

LA BASE DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

José Luis FERNANDEZ-FLORES
Magistrado del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho Internacional
General Consejero Togado (2º R)

I. EL PLANTEAMIENTO CONCEPTUAL

1. Cuando se alude a la "efectividad" en D.I. generalmente se hace con referencia al llamado "principio de efectividad" de las situaciones fácticas y en muy contadas ocasiones en relación con la "base de efectividad" de la propia normativa jurídico-internacional. En otras palabras, al hablar de "efectividad" en D.I., la doctrina se refiere, por lo común, a la eficacia de las situaciones fácticas y, por lo excepcional, a la eficacia de la normativa jurídica(1). Es decir, en esa inevitable tensión que existe entre el orden jurídico y la realidad social, se trata más de indagar las consecuencias de las situaciones de hecho que las consecuencias de las situaciones jurídicas.

Y, sin embargo, el tema de la efectividad "del" D.I. tiene una gran importancia, en cuanto que, prescindiendo de posturas irreflexivas, ignorantes o pueriles, es lo cierto que todo orden jurídico, y el D.I. por tanto, reclama, para ser tal, un mínimo de efectividad o eficacia, so pena de convertirse en un orden jurídico ilusorio, es decir, en un orden jurídico inexistente(2).

Nosotros, en el presente trabajo, nos vamos a centrar, aunque de forma breve, en lo que denominamos "base de efectividad" del D.I., frente al "principio de efectividad" de los hechos, caras ambas de una misma moneda, la del valor de la normativa jurídico-internacional para ordenar la realidad social a que se refiere.

(1) La doctrina, en general, habla del "principio de efectividad" en el sobreentendido de que se trata de la efectividad de las situaciones de facto, como lo hace MIAJA (*Introducción al Derecho Internacional Público*, Madrid, 1979, pág. 70), lo que, por falta de precisión, da lugar a expresiones de sentido ambivalente, como ocurre con el título del trabajo de DE VISSCHER al efecto (*Les effectivités du droit international public*, Paris, 1967).

(2) Como dice RECASENS (*Introducción al estudio del Derecho*, México, 1970, pág. 191), "la facticidad, o sea la efectividad o eficacia, por lo menos dentro de ciertos límites... constituye un requisito necesario para reconocer la existencia de un orden jurídico".

II. *Uno de los caracteres* que, con mayor énfasis, se ha atribuido al D.I., es el de ser un “Derecho debil”(3). Esta debilidad se ha centrado fundamentalmente, en dos aspectos: Por un lado se ha acusado la ausencia de órganos centrales de la C.I. —al menos en la medida en que todo orden jurídico los reclama— y por otro se ha dicho que las normas jurídicas de este ordenamiento tenían escasa efectividad —o al menos, no tenían la necesaria—.

Situados en este segundo aspecto, se ha considerado que el D.I. es “débil” directa e indirectamente: Directamente, porque sus normas, de por sí, tienen poca efectividad o eficacia e indirectamente, porque el llamado “principio de efectividad” opera, en nuestro medio, de manera tan amplia que disminuye el cumplimiento de la normativa jurídica.

Dejando pues, de lado, como hemos dicho, el estudio directo del confuso “principio de efectividad”(4), vamos a tratar de la dosis de aplicación o efectividad o facticidad del D.I. en la regulación de las situaciones internacionales.

III. *El punto de partida para nuestro estudio*, es el de que todo orden jurídico, y por ello el D.I., existe para ser aplicado a una determinada base social, de la cual nace y a la cual, al menos en parte, regula, de manera que un orden jurídico total o casi totalmente inaplicado no es tal. Con esta idea, intentamos demostrar por si tal cosa fuere precisa, que el D.I. tiene la suficiente dosis de aplicación para ser un orden jurídico existente.

Esto es independiente del natural desfase que existe siempre entre normatividad jurídica y realidad social, puesto que nunca se da una correspondencia absoluta entre una y otra, es decir, siempre hay una cierta dosis de inaplicación(5).

En realidad, nos centramos en un problema de “eficiencia” del D.I. en todas sus manifestaciones, tanto en la eficacia de las normas como, natural-

(3) En nuestro *Derecho Internacional Público*, Libro Primero, Madrid, 1980, págs. 381 y siguientes, nos referimos a este carácter del D.I., incluyéndolo dentro de los que denominamos caracteres “determinantes”. El presente estudio no es sino una ampliación de una parte de las nociones allí vertidas.

(4) Estamos de acuerdo con PEÑARANDA (*La función de la efectividad en el Derecho Internacional*, Madrid, 1973, pág. 21), cuando dice que “no hay todavía un concepto único de la efectividad, de validez en la generalidad de los casos”.

La verdad es que se mezclan situaciones falsas y actuaciones ciertas del “principio de efectividad”.

Ciertamente, el “principio de efectividad”, en unos casos actúa en ausencia de títulos jurídicos (“*praeter legem*”, como supletorio del D.I.) y en otros, en relación con títulos jurídicos en este segundo caso, unas veces actúa como exigencia de los mismos títulos (“*secundum legem*”, de manera confirmativa) y otras en contraposición a los mismos (“*contra legem*”, de forma derogatoria); aquí se plantea la cuestión de la eficacia de los actos ilícitos.

(5) Como explica GUGGENHEIM (*Traité de Droit International Public*, T.I., Genève, 1967, pág. 40) “la conduite effective des destinataires des normes n'est cependant pas toujours conforme aux règles positives applicables. Une certaine tension subsistera toujours entre l'attitude exigée par l'ordre juridique et la conduite effective des personnes qui lui sont soumises”.

mente, en la efectividad de la actuación de los mecanismos que, las aplican(6).

IV. *El estudio de esta "base de efectividad" del D.I., en el sentido en que lo planteamos, no necesita de justificación, puesto que afecta a la base misma de su existencia.*

Para unos autores aparece como algo implícito que se aborda como complemento del estudio de la base social del D.I., en cuanto que el Derecho, y por tanto el D.I., no es solo un conjunto o un sistema de normas sino algo más, un sistema de normas que se proyectan sobre la realidad social con la pretensión de ser observadas(7), de manera que la mayor o menor observancia produce una realidad social diferente. Para otros autores, el tema, cuando se estudia concretamente, entra dentro del concepto del D.I. y más exactamente, dentro de sus caracteres peculiares(8). En realidad, es una cuestión que está latente en diferentes lugares del planteamiento general del D.I.

En este *breve apunte* de la materia, nosotros, después de explicar su contenido conceptual, vamos a distinguir entre lo que llamamos la "efectividad genérica" y la "efectividad específica", es decir, entre la eficacia del D.I. en su conjunto y la eficacia particularizada que presenta en sus diferentes ámbitos, con la idea de alcanzar una conclusión válida.

II. LA EFECTIVIDAD GENERICA

I. Planteado el problema de la efectividad o eficacia del D.I.(9), las *posiciones que pueden adoptarse*, respecto al mismo, se reducen, en términos simples, a dos:

1. *La primera posición* es la del socorrido "hombre de la calle", la de una gran parte de los juristas en general y la de algunos internacionalistas

(6) Considera FRIED (*How efficient Is International Law?*, The Relevance of International Law, Essays in H. of L. Gross, Cambridge, Mass, 1968, pág. 94) que "When we ask "how efficient is international law?", we ask in essence, how efficient are the rules and tools of international statecraft".

(7) Explica LARENZ (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1966, págs. 159 y sigtes.) que "el Derecho se presenta con la pretensión de ser observado, de ser cumplido", añadiendo que es "un orden de la vida realizado en la existencia, que se observa constantemente por el hombre con la conciencia de su vinculabilidad y que de esta forma subsiste: es un "ser" que tiene la significación de un "ser debido".

(8) La verdad es que, en obras de carácter general, el problema de la efectividad o eficacia del D.I. no se plantea con carácter autónomo. A lo más, se alude a él en lugares diferentes y de una forma pasajera.

(9) Nos movemos en el plano concreto de la eficacia y no en el de la "validez", cuestión muy distinta y que ha sido planteada muy agudamente por KELSEN (*General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass. 1949, págs. 39 y sigtes.).

en particular que, cuando no acusan al D.I. de no ser un verdadero Derecho(10), lo tachan de tener muy escasa efectividad(11).

La mayor parte de quienes así han opinado y continúan opinando, parten de una evidencia más aparente que real y olvidan una realidad menos cierta que aparente. La evidencia aparente es la de que, el D.I., tiene una efectividad mucho menor que la del Derecho interno de los Estados(12). La realidad menos cierta es la de que los ordenamientos jurídicos estatales, por el mero hecho de serlo, son muy efectivos o, por mejor decirlo, son de una efectividad casi absoluta(13).

Todo lo que se ha dicho del D.I. en este sentido, ha llevado a la formulación de diferentes teorías sobre la eficacia del D.I. que reposan, de una forma o de otra, en exageraciones(14).

Lo cierto es que todas las afirmaciones en este sentido, no proceden de una observación atenta, minuciosa e imparcial de la realidad internacional sino, casi siempre, de la repetición de algo que "siempre se ha dicho" o de la constatación de la existencia de unas estructuras internacionales diferentes y menos sólidas que las estatales, así como de la consideración casi exclusiva de los casos más espectaculares de inaplicación o de violación del D.I., con lo que se olvida, entre otras cosas, que la actividad internacional de los Estados, Organizaciones e individuos —en ciertos aspectos— transcurre ordinariamente por los cauces del D.I.(15). Y todo ello, frente a una visión casi celestial del ordenamiento estatal, en el que todas las normas se cumplen y los destinatarios no las violan, salvo en casos excepcionales que siempre reciben la correspondiente sanción.

2. *La segunda posición* es la de la mayoría de los internacionalistas

(10) Este es el caso de ciertos "negadores" del D.I., como LASSON antes (*System der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1882) y el de OLIVECRONA ahora (*Law as Fact*, publicada en 1939).

(11) Como dice LAUTERPACHT (*International Law*, V.I., Cambridge, 1970, pág. 21), "The view frequently advanced in this connection is that there is a tendency to over-emphasize the degree of non-observance of international law".

(12) Esta posición proviene fundamentalmente de un concepto elemental e inexacto del Derecho, que asocia la "idea" de este con la del "guardia" que lo hace cumplir, que lo impone en definitiva. Como no ven al guardia en el D.I., concluyen sin más que este carece de eficacia o, al menos, de la eficacia del Derecho interno.

(13) No parecen necesario que nos detengamos a demostrar que ningún sistema jurídico estatal, se observa en su totalidad, es decir, es absolutamente efectivo. Ni parece tampoco oportuno citar los casos de sistemas jurídicos que se incumplen en su casi totalidad o que, por diferentes razones, han llegado a perder totalmente su efectividad.

(14) En este sentido, FRIED (*How Efficient...*, cit., págs. 96 y sigtes.) distingue cuatro teorías que denomina de la "orphan theory", de la "halot theory", de la "jailer theory" y de la "never-never theory" del D.I., todas las cuales, de una forma o de otra, acusan la debilidad y falta de eficacia del mismo. En este sentido, otros autores han formulado también doctrinas o explicaciones análogas para tratar de caracterizar o de buscar las razones del grado de aplicabilidad del D.I. en la actualidad.

(15) LAUTERPACHT (*International...*, cit, pág. 21) completa el pensamiento a que estamos aludiendo, al decir que "that such over-emphasis is the result of undue concentration on the gross violation of political treaties and, in particular, of the obligations of pacific settlement; and that the daily intercourse of States and the ordinary routine of Governments and of their Foreign Offices show a remarkable and almost uniform adherence to international law".

y de muchos que no lo son, que consideran que el D.I. no solo es un Derecho y se cumple en una amplísima proporción de sus normas sino que, cada día que transcurre, se cumple más. Es decir, el D.I. está en un proceso de continua "efectivización", en gran parte por la cada vez más acelerada adaptación del mismo a la realidad social (16).

En este sentido, se constata la progresiva adhesión de la C.I. a las normas jurídico-internacionales(17), como una consecuencia de la convicción ética general de la existencia de las mismas(18). Y ello a pesar de que esta convicción se vea disminuida por la desconfianza de los nuevos Estados, nacidos de la descolonización, hacia un D.I. en cuya elaboración ellos no han intervenido (19), así como por la división del mundo, en el plano político, que para algunos supone la introducción de nuevos principios en esta normativa(20).

II. *En realidad, la observación* del D.I. actual, en su actuación sobre su base social, nos lleva a constar *dos evidencias*:

1. La primera, es la que en la "*vida diaria*" internacional, el D.I. se cumple, incluso con cierto rigor. Los tratados se respetan, sea por la razón que se quiera, en su inmensa mayoría; la normativa procedente de las Organizaciones internacionales, se observa en su mayor parte, por los Estados miembros de las mismas; las normas internacionales, en general, son observadas; y finalmente, el principio de efectividad que, en otros tiempos, tuvo tan amplia significación, actualmente se somete a límites(21) que le privan de su carácter de principio informante del orden jurídico-internacional(22).

(16) Explica DE VISSCHER (*Les effectivités...*, cit., pág. 13) que "la notion d'effectivité évoque celle du réel dans les rapports entre le fait et le droit. L'homme du droit recherche dans le réel la force d'adhésion qui s'attache à ce qui est objectivement valable".

(17) Esto es independiente de que el reconocimiento de la comunidad, sea o no título de validez de las normas. La proposición de fundar la validez de las normas en el reconocimiento por la comunidad, fué obra de BIERLING (en su *Juristische Prinzipienlehre*, 1894, 17, postura que, si no prosperó si introdujo luz en el problema de la eficacia.

(18) Como explica RECASENS (*Sociología*, México, 1970, pág. 618), la eficacia de las normas "depende en gran parte de que exista una convicción ética general y de que el sujeto sepa que dicha convicción existe".

(19) Como se puso de manifiesto en el problema del Sudoeste africano, en el seno del T.I.J. (V. Doc. A/8382/Add..1., pág. 10).

(20) Aunque la doctrina soviética ha apuntado hacia un nuevo D.I. socialista, este es más hipotético que real. Pese a que KOROVIN (*Derecho Internacional Público*, México, 1973, pág. 24) sostiene que "el Estado soviético ha introducido numerosos principios progresistas en el derecho internacional y ha otorgado un significado nuevo al contenido democrático de las reglas en vigor", esto es más una declaración política que una realidad jurídica reconocida.

(21) Dice VERDROSS (*Völkerrecht*, Wien, 1959, págs. 80-81) que "Gleichwohl sind dem Grundsatz der Effektivität völkerrechtliche Grenzen gezogen, da er nur in jenem Rahmen gelten kann, den das VR selbst abgesteckt hat. Würde der Grundsatz der Effektivität schrankenlos gelten, dann würde sich damit das VR selbst aufheben. Es muss daher immer, trotz aller Anpassung des VR an die Tatsachen, eine bestimmte Spannung zwischen dem VR und den von ihm geregelten Tatsachen bestehen".

(22) Dice MONACO (*Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*, Torino, 1971, pág. 17) que "non sembra ammissibile è que il principio dell'effectività possa elevarsi a principio informatore dell'ordinamento internazionale".

2. La segunda evidencia es la de que *en las "grandes crisis"*, esencialmente en la crisis políticas graves y cuando están en juego los intereses fundamentales de los Estados o su propia existencia, el D.I. no se cumple o, sencillamente, se utiliza para justificar y respaldar la fuerza(23). Esto es cierto, pero también lo es que, en las crisis internas graves de los Estados, el Derecho estatal tampoco se cumple o se cumple mal o, simplemente, se ve suplantado por el uso de la fuerza por los grupos enfrentados(24).

Lo que ocurre muy frecuentemente es que, cuando el D.I. se viola, a pesar de ello sigue conservando, cuando menos, su prestigio, puesto que los propios Estados violadores del mismo, recurren casi siempre a él para justificar su comportamiento(25).

En verdad, para centrar el problema de las violaciones del D.I., hay que tener en cuenta *dos realidades*: 1) La primera, es la de que, frecuentemente, se afirma que el D.I. ha sido violado sin que esto haya ocurrido en la realidad porque o bien las normas que se dice que han sido violadas, no existen como tales (*en cuanto, por ejemplo, las normas consuetudinarias son muy difíciles de precisar*), o bien, tales normas, aún existiendo, son interpretadas incorrectamente (dado que cada Estado, en un principio, puede interpretarlas como quiera, naturalmente a su conveniencia)(26); 2) La segunda es la de que, la violación clara de las normas internacionales en algunos supuestos, no afecta a la eficacia general del D.I., pues este, precisamente por ser un orden jurídico, es susceptible de violación sin que deje de existir como tal(27).

(23) En este caso estaríamos, aunque fuese circunstancialmente, en el tipo de sociedad en el que "la función primaria del Derecho es ayudar al mantenimiento de la supremacía de la fuerza", como dice SCHAWARZENBERGER (*La política del poder*, México, 1960, pág. 176).

(24) Los casos que podrían citarse al efecto son tan numerosos como bien conocidos, lo que nos exime de su cita. En las revoluciones violentas y en las guerras civiles, el derecho estatal deja de aplicarse en todo o en parte, de donde resulta que solo la pereza mental permite atribuir al D.I. en exclusiva, la falta de eficacia en estos casos.

(25) El continuo recurso a los argumentos jurídico-internacionales, es ya por sí revelador. Hay que subrayar, como dice FRIEDMAN (*De l'efficacité des institutions internationales*, Paris, 1970, pág. 29), el hecho de que "les Etats veulent justifier leur comportement dans les situations litigieuses" y que "ils se réfèrent presque toujours au droit international comme la seule règle de conduite généralement acceptable".

(26) Como dice SERENI (*Diritto Internazionale*, Milano, 1966, I., págs. 104-105), "Le violazioni delle norme giuridiche internazionali sono poi assai meno frequenti di quanto generalmente si creda: a volte si afferma erroneamente (per ragioni politiche o a fine propagandistiche) che si è avuta violazione di norme internazionali, laddove in realtà la violazione denunciata non si è fatta verificata; oppure si asserisce (in base a preoccupazioni di ordine sociale) che un determinato comportamento è lesivo di pretesi principi di diritto internazionale, laddove questi non fanno parte del diritto positivo. L'asserita inosservanza sistematica di una norma di diritto internazionale va interpretata a volte nel senso che la norma stessa ha cessato di esistere per desuetudine. Se poi si verifica effettivamente una violazione del diritto internazionale, a tale violazione viene data sovente, per opera degli interessati e per soddisfacimento di loro obiettivi concreti, una notorietà tale da generare nel pubblico la persuasione di una sistematica e generale inosservanza delle norme internazionali".

(27) Al decir de GUGGENHEIM (*Traité...*, cit., pág. 40), "l'ordre juridique perdrait sa signification s'il n'était susceptible d'être violé. Il présuppose donc la possibilité d'actes illicites, c'est-à-dire d'actes commis par des sujets de droit contraires à leurs obligations juridiques".

Además, afirmar –como a veces se hace– que el D.I. violado no está en absoluto en condiciones de restablecer su imperio o de imponer una sanción, no es absolutamente cierto, en cuanto que, de manera más o menos efectiva, la sanción existe(28).

III. *En resumen*, frente a quienes repiten acriticamente que el D.I. carece de efectividad en los mismos términos que el Derecho estatal, creemos que se puede afirmar que, en términos generales, en su “vida diaria”, tiene un grado de efectividad semejante, cuando menos, al del Derecho interno de los Estados(29) y en sus “crisis graves”, se incumple en la misma medida que este(30).

Así pues, frente a un D.I. tradicional, del que, en algunos aspectos, pudiera decirse que se había alejado de la realidad(31), hoy nos encontramos con un D.I. que se cumple en su casi totalidad; sostener lo contrario es engendrar un injustificado excepticismo(32) que, en modo alguno, es efectivo, tiene la misma dosis de eficacia que cualquier otra normativa jurídica.

III. LA EFECTIVIDAD SINGULARIZADA

I. Expuesto, en términos generales, el problema del grado de eficacia del D.I., *nos vamos a referir ahora, en concreto, a este grado de eficacia en las diversas manifestaciones del mismo.*

A este efecto, distinguiremos dos tipos de supuestos: 1) Por un lado, los que se refieren a la estructura del D.I., es decir, los relativos a los sujetos internacionales, a las competencias de los mismos y a los actos, a través de los cuales aquellos actúan; 2) Por otro, los que se relacionan con la dinámica o funcionamiento de este ordenamiento jurídico, o sea, los que tratan de las relaciones de cooperación o de conflicto o incluso bélicas que los sujetos mantienen en la esfera internacional.

(28) Pues, como dice RUZIE (*Organisations internationales et sanctions internationales*, Paris, 1971, pág. 5). “Les sanctions du droit international si incomplètes, et fragmentaires qu’elles soient, sont beaucoup plus développées qu’on ne le croit généralement”.

(29) FRIED (*How Efficient...*, cit., pág. 130), dice tajantemente que “The question, How efficient is international law?” can then be answered “It is at least as efficient as is domestic law”.

(30) En este sentido, si se ha dicho que el D.I. “está en la boca de los cañones”, no queda más remedio que decir que el Derecho estatal “está en la boca de los fusiles”, posiciones cínicas ambas que, en modo alguno, resultan sostenibles.

(31) Cuando FOCSANEANU (*Norme et comportement en Droit interantional: Pour un droit des gens phenomenologique*, Symbolae Garcia Arias, Zaragoza, 1973-4, pág. 62) afirma que “le droit international traditionnel s’est progressivement éloigné de la réalité, pour devenir une rhétorique dépourvue d’effectivité”, se está refiriendo exclusivamente a ese D.I., al tradicional, más no al de nuestros días.

(32) A este excepticismo se refiere FRIED (*How Efficient...*, cit., pág. 131), a este “corroding scepticism”, lamentando sus consecuencias para el orden jurídico interantional.

II. *En el orden que denominamos estructural*, el D.I. presenta una eficacia distinta, según incida sobre la cuestión de la subjetividad internacional o sobre las competencias internacionales o sobre los actos de carácter internacional.

1. *En materia de subjetividad*, la eficacia del orden jurídico es distinta según se trate de Estados o de Organizaciones internacionales.

A. *En cuanto al nacimiento y extinción de los Estados*, ha sido tradicional la posición de la doctrina que consideraba que los Estados surgen y desaparecen en virtud de procesos sociales, situaciones fácticas, que el D.I. toma en cuenta una vez realizados. Lo cual quiere decir—sin necesidad de entrar ahora en otras matizaciones— que lo que ocurre es que se aplica el principio de efectividad de las situaciones como productor de consecuencias jurídicas.

En punto al *nacimiento* de los Estados, la realidad constatable es que hoy, si bien hay Estados que nacen en virtud de procesos fácticos, posteriormente reconocidos(33), hay otros que nacen directamente por la actuación del orden jurídico internacional, es decir, mediante actos jurídicos, como es el caso de Israel y de muchos de los Estados nacidos del proceso descolonizador(34). Por otra parte, también se dan situaciones ambiguas, de donde resulta que, en este punto, podríamos hablar de una interpenetración entre el principio de efectividad de los hechos y la efectividad básica del D.I., a que nos ceñimos.

En lo relativo al *mantenimiento* y la *extinción* de los Estados, pese a todos los mecanismos que el D.I. ha intentado, es lo cierto que sigue dominando el principio de efectividad de las situaciones. Aunque sería muy conveniente que el ordenamiento jurídico internacional “controlara” la supervivencia de los Estados—en aras a la paz y la seguridad internacionales—, es lo cierto que esto no se produce y hemos de reconocer que aquí, el D.I., tiene escasa efectividad(35).

B. *En cuanto a las Organizaciones internacionales*, está fuera de toda duda que nacen al amparo de textos jurídicos. Y lo mismo ocurre con su desenvolvimiento, una vez nacidas.

(33) Es, por ejemplo, el caso del nacimiento de la República de Bangladesh, surgida de una situación de facto, aunque en el texto de la proclamación de su independencia se alude al “legitimate right of self-determination” (10-abril-1971).

(34) Israel nace en virtud de una Resolución de las Naciones Unidas, “on the strength of the Resolution of the United Nations General Assembly” (14-mayo-1948). En el caso, por ejemplo, de la independencia del Congo-hoy Zaire (15-agosto-1960), se hace una nutrida alusión a instrumentos jurídicos. En la mayor parte de los Estados descolonizados, el instrumento jurídico es el punto de partida de su nacimiento.

(35) DE VISSCHER (*Théories et réalités en Droit International Public*, Paris, 1970, pág. 188), después de considerar que el D.I. se ha ocupado más de los problemas de la desaparición de los Estados que de los de su nacimiento, concluye por decir que “soumis au prescrit de l'effectivité, il n'a jamais pausé jusq' l'extrême sa protestation contre la destruction par la violence d'une organisation étatique: la subjugation ou debellatio conserve se place parmi les modes de disparition des Etats”.

En cuanto al nacimiento, pues, las Organizaciones internacionales, que surgen siempre en virtud de un tratado, son una evidencia de la efectividad del D.I. de nuestro tiempo.

En punto a su estructura y funcionamiento, aunque a veces se ha dicho que, concretamente en el caso de las Naciones Unidas, ofrecen aspectos de la actuación del principio de efectividad(36), la interpretación directamente más correcta es la de que se trata de supuestos en que el D.I. se ha adecuado y ha tomado en cuenta las realidades sociales y de poder del mundo internacional. No se trata de que el principio de efectividad haya producido consecuencias jurídicas sino de que se ha elaborado un D.I. que toma en cuenta las realidades sociales del momento de su elaboración. Así, en el caso de las Naciones Unidas, el papel de las "Grandes Potencias" es el que les atribuye la Carta y las competencias de sus órganos son un desarrollo jurídico de textos jurídicos igualmente.

2. *En materia de competencias de los sujetos internacionales*, al menos en las competencias de los sujetos tradicionales, es donde el D.I. ha chocado con más obstáculos para su efectividad.

A. *En el tema de las competencias territoriales estatales*, es una realidad que su adquisición, mantenimiento y pérdida, ha estado muy afectada por la aplicación del principio de la efectividad de las situaciones fácticas frente a la efectividad de los exclusivos títulos jurídicos, es decir, frente a la efectividad del D.I. en términos generales.

En la *adquisición* de estas competencias, los títulos jurídicos, por sí solos, frecuentemente no han sido suficientes. Descartando el caso de la total ausencia de títulos jurídicos, en el que el principio de efectividad despliega su total eficacia y en nada menoscaba la efectividad del D.I., el problema se plantea cuando los títulos jurídicos entran en juego. En términos generales, podemos decir que, en la relación entre efectividad de los hechos y efectividad de los títulos, se pueden distinguir las siguientes situaciones: 1ª) En ausencia de título jurídico, la efectividad de la situación ha servido para crearlo(37); 2ª) En presencia de un título jurídico, la efectividad de la situación, ha actuado, a veces, como un imperativo del título mismo(38); 3ª) En presencia, igualmente, de un título jurídico, la situación de factor opuesta, se ha estimado muy difícilmente, exigiéndose pruebas muy claras de la ino-

(36) Dice DE VISSCHER (*Les effectivités...*, cit., págs. 53) que "les structures de l'Organisation des Nations Unies offrent deux aspects de l'effectivité. L'un nettement politique, se traduit par l'institutionnalisation du rôle des grandes Puissances. L'autre est fonctionnel et a trait aux compétences de ses organes".

(37) Así, en el Asunto de Groenlandia oriental (A/B, nº 53, pág. 54), el T.P.J.I. reconoció que Dinamarca había ejercido su autoridad en grado suficiente como para conferirle un título válido de soberanía.

(38) Como se estableció en el Asunto de la Isla Clipperton, entre Francia y Méjico, en cuya sentencia (28 de enero de 1932), se reconoció la efectividad de la posesión como un requisito exigido por el D.I. mismo. Aquí, la efectividad de la situación fué una consecuencia de la efectividad del título.

perancia del título (39), lo que hay que estimar como una tendencia a reconocer la efectividad del D.I.

Análoga situación se produce cuando se trata del *mantenimiento y pérdida* de las competencias territoriales estatales: En términos generales, el D.I. es efectivo, tiene eficacia. Se yerra en muchos casos, cuando se dice que se impone el principio de efectividad de las situaciones, porque frecuentemente, tal actuación, se produce en ausencia de título o como una exigencia del título mismo.

Concretamente, en el problema de fronteras, los más acérrimos defensores del principio de efectividad, tienen que convenir en que aquí lo que priman son los títulos jurídicos, es decir, la efectividad del ordenamiento jurídico internacional (40).

B. *En lo que respecta a las competencias de las Organizaciones internacionales* y concretamente a las fundamentales de las mismas, es decir, las competencias funcionales, la verdad es que no hay lugar para hablar de otras competencias que las que resultan de los títulos constitutivos desarrollados posteriormente.

Si es cierto que se ha querido ver una actuación del principio de efectividad, en el desarrollo de las competencias implícitas, esto parece poco sostenible, puesto que las competencias de este tipo tienen su origen en las que los textos constitutivos atribuyen a los diversos órganos.

3. *En materia de tratados internacionales*, el tema práctico fundamental es el de su eficacia, de manera que el resto de la problemática es indiferente a nuestro propósito. Si los tratados no son efectivos carecen de razón de ser, puesto que se celebran para que se cumplan, para que produzcan efectos.

A. *La regla general* es que los tratados se cumplen, que son eficaces. Basta, para corroborar esta afirmación, la observación de lo que a diario ocurre en el mundo internacional. Sea porque el cumplimiento de los tratados produce beneficios, sea porque acarrea represalias, es lo cierto que los mismos surten los efectos para los cuales se celebran. Los tratados son utilizados para una múltiple variedad de propósitos, desde los que han sido llamados tratados "lawyers' law" hasta los que tienen por objeto mínimas transacciones comerciales(41). En unos casos, cuando no entran en juego los intereses de los Estados directamente, los tratados se cumplen porque no hay en ello inconveniente alguno y, sin embargo, si muchas razones de con-

(39) El T.I.J., en el Asunto de la soberanía belga sobre ciertos territorios fronterizos con Holanda (Rec., 1959, pag. 228), fué muy exigente respecto a las efectividades holandesa y concluyó que no eran suficientes para imponerse sobre el título belga de soberanía.

(40) Como explica DE VISSCHER (*Les effectivités...*, cit., págs. 111-112) "Les considérations d'effectivité...ne peuvent que difficilement et seulement à des conditions très strictes, prévaloir sur le titre conventionnel".

(41) Como afirma HARRIS (*Cases and Materials on International Law*, London, 1969, pag. 584), "the treaty is the ubiquitous instrument through which all kinds of international transactions are conducted".

veniencia; en otros casos, los tratados se cumplen porque tal cumplimiento reporta beneficios a ambas partes.

B. *Las dificultades* se presentan más bien, en los tratados de tipo político y, en algunos casos, en los de carácter económico, cuando los mismos han sido firmados a merced de circunstancias que implican una contraprestación demasiado gravosa para alguna de las partes. En estos casos, cuando los tratados son denunciados, en virtud de cláusulas jurídicas contenidas en ellos o cuando tal cosa se efectúa apoyándose en normas jurídicas o en interpretaciones peculiares de normas jurídicas, lo que efectivamente se está reconociendo es el imperio del D.I.; de aquí que solamente se puede poner en el platillo de la balanza de la prevalencia de las situaciones de hecho, los casos en que lisa y llanamente se incumplen los tratados. Y esto, a la verdad, ocurre pocas veces en la vida internacional ordinaria.

4. *En conclusión*, el D.I., en el plano "estructural" a que acabamos de referirnos, goza de una amplia efectividad, es eficaz, se cumple.

Conviene aquí recordar, como lo hacen algunos autores(42), que este cumplimiento se produce, entre otras razones, por la muy fundamental de que el incumplimiento es menos rentable para los sujetos internacionales, es más costoso, es, por tanto, menos conveniente.

Lo que pasa es que, a veces, para este cumplimiento se tropieza con el obstáculo de la falta de una autoridad que determine lo que es D.I. o que precise su interpretación(43).

III. En relación con *el funcionamiento de la estructura*, la eficacia del D.I. se manifiesta de muy diversa forma, según el tipo de relaciones de que se trate.

1. *En las relaciones de "cooperación"*, la efectividad del D.I. se manifiesta, como es natural, de forma casi absoluta, de manera casi total.

A. *En términos generales*, esta efectividad, prácticamente total, se produce porque el espíritu de colaboración de los sujetos interesados, da lugar a una continua "recreación" del D.I. que lo adecua a las necesidades(44), de donde resulta que la realidad social y la norma están en íntimo contacto porque la necesidad social produce la norma y ésta se aplica inmediatamente por necesidad social. Lo cual es independiente de que este proceso de inte-

(42) Como dice DEUTSCH (*The probability of International Law*, The Relevance of International Law. Cambridge, Mass. 1968, pág. 71) "Most of the international law was enforced not by any international or supranational authority, nor by any collective security efforts of many governments, but by the high cost of non-coordination which would follow upon long or frequent non-compliance".

(43) Este ha sido visto como el defecto básico del D.I. (V. McDOUGAL y FELICIANO : *Law and Minimum World Order*, 1961, pág. 365).

(44) Ya que, como dice FOCSANEANU (*Norme...*, cit., pág. 63-4). "un système de droit des gens ne saurait être un acquis proclamé dogmatiquement, car un tel système supposerait l'histoire arrêtée, ce qui est absurde. Tout droit international est une effort normatif, tendu vers l'avenir et se proposant de maintenir la paix dans la communauté internationale, telle que celle-ci existe à un moment donné de l'histoire".

racción requiera un cierto tiempo para llegar a formular las normas concretas(45).

Sin embargo, no en todas las relaciones de cooperación entre los Estados, se da el mismo grado de efectividad del D.I., pues la experiencia demuestra que, por ejemplo, en las relaciones de cooperación científica y técnica, el grado de aplicación de las normas internacionales es mucho mayor que en las relaciones de cooperación política.

B. Las relaciones de *cooperación política* son las que dejan mayores lagunas en la eficacia del D.I., porque, muy frecuentemente, estas relaciones se colocan de facto al margen del ordenamiento jurídico, sobre todo cuando están en tela de juicio los intereses fundamentales de los Estados(46).

Por otra parte, no hay que olvidar que, en el mundo que vivimos, la eficacia y, por tanto, la existencia del D.I., está en relación directa con el entendimiento entre los dos grandes sistemas socio-políticos que imperan en la humanidad(47) y este "entendimiento", al fin y al cabo, reposa sobre la coexistencia que es un concepto político esencialmente(48).

2. Cuando la vida de *relación internacional*, da lugar a la aparición de conflictos entre los Estados, naturalmente, el D.I. se resiente en su efectividad, aunque, según los casos, esto le ocurra en muy distinto grado.

A. Efectivamente, si en unos casos *el conflicto aparece* como una contraposición de posturas respecto a una regla jurídica, en otros es el producto exclusivo de posiciones políticas encontradas, aunque, frecuentemente, se intente disfrazar esta realidad con argumentos jurídicos(49). Ciñéndonos al objeto de nuestro estudio, podemos sostener que, en el primer caso, estamos en presencia de una efectividad mayor o menor, pero cierta, del D.I., en tanto que, en el segundo, nos hallamos ante una ineffectividad más

(45) A esto, en definitiva, se refiere H. GROS (*Derecho internacional del desarrollo*, Valladolid, 1975, pág. 45), cuando alude al "abismo que existe entre el progreso alcanzado en la afirmación de los principios y en la proclamación de las normas jurídicas aplicables", lo que nos permitiría distinguir entre efectividad de los principios (en su traducción en normas) y efectividad de las normas (en su traducción a realidades).

(46) Se ha aludido con frecuencia a las palabras de D. ACHENSON, en 1963, a propósito de la crisis cubana de 1962: "El poder, la posición y el prestigio de los Estados Unidos, se había puesto en tela de juicio por otro Estado; y el derecho simplemente no se confunde con estas cuestiones de poder último... La supervivencia de los Estados no es una cuestión de derecho".

(47) Como dice TUNKIN (*Droit International Public*, Paris, 1965, pág. 20) "En la possibilité d'une entente entre les Etats des deux systèmes sociaux opposés pour la solution des questions internationales réside la condition fondamentale indispensable à l'existence du droit international général, dans la mesure où ses principes et ses normes se créent par voie d'accords entre les Etats".

(48) BRETTON y CHAUDET (*La coexistence pacifique*, Paris, 1971, págs. 43-4) han intentado, entre otros, profundizar en el posible fondo jurídico de la noción de la coexistencia que, por otra parte, concluyen estos autores, no tiene nada de original pues recoge una serie de "règles ou de principes préexistants et présidant depuis plus ou moins longtemps aux relations interétatiques", con lo cual estamos plenamente de acuerdo.

(49) V. CARAVE, L.: *Le Droit international public positif*, Paris, 1969. Tome II, pág. 222.

o menos relativa, en la cual, el único dato positivo para la efectividad del D.I. es el propio recurso, aunque sea ficticio, al mismo(50).

En términos generales, el estudio de los conflictos internacionales "ordinarios" nos muestra una doble realidad: 1) La de que, la mayoría de los mismos se producen al margen del D.I.: 2) La de que, prácticamente, todos se presentan por los Estados interesados con ropaje jurídico. En definitiva, en los conflictos internacionales "in génere", el D.I. muestra un elevado grado de efectividad. Lo que ocurre es que falta el órgano imparcial que fije cual es la norma aplicable y cómo debe ser interpretada. Es decir, lo que falta —en términos generales— no es la norma sino el tribunal y lo que —frecuentemente— deja de aplicarse no es la norma sino una determinada interpretación de la misma.

B. Cuando se trata del punto más concreto de *la solución de los conflictos*, la efectividad del D.I. varía en relación con los distintos procedimientos de solución.

Descartando los casos en que los conflictos quedan latentes, sin resolver, y aquellos otros en que finalmente se recurre a la fuerza, la regla es que la aplicación de las normas jurídicas de solución, se produce en muy desigual grado.

Si del plano de los textos existentes al respecto(51), pasamos al de su efectividad, vemos que muchos de los procedimientos de solución de conflictos son letra casi muerta. Así, los procedimientos de investigación, mediación y conciliación, se utilizan muy raramente y más raramente todavía producen resultados. Los casos en que recurre al arbitraje o al arreglo judicial son escasos en proporción al número de conflictos existentes y resueltos(52). La realidad nos muestra que es la negociación y frecuentemente, la negociación directa, la que ha producido el mayor número de soluciones y, desde luego, la que, independientemente del resultado, más se ha utilizado(53).

De cualquier forma, podemos concluir que, aunque en menor grado que en el Derecho estatal, la efectividad del D.I. es, en este punto, muy notable.

3. Finalmente, siguiendo este examen circunstanciado de la efectividad del D.I., llegamos al *momento de la guerra*. O, en términos más amplios, al momento del uso de la fuerza.

(50) V. nuestro estudio sobre *Los conflictos internacionales*, R.E.D.M., nº 29, Enero-Junio 1975, págs. 22 y sigtes.

(51) Los textos internacionales al respecto son muy numerosos y muy parecidos y reiterativos. El art. 33 de la Carta de las N.U. recoge, en definitiva, todos los procedimientos de solución.

(52) Como reconocen NORTHEGGE y DONELAN (*International Disputes, The political Aspects*, London, 1971, pág. 313). "During the twenty-five years since 1945...there has been an undoubted decline in the sole of adjudication though to a less extent in that of arbitration, as a mean for the settlement of international disputes when compared with the situation between the two world wars".

(53) Según FOCASANEANU (*Norme...*, cit., pág. 73), esto revela "le fort attachement des Etats à leur souveraineté".

A. *La guerra es el problema* que de una forma o de otra, siempre ha preocupado más al D.I. y buena prueba de ello es que, en el pasado, se concedía a la guerra tanto espacio como a la paz en los estudios jurídicos internacionales, y en el presente, de forma explícita o implícita, es la cuestión que más se aborda en los foros internacionales. La guerra es una calamidad y, en tanto lo es, el D.I. ha luchado siempre por dominarla de alguna manera.

En el pasado, el D.I., ante la realidad de que resultaba imposible privar a los Estados de su "ius ad bellum", trató al menos de humanizar su "ius belli". En la actualidad, cuando la Comunidad Internacional, de cualquier forma que quiera considerarse, ha alcanzado un mayor grado de consistencia, el D.I. ha llegado a la restricción del "ius ad bellum" en los términos más drásticos posibles.

Pero nuestro problema se centra sobre la efectividad de las normas que regulan la guerra y aquellas otras que la prohíben.

En cuanto a las normas y son relativamente numerosas⁽⁵⁴⁾ que se han dictado para la "conducción" de la guerra, la lectura de lo que ha ocurrido en el pasado y la observación de lo que ocurre en el presente, nos muestra un panorama más bien pesimista de efectividad de las normas jurídicas. Estas normas se han vulnerado tantas veces que los casos en que se han respetado —y son muchos— no son suficientes para sostener que las mismas son efectivas. De cualquier forma, y no es cosa de detenerse más concretamente en este punto, tampoco puede sostenerse que en la guerra "vale todo" y que las escasas normas al respecto "no valen nada".

B. En cuanto a la normativa relativa a la *prohibición de la guerra*, la situación no es tampoco, por lo que a la efectividad de la misma se refiere, muy optimista. La guerra ha sido "casi" absolutamente prohibida. La guerra "general" no ha estallado, pero las guerras "particulares" continúan. El conflicto "global" no se ha producido, pero los conflictos "locales" están a la orden del día.

Es cierto que no se ha llegado al conflicto bélico general o total entre las dos grandes Superpotencias —que naturalmente, se diga lo que se quiera, envolvería a todos los Estados—, pero esto no hay que atribuirlo a la efectividad del precepto de la Carta de las Naciones Unidas al respecto sino a la "imposibilidad" real de tal enfrentamiento. Vivimos en un mundo de equilibrio de fuerzas, pero no es este equilibrio (que en otras épocas de la historia también ha existido) lo que impide la guerra sino más concretamente que se trata de un equilibrio especial sobre la tensa cuerda nuclear, cuya rotura puede desencadenar una catástrofe sin precedentes. El miedo y no la efectividad de la norma, es lo que ha evitado hasta hoy, la catástrofe de la guerra

(54) En la obra de SCHINDLER y TOMAN, *The Law of Armed Conflicts*, Leiden 1973, se recogen las actuales normas sobre el "ius in bello". También nosotros hacemos una relación en nuestro estudio *El actual Derecho de la Guerra*, R.E.D.M., n° 35, Enero-Junio 1978, págs. 17 y sigtes.

total. Si no existiese el miedo, la norma sería poco efectiva. Es decir, la norma es poco efectiva.

En cuanto a las contiendas bélicas localizadas, tampoco podemos decir que la efectividad del D.I. es muy grande, por lo que respecta a su prohibición. La lista de los enfrentamientos bélicos menores desde 1945 no es corta. Solo el recuerdo de los casos más significativos(55), basta para disipar cualquier duda de que el art. 2-4 de la Carta de las Naciones Unidas, no es de los que han tenido una mayor efectividad. El interés de las Grandes Potencias fundamentalmente, es lo que ha "localizado" a estas guerras en el espacio y en el tiempo, únicamente este interés y no la aplicación de la normativa que prohíbe tales contiendas bélicas. Pese a la prohibición de la guerra, la guerra continúa existiendo.

4. *En conclusión*, en el plano "funcional" que hemos visto rápidamente, observamos que hay una gradación de la efectividad del D.I. que va desde una efectividad casi absoluta, cuando las relaciones son de cooperación, hasta una efectividad muy escasa, cuando las relaciones son bélicas, pasando por el estado intermedio de una efectividad relativa cuando las relaciones son simplemente conflictivas sin llegar a la utilización de la fuerza.

IV. CONCLUSIONES GENERALES

I. *En resumen*, de lo que hemos tratado en este rápido recorrido por la base de efectividad del D.I., ha sido de comprobar la huella más o menos profunda que la normativa jurídica internacional deja en la realidad social sobre la que se proyecta. En otros términos, hemos tratado de ver hasta que punto *el D.I. se cumple*, es efectivo, es eficaz. Tarea útil —y más útil hecha con mayor extensión— en cuanto va dirigida, por un lado a confirmar en su propia naturaleza jurídica a esta rama del Derecho y por otro, a perfilar una parte al menos de la realidad social internacional.

II. *La conclusión general* que se desprende de cuanto hemos dicho, es la de que el D.I. presenta una "base de efectividad" lo suficientemente ancha como para permitirnos incluso su comparación con la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos.

En la vida "*ordinaria*" y en las situaciones "normales", el D.I. presenta una dosis de efectividad muy alta, la cual disminuye hasta las cotas más bajas en los momentos de "*crisis*". Lo mismo que ocurre con la mayor parte de los ordenamientos jurídicos estatales. Concedamos, sin embargo, para ser "razonables" que, en términos generales y por comparación con el Derecho

(55) La guerra de Corea, la larga guerra de Vietnam, los tres enfrentamientos armados entre árabes e israelíes, los conflictos entre China e India y entre India y Pakistán, las "guerras" de Argelia, el Zaire, Biafra, Etiopía, Rodesia, las actuales contiendas entre Marruecos y el Polisario y entre Iran e Irak, etc. son hitos salientes de esta realidad a que aludimos.

estatal in genere, su efectividad es relativamente menor...pero no permitamos la idea fácil, como casi todas las equivocadas, de que el D.I. no se aplica, tal como dicen por rutina algunos escribas y por ceguera bastantes fariseos.