor de configuración teórica del crimen internacional se ha llevado a cabo por la Comisión de derecho internacional, bajo la guía del ilustre internacionalista italiano Roberto Ago, y ha coronado la lenta evolución de la doctrina, la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados (cfr. AGO, R.: «Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados», *Anuario de la C. D. I.*, 1976, vol. II, parte I, pp. 3-59).

La bibliografía sobre crímenes internacionales, hasta comienzos de los años ochenta, ha sido recogida por SPINEDI, M., «International Crimes of State. Bibliography 1946-1983», WEILER, J.; CASSESE, A.; SPINEDI, M. (eds.), *International Crimes of State. A critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Instituto Universitario Europeo, Berlin-New York, 1989, 339-53. Entre los autores que más recientemente se han ocupado del tema, se destacan CASSESE, A.: «Remarks on the present legal regulation of crimes of State», *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, III, Milano, 1987, pp. 49-64; CONFORTI, B.: «In tema di responsabilità degli Stati per crimini internazionali», *ibidem*, pp. 99-111; RIGAUX, F.: «Le crime d'état. Reflexions sur l'article 19 du Projet d'articles sur la responsabilité des États», *ibidem*, pp. 301-25; PUEYO LOSA, J.: «Represalias, uso de la fuerza y crímenes internacionales en el actual orden jurídico internacional», *Cursos de derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1988, 45-147.

En particular, sobre la distinción entre crímenes y delitos internacionales, cfr. CARRILLO, J. A.: *La distinción entre crímenes y delitos internacionales. Una posible aportación iberoamericana a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho de la responsabilidad internacional de los Estados*, Madrid, 1979; VILARIÑO, E.: «Consideraciones respecto a la configuración del crimen y delito internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, XXXIV, 1982, n. 2, pp. 357-77.

Sobre las obligaciones *erga omnes*, cfr. JUSTE, J.: «Las obligaciones *erga omnes* en derecho internacional público», *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al prof. Miaja de la Muela*, I, Madrid, 1979, pp. 219-33; GAJA, G.: «Obligations *Erga Omnes*, International Crimes and *Jus Cogens*: A Tentative Analysis of Three Related Concepts», WEILER, J.; CASSESE, A.; SPINEDI, M. (eds.), *International Crimes of State*, cit., pp. 151-60.

<sup>31</sup> CIJ: *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Nouvelle Requête: 1962)*, *Recueil*, 1970, p. 32.

<sup>32</sup> LATTANZI, F.: *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano 1983.

5. Además de lo dicho a propósito de las costumbres vigentes en la materia, cabe destacar que la doctrina y la jurisprudencia consideran que, al cumplir una función esencial para la comunidad internacional, los derechos humanos ocupan un puesto de gran relevancia entre los principios del ordenamiento internacional<sup>33</sup>. A diferencia de los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, del que habla el artículo 38 letra C del Estatuto del TIJ<sup>34</sup>, los principios del ordenamiento internacional tienen naturaleza sistemática y rigen directamente en las relaciones entre los Estados. Mientras que los primeros básicamente son principios *in foro interno*, los segundos resultan de un procedimiento de producción normativa propio del ordenamiento internacional, constituyendo el entramado de éste, y se caracterizan en tanto que principios *in foro externo*<sup>35</sup>.

Los autores más recientes subrayan que, desde el punto de vista formal, o de las fuentes del Derecho internacional, los principios en cuestión tienen el rango propio de las normas primarias (costumbres generales). En cuanto marcan los cauces fundamentales de evolución del ordenamiento, adquieren el rasgo de fuente material del Derecho internacional. Precisamente por el alcance de su contenido, algunos de ellos llegan a tener una relevancia trascendental para la comunidad internacional, que les atribuye una posición de primacía en el ordenamiento. Se trata de los principios que forman el llamado *ius*

---

<sup>33</sup> Cfr. Sobre estos principios, cfr. STROZZI, G.: «I "principi" dell'ordinamento internazionale», *La Comunità Internazionale*, XLVII, 1992, n. 1-2, pp. 162-87.

<sup>34</sup> Estos últimos son los principios jurídicos básicos reconocidos por el ordenamiento del Estado (prohibición del abuso de derecho, responsabilidad por acto ilícito, restitución del enriquecimiento injusto, etc.). En virtud de su aceptación generalizada, éstos son trasladables al plano supranacional, donde funcionan como fuentes subsidiarias del derecho internacional. La doctrina prevalente limita el alcance de los principios generales de derecho a la resolución de las controversias que surgen entre los Estados. Sin embargo, el valor jurídico que teóricamente se les podría atribuir está mermado por la constatación que el TIJ, primer destinatario del artículo 38, nunca los ha tomado como base jurídica de sus decisiones. Cfr. VERDOSS, S.: «Les principes généraux du Droit dans la Jurisprudence internationale», *RCADI* (1953-II), pp. 195 ss.; BLONDEL, A.: «Les principes généraux du droit devant la CPJI et la CIJ», *Recueil d'Etudes de Droit International en hommage a Paul Guggenheim*, Genève, 1968, pp. 201-36; BATTAGLINI, G.: «Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto», *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, I, Milano, 1987, pp. 133 ss.

Sobre los principios generales, además de los clásicos ROUSSEAU, Ch.: *Principes généraux du droit international public*, Paris, 1944, y SORENSEN, M.: *Les sources du droit international*, Copenhague, 1946, cfr. PASTOR RIDRUEJO, J. A.: «Principios generales del Derecho y principios del Derecho Internacional», *Homenaje a Sancho Izquierdo*, Zaragoza, 1960, pp. 149-63; HERRERO DE LA FUENTE, A.: *La equidad y los principios generales en el derecho de gentes*, Valladolid, 1973.

<sup>35</sup> Sobre ambas categorías de los principios referidos, cfr. MARIÑO, F.: *Derecho internacional público*, cit., pp. 350 ss.

*cogens*<sup>36</sup>. Utilizando una terminología de raíz iusfilosófica<sup>37</sup>, podemos afirmar que, en su conjunto, éstos constituyen la norma básica formal de identificación de las normas internacionales, es decir el principio normativo del que surgen los criterios de validez formal del ordenamiento. Los principios de *ius cogens* son el parámetro de la legitimidad de las normas internacionales, puesto que funcionan como límite a la voluntad de los Estados y ponen derechos y obligaciones indisponibles. Su característica común es la tutela de intereses superiores o esenciales de la comunidad internacional; igualmente pueden definirse como principios fundamentales o «constitucionales» del Derecho internacional<sup>38</sup>.

Como se ha escrito recientemente, los principios fundamentales ya no pueden considerarse una hipótesis doctrinal, sino que son un hecho universalmente aceptado y reconocido por los Estados<sup>39</sup>. En cuanto a los derechos fundamentales, sobre todo a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, una ingente elaboración normativa ha dejado una huella indeleble en la práctica y, en última instancia, en la conciencia de los Estados y de la comunidad internacional misma. Por ello se considera casi unánimemente que pertenece al *ius cogens* el principio que prohíbe «una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*»<sup>40</sup> y que configura dicha violación como un crimen internacional.

Además de éste, en la doctrina internacionalista, se está desarrollando, con el respaldo de la práctica, un segundo principio de Derecho internacional

<sup>36</sup> A propósito del *ius cogens*, por todos, cfr. MARIÑO, F.: *Derecho internacional público*, cit., pp. 63 ss.

<sup>37</sup> PECES-BARBA, G.: *Curso ...*, cit., p. 211.

<sup>38</sup> Es interesante notar que en los últimos tiempos la doctrina jurídica en general confía a la categoría de los principios un papel muy importante (y a veces incluso estratégico: cfr. DWORKIN, R.: *Taking Rights seriously* (977), trad. cast. *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984). Cfr. PRIETO SANCHÍS, L.: «Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico», Cuadernos y debates, n. 40, Madrid, 1992. A propósito, una propuesta... «apacible» y desde luego muy interesante es la de ZAGREBELSKY, G.: *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, *passim* y, en particular, pp. 147-78.

<sup>39</sup> STROZZI, G.: «I principi dell'ordinamento internazionale», cit., p. 183.

<sup>40</sup> Por comodidad empleamos el texto del artículo 19 («Crímenes y delitos internacionales») párrafo 3 letra C del *Proyecto de Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (cfr. *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, U.N. Doc. A/CN.4/L. 464/ADD.4 (1991)). Sin embargo podría hacerse referencia a cualquiera de las numerosas definiciones que se han dado de la noción de *gross violations* de los derechos humanos.

en materia de derechos humanos. Se trata de un principio dotado de fuerza formal inferior a la de aquél al que acabamos de referirnos, aunque de importancia superior, puesto que impone a los Estados el reconocimiento y la protección de los derechos humanos. Su formulación, aunque no su valor jurídico, podría coincidir con cuanto establece el artículo 1 párrafo 3 de la Carta de Naciones Unidas, y su importancia radica en que hace desaparecer la referencia a las violaciones masivas (*gross violations*), basándose en el supuesto de la violación «a secas» de los derechos humanos. En otras palabras, dicho principio impone a todo sujeto de derecho internacional el deber de reconocer y respetar los derechos humanos. De lo cual se derivan dos obligaciones principales para los Estados: ejecutar dicho principio en el ámbito de sus ordenamientos correspondientes; asegurar su cumplimiento por parte de los demás Estados y, en su caso, tomar las iniciativas adecuadas para obtener que éstos reconozcan y respeten los derechos humanos. Por cierto cabe aclarar que los Estados que no observen el principio referido no pueden oponer lícitamente a la acción de la comunidad internacional la *exceptio* de la no intervención en los asuntos internos<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Ese es un caso interesante y crucial de la posibilidad de conflictos entre principios igualmente esenciales para la supervivencia de la comunidad internacional. Ello pone de manifiesto el problema de determinar las reglas que presiden a la aplicación de los principios en los «casos difíciles».

Sobre el principio de no intervención, cfr. CIMBALI, E.: *Il non-intervento. Studio di diritto internazionale universale*, Roma, 1889; FABELA, I.: *Intervención*, México, 1958; PINYOL I RULL, J.: *El principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados en el derecho internacional actual*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1979, SAPIENZA, R.: *Il principio del non intervento negli affari interni: contributo allo studio della tutela giuridica internazionale della potestà di governo*, Milano, 1990. Han abarcado el tema desde el ámbito regional en que surgió dicho principio WYNEN THOMAS, A.: *La no intervención. Sus normas y su significación en las Américas*, Buenos Aires, 1949; NÖEL, E.: *Le principe de non-intervention: théorie et pratique dans les relations interaméricaines*, Bruxelles, 1981.

Sobre el dominio reservado, además del clásico SPERDUTI, *Il dominio riservato*, Milano, 1970, cfr. VERZIJL, J. H. W.: «Le domaine réservé de la compétence nationale exclusive», *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, II, Milano, 1957, pp. 391-403; CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía del Estado y derecho internacional*, II ed., Madrid, 1976; ARANGIO-RUIZ, G.: «Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne», *RCADI*, 225 (1990-VI).

Enfocan el problema desde la protección de los derechos humanos ZOUREK, J.: «Le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales constitue-t-il un affaire interne de l'État?», *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al prof. Adolfo Miaja de la Muela*, I, Madrid, 1979, pp. 603-25; ARANGIO-RUIZ, G.: «Human Rights and Non-Intervention in the Helsinki Final Act», *RCADI*, 157 (1977-IV), pp. 195-332; Id., «Droit de l'homme et non-intervention: Helsinki, Belgrade, Madrid», *La Comunità Internazionale*, 1980, pp. 453-507; QUADRI, R.: «Diritti dell'uomo e principio di non intervento», *Scritti giuridici*, I, Milano, 1988, pp. 805-27. En su sesión de 1989, celebrada en Santiago de Compostela, el *Institut de droit international*, bajo la guía de G. Sperduti, elaboró un informe sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados». Cfr. *Anuaire IDI*, LXIII, 1989, pp. 309-352, 376-403.



6. La operatividad de los dos principios que acabamos de examinar hace surgir unos interrogantes en cuanto a la relación Derecho internacional-derechos humanos. Antes de nada cabe preguntarse si es satisfactorio seguir considerando el primero como un instrumento eficaz únicamente en vista de la garantía de los segundos. Una vez que se haya contestado negativamente —como nos parece debe hacerse— a este primer interrogante, hay que hacerse otra pregunta. A saber, si, dada la trascendencia que los derechos humanos han conseguido en el ámbito de los intereses considerados merecedores de tutela por parte del ordenamiento internacional, no podría ser fructífero intentar plantear un ensayo de fundamentación de esos derechos a partir del Derecho internacional.

En caso que dicho intento tuviese éxito, ya de entrada podría vislumbrarse una consecuencia de notable relevancia. Si los derechos parecen privados del rasgo de la universalidad desde la perspectiva de los sujetos de la obligación <sup>42</sup>, la situación cambiaría pasando del nivel del ordenamiento del Estado al de la comunidad internacional y considerando a los Estados como los primeros destinatarios de las obligaciones surgidas de los derechos —de las negativas o de no hacer, correlativas a los derechos de no interferencia; y de las positivas, bien las de dejar hacer, propias de los derechos de participación, bien las de hacer, propias de los derechos de promoción. Ello consentiría encontrar el fundamento universal de los derechos, puesto que su reconocimiento y respeto se impone a cada Estado por el hecho de su participación necesaria en la comunidad internacional.

En esta perspectiva, el reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo, que algunos autores consideran un paso imprescindible para el disfrute más o menos completo de los derechos fundamentales <sup>43</sup>, adquiere un sentido instrumental. En otras palabras, no siendo en absoluto la única vía por la que puede llegarse al reconocimiento y garantía universales de los derechos,

---

Paralelamente, se ha ido desarrollando la doctrina de la ingerencia humanitaria, cfr. BETTATI, M.: «Un droit d'ingerence?», *RGDIP*, 1991, pp. 639 ss.; CORTEN, O.; KLEIN, P.: *Droit d'ingerence ou obligation de réaction?*, Bruxelles, 1992. Además, cfr. BETTATI, M.; KOUCHNER, B. (ed.), *Le devoir d'ingerence. Peut-on les laisser mourir?*, Paris, 1987, y BEIGBEDER, Y.: *The Role and Status of International Humanitarian Volunteers and Organizations. The Right and Duty to Humanitarian Assistance*, Dordrecht-Boston-London, 1991, pp. 353 ss.

Desde otra perspectiva, cfr. MANGAS MARTÍN, A.: *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Salamanca, 1990.

<sup>42</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990, pp. 80, 82 ss.

<sup>43</sup> Cfr. ASÍS, R. de: *Las paradojas ...*, cit., p. 80; PECES-BARBA, G.: *Curso ...*, cit., p. 153.

dicho reconocimiento puede desempeñar un papel muy útil como medio para conseguir ese resultado –pese a las dificultades objetivas que de ello se desprenderían–, pero desde luego sin llegar a convertirse en un fin en sí<sup>44</sup>.

7. Para volver finalmente a la fundamentación de los derechos, y reconocida la importancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, parece sin embargo cuestionable que el problema del fundamento de los derechos haya perdido gran parte de su interés<sup>45</sup>. Afirmar que el obstáculo principal que hay que superar hoy ya no es el de la justificación de los derechos, sino más bien el de su protección, significa ignorar que el problema «político» no puede separarse del «filosófico». Esta es la objeción que también podría hacerse a los internacionalistas, quienes generalmente están muy preocupados por la tutela de los derechos humanos, y, sin embargo, no muestran mucho interés en indagar su concepto y fundamento. Dicha actitud puede llevar a perder la visión completa del fenómeno jurídico que nos ocupa, lo cual es un riesgo análogo al que corren los filósofos, cuando se centran casi exclusivamente en el derecho interno y desconfían de las potencialidades del Derecho internacional.

---

<sup>44</sup> Sobre el tema de la subjetividad internacional del individuo, del que se ocupó también KELSEN (cfr. *Theory of Law and State*, Massachussets, 1945, pp. 348 ss., trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1974), además de SPIROPULOS, J.: «L'individu en droit international», *Recueil de cours*, (1929-V), pp. 195 ss.; cfr. SPERDUTI, G.: «L'individuo nel diritto internazionale. Contributo all'interpretazione del diritto internazionale secondo il principio dell'effettività», Milano, 1950; Id.: «L'individu et le droit international», *Recueil de cours*, (1956-II), pp. 727 ss.; Id.: «Sulla soggettività internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, 1972, pp. 272 ss. Una visión distinta es mantenida por ARANGIO-RUIZ, G.: «L'individuo nel diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, 1971, pp. 561 ss. También cfr. CASSESE, «Individuo (diritto internazionale)», *Enciclopedia del diritto*, XXI (1971), pp. 184 ss. El cuadro general del tema, puesto al día, se encuentra en MARIÑO, F.: *Derecho internacional público*, cit., pp. 171-7.

<sup>45</sup> BOBBIO: «Sul fondamento dei diritti dell'uomo» *L'età dei diritti*, cit., p. 15. El autor expresa la misma opinión en «Presente e avvenire dei diritti dell'uomo», cit., *ibidem*, p. 18.

El profesor Peces-Barba se acoge a esa idea al hablar de «acuerdo teórico de todos los pueblos de la tierra». Cfr. Id.: *Derechos fundamentales*, Madrid, 1983, p. 49.

Bobbio habla de «consenso general» como prueba histórica de la intersubjetividad, única fuente de justificación posible. En realidad ese «consenso general» precisa de importantes matizaciones, debido a la fisonomía peculiar de la comunidad internacional en los primeros años de la segunda posguerra. Tampoco puede decirse con toda seguridad que la Declaración constituye la prueba del *consensus omnium gentium* sobre un determinado sistema de valores. Un ejemplo muy significativo del déficit de consenso en cuanto a la justificación filosófica de la Declaración nos lo proporciona PANDEYA, R. C.: «Perspectiva hindú de los derechos humanos», *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Unesco, 1985, pp. 295-307, para el cual el impacto de la ideología de los derechos puede llegar a tener incluso efectos desestablecedores para la sociedad hindú.

Para una síntesis divulgativa de los avatares históricos y de los patrones ideológicos que constituyen el trasfondo de la Declaración Universal de 1948, cfr. CASSESE, A.: *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1988, pp. 23 ss. Sobre el tema, también cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, E.: *Estudios de ética jurídica*, pp. 59-64.



En conclusión, y al margen de las acotaciones a la paradoja de la internacionalización, es preciso advertir las posibilidades ofrecidas por un ensayo metodológico llevado a cabo desde una perspectiva *integradora*. Así, por un lado, el estudio del fenómeno de los derechos humanos, llevado a cabo a partir de cada ordenamiento jurídico o sector del Derecho, no puede prescindir de la reflexión ética y del pensamiento iusfilosófico; por otro, este último debe confrontarse con la realidad de toda experiencia jurídica, evitando considerar que un «tipo» de derecho sea más digno o valioso que otros para la fundamentación y el desarrollo de los derechos fundamentales.

Todo ello en virtud de la convicción de que es tarea imprescindible para la comunidad científica que se ha «tomado en serio» el problema, colaborar, cada uno desde su propio ámbito, para alcanzar un mismo resultado: la efectividad de los derechos.

