



# LA ELABORACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL MÁS ALLÁ DEL CONSENTIMIENTO ESTATAL

## La emergente legalidad internacional de base consensual

Daniel GARCÍA SAN JOSÉ\*

### SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. CONSENTIMIENTO Y LEGALIDAD INTERNACIONAL EN LAS OBLIGACIONES EMANADAS DE ACTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y DE ACTUACIONES UNILATERALES DE ESTADOS: LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO COMO CASO DE ESTUDIO. II.1. La lucha del Derecho internacional contra el terrorismo en nombre de la comunidad internacional de Estados: examen de la práctica de la Asamblea General de Naciones Unidas. II.2. La lucha del Derecho internacional contra el terrorismo en nombre de la comunidad internacional de Estados: examen de la práctica del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. III. CONSENTIMIENTO Y LEGALIDAD INTERNACIONAL EN LAS OBLIGACIONES EMANADAS DE TRATADOS MULTILATERALES: LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE A ESCALA GLOBAL COMO CASO DE ESTUDIO. IV. CONCLUSIONES.

### I. INTRODUCCIÓN

Como punto de partida es preciso adoptar algunas precisiones conceptuales en torno a qué parámetros determinan que estemos ante una norma internacional. Algunos autores han sugerido la conveniencia de adoptar diversos criterios que, combinados entre sí, nos permite llegar hasta un concepto de norma internacional más amplio que el tradicionalmente empleados. Así, el profesor BODANSKY sugiere siete criterios para identificar otras tantas dimensiones de las normas internacionales. En una concepción del Derecho internacional como “espacio normativo multidimensional”, habría que ver en su opinión, en primer lugar si una determinada norma es producto de un proceso intencionado y reflexivo, por ejemplo, a través de una negociación, o si por el contrario es generada de manera más orgánica o espontánea.

En segundo lugar está la cuestión referente a los participantes en la formulación de esa norma en cuestión. Le sigue, en tercer lugar, la cuestión relativa a si la autoridad de una específica norma requiere el consentimiento estatal adhiriéndose a la misma. En cuarto lugar, debe apreciarse si una norma es de

\* Quiero agradecer al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo sus valiosos comentarios al borrador del presente estudio.

naturaleza constitutiva o reguladora y, en ese caso, si confiere un permiso o establece una prohibición o un requerimiento. El quinto criterio alude al lenguaje en el que esa norma está expresado y, en concreto, se trataría de ver si emplea un lenguaje mandatorio o exhortativo. En sexto lugar, se trataría de constatar si la norma en cuestión es específica o general, precisa o por el contrario vaga en su alcance. Finalmente, en séptimo lugar, estaría la importante cuestión de si una norma lleva asociado algún mecanismo de implementación y, en tal caso, cuál es la naturaleza y alcance éste<sup>1</sup>. A la luz de estos criterios no sólo se desmitifica la distinción resaltada por el profesor WEIL<sup>2</sup> entre *soft law* y *hard law* en la medida en que tal distinción, reminiscencia del positivismo extremo de John AUSTIN distinguiendo entre leyes propias y leyes impropias y limitando la labor del jurista sólo a las primeras<sup>3</sup> no juega en el Derecho internacional del mismo modo que en el Derecho interno de los Estados como recuerda la profesora Eibe RIEDEL. En efecto, en el Derecho internacional el *hard law* no siempre va revestido con la forma de un tratado, pudiendo derivar de otros instrumentos en principio no legalmente vinculantes, como las Declaraciones de Organizaciones Internacionales. Del mismo modo el *soft law* puede aparecer incluido en normas convencionales, de hecho con frecuencia así sucede<sup>4</sup>.

Más importante aún resulta constatar el hecho de que nuevas formas normativas cobran peso en el emergente nuevo orden normativo internacional<sup>5</sup>. Así, en los regímenes normativos previstos en algunos tratados multilaterales

1. BODANSKY, D., "Potential Subject-Matters and Areas of non-Treaty (non-Conventional) Lawmaking", en WOLFRUM, R. y RÖBEN, V. (eds.). *Developments of International Law in Treaty Making*, Springer, Berlin, 2005. p. 482.

2. WEIL, P., "Towards a relative normativity in International Law", *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), pp. 413 a 442.

3. AUSTIN, J., *The Providence of Jurisprudence Determined*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1954.

4. RIEDEL, E., "Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?", *European Journal of International Law* (1999), pp. 58 a 84, en p. 66. Además, como observa el profesor Pierre-Marie Dupuy: "viendo lo que ha sido la trayectoria histórica del Derecho internacional, resulta evidente que una parte considerable del *soft law* actual describe parte del *hard law* del mañana". DUPUY, P.-M., "Soft Law and the International Law of the Environment", *Michigan Journal of International Law* (1991), pp. 420 a 435, en p. 433.

5. Así, el profesor Bodansky identifica tres diferentes tipos de normas no convencionales. En primer lugar, variando el elemento de la forma legal, un tipo de norma no convencional es una norma que es negociada y consensuada pero no es legalmente vinculante, por ejemplo, un código de conducta. En segundo lugar, si variamos el elemento del consenso, las decisiones del Consejo de Seguridad son negociadas y legalmente vinculantes pero se aplican a todos los Estados que hayan o no consentido en la norma. En tercer lugar, si varía el elemento de la negociación tendríamos la costumbre y los principios generales del Derecho internacional. *Ibidem*, p. 483.

de protección del medio ambiente, los órganos previstos con capacidad normativa, la Conferencia de Estados Partes y el Encuentro de Estados Partes (COPs y MOPs en sus siglas en inglés, respectivamente) pueden aprobar resoluciones vinculantes (*hard law*) así como directrices y otros instrumentos de carácter no obligatorio (*soft law*). Estos últimos, aunque no sean vinculantes *per se* influyen en el desarrollo del Derecho consuetudinario y funcionan como un catalizador en la creación de Derecho internacional del Medio ambiente<sup>6</sup>. Esto es así, como ha estudiado el profesor Jaume FERRER LLORET, gracias a la técnica del *consensus generalis*, esto es, entendido como acuerdo del grupo de Estados participantes en el proceso de creación y cambio de la norma como fundamento de la misma. Entendido el consenso de este modo como un proceso abierto y flexible en el que la adopción del tratado no sería más que una primera etapa ya que en un momento posterior, tanto las disposiciones del mismo con independencia de que se consideren de derecho duro o de derecho en formación, podrán recibir posteriormente una mayor concreción por la vía de protocolos, anexos y otras decisiones que adopten las Conferencias de los Estados Parte previstas en los respectivos tratados, a medida que los Estados participantes vayan considerando que sus necesidades comunes deben recibir una respuesta efectiva a nivel internacional<sup>7</sup>.

Otros autores, como JOHNSTON, siguiendo una aproximación funcional distinguen tres tipos de normatividad en función de su mayor o menor aplicación forzosa por vía judicial: las obligaciones convencionales, que emanan directamente de instrumentos del tipo de *hard law* y que son intrínsecamente susceptibles de ser aplicados forzosamente a través de la vía judicial. Junto a estos estarían los acuerdos legales generados a través de un tratado, que emanan bien del *hard law* o del *soft law* pero que no son considerados como susceptibles de ser aplicados forzosamente por vía judicial. Finalmente, se encuentran las expectativas convertidas en principios, que son creadas por medio de instrumentos internacionales seriamente negociados por lo que tienen un significado operativo para aquellas entidades responsables de su realización y mantenimiento, pero

6. Además, en ocasiones se convierten directamente en *hard law* al ser incorporados en convenios vinculante y, en otras ocasiones, se traducen en criterios interpretativos dentro de las obligaciones sobre los Estados vinculados por el determinado régimen y adquieren efectos legislativos si el órgano competente en dicho régimen decide por una súper mayoría que su interpretación alcanza a todos los acuerdos vinculantes para los Estados parte. SOMMER, J., "Environmental Law-Making by International Organisations", *ZaöRV (Heidelberg Journal of International Law)*, vol. 56 (1996), pp. 636 y 637.

7. FERRER LLORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho internacional*. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 233 y 234.

que están basadas tanto en consideraciones éticas de buena fe e interés público, como sobre consideraciones estrictamente legales<sup>8</sup>.

En consecuencia, la premisa de que todos los instrumentos negociados son el producto del consentimiento debe ser matizada en la medida en que sería posible distinguir tres tipos de consentimiento en función de cual sea el instrumento y las circunstancias de la negociación: consentimiento que es jurídicamente controlable por un órgano de naturaleza judicial; consentimiento cuya operatividad se circunscribe a la escena diplomática y, por último, consentimiento que sólo es moralmente vinculante a los ojos de la opinión pública<sup>9</sup>.

Coincidente con esta misma aproximación funcional adoptada por JOHNSTON se han posicionado autores como los profesores RIQUELME CORTADO<sup>10</sup> y ROLDÁN BARBERO. Este último ha destacado la existencia de un *soft law* material acompañado de un *hard law* formal y, al contrario, un *hard law* material que viene precedido de un *soft consent*<sup>11</sup>. En consecuencia, observa que

“Dados los condicionantes que gravitan sobre el consentimiento estatal ligado a la elaboración de un tratado, no puede siempre afirmarse que el carácter fundamentalmente dispositivo y consensual del Derecho internacional sea un indicio fiable para la regular y voluntaria aplicación de los compromisos convencionales. Prestar esa conformidad para obligarse por un tratado no significa a menudo querer observar sus disposiciones, ni poder hacerlo, desde un principio, o más adelante, en todo o en parte. Después de todo, quizás haya que ponderar

8. JOHNSTON, D. M., *Consent and Commitment in the World Community*, Transnational Publishers, New York, 1998, p. 275.

9. *Ibidem*, p. 276.

10. En opinión de la profesora Riquelme la relevancia de los tratados-marco en el ámbito de la protección del medio ambiente radica “en su naturaleza abierta y flexible y en el carácter programático de sus disposiciones que son por ello eminentemente declarativas, limitadas a enunciar los principios que van a presidir el régimen que se pretende instaurar, a señalar las metas a alcanzar y a establecer un marco para el posterior desarrollo de la acción normativa, concretada a través de protocolos y anexos que aumentan y/o precisan los términos del acuerdo, así como su adaptación a los cambios de circunstancias científico-técnicas y económicas que puedan sobrevenir.” De este modo, más que normas positivas, este tipo de tratado son directrices, la “punta del iceberg” del corpus normativo constitutivo de un régimen internacional que puede ser *hard law* si los Estados participantes así lo determinan. RIQUELME CORTADO, R., *Derecho Internacional*, Ed. Biblioteca Nueva, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, 2005, pp. 330 y 334.

11. ROLDÁN BARBERO, J., “El consentimiento del Estado y la formación de los acuerdos internacionales”, en *Pacis Artes, obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Universidad Autónoma de Madrid y Eurolex, Madrid, 2005, Tomo I, p. 625. Así, al igual que se puede hablar de obligaciones éticas recogidas en un tratado internacional, con creciente frecuencia se celebran acuerdos no normativos, carentes de efectos jurídicos pero que evidencian una fuerte voluntad de su observancia.



la 'honestidad' de algunos Estados de no obligarse a lo que no están dispuestos o capacitados para cumplir."<sup>12</sup>

Estas reflexiones previas que han servido para precisar terminológicamente las normas y obligaciones en sentido amplio y estricto, desmitificando la relevancia de la distinción entre *soft law* y *hard law*, son del máximo interés para las cuestiones que tratamos en el presente estudio. En el mismo analizaremos la emergencia de una legalidad internacional de base consensual más allá del consentimiento estatal y a tal fin, nos centraremos en el epígrafe siguiente en los esfuerzos normativos de la comunidad internacional de Estados en el contexto de la lucha contra el terrorismo internacional en el seno de Naciones Unidas. Este examen nos servirá como caso de estudio para reflejar la interacción entre el consentimiento y la legalidad internacional en las obligaciones emanadas de las Resoluciones adoptadas por la Asamblea General y por el Consejo de Seguridad. Tras este análisis de la acción normativa de Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo internacional, en el epígrafe tercero estudiaremos idéntico fenómeno de interacción entre consentimiento estatal y legalidad internacional en el contexto de los tratados multilaterales referidos a la protección del medio ambiente a escala global y a los regímenes que en ellos se instituyen en orden a la progresiva asunción de obligaciones por parte de los Estados participantes en los mismos.

## II. CONSENTIMIENTO Y LEGALIDAD INTERNACIONAL EN LAS OBLIGACIONES EMANADAS DE ACTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y DE ACTUACIONES UNILATERALES DE ESTADOS: LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO COMO CASO DE ESTUDIO

Desde los sucesos trágicos de septiembre de 2001, los Estados Unidos y otros Estados actuando en coalición con ellos, han mostrado su desacuerdo en cumplir las exigencias derivadas del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario con respecto a aquellas personas sospechosas de haber participado en acciones terroristas. La comunidad internacional, a través de sus instituciones internacionales más representativas, han reaccionado contra esta actitud y han reafirmado la existencia de límites materiales inherentes a cualquier lucha que desde el Derecho (nacional o internacional) se emprenda contra el terrorismo.

12. *Ibidem*, p. 640.

Diversas sentencias dictadas por tribunales nacionales<sup>13</sup> e internacionales<sup>14</sup>, así como informes presentados por relatores especiales ante órganos internacionales de protección de derechos humanos, como la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>15</sup>, junto con resoluciones aprobadas por la Asamblea General<sup>16</sup> y por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas<sup>17</sup>, han mostrado coincidencia a la hora de afirmar una misma idea: en una sociedad regida por el imperio de la Ley (the rule of law) los fines no pueden justificar cualesquiera medios empleados para salvaguardar dicha sociedad. Existen límites materiales que regulan y legitiman las posibles acciones tomadas conforme a Derecho. Así por ejemplo, el principio de la dignidad intrínseca del ser humano y las obligaciones que del mismo se derivan para los Estados en orden a la protección de los derechos humanos fundamentales deben ser garantizadas a cualquier persona en cualquier situación que se halle, inclusive si es considerado sospechoso de haber cometido actos terroristas.

En las VII Jornadas sobre Derecho Internacional Humanitario celebradas entre los días 18 a 20 de octubre de 2006 en Huelva, presenté una comunicación titulada “the ruling dynamic of International Law in combating terrorism as a study-case”. En ella avanzaba algunas de las ideas que desarrollo en las páginas siguientes. En mi opinión asistimos a un momento histórico en el que la comunidad internacional tiene la oportunidad y el deber de reafirmar que también existen límites de carácter procedimental en el Derecho Internacional, no sólo de carácter material, en la lucha contra el terrorismo. En otros términos, es tiempo de que las instituciones internacionales actuando en nombre de la

13. Véase las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *el caso Hamdan contra Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, el 29 de junio de 2006. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com>. Y en el caso *Boumediene et al. contra Bush, Presidente of United States, et al.*, de 12 de junio de 2008.

14. Ver, por ejemplo, la sentencia de 12 de marzo de 2003 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Öcalan contra Turquía*, en especial, su párrafo 238. Asimismo, la sentencia de la Gran Sala de este tribunal en el mismo caso de 12 de mayo de 2005.

15. Véase, entre varios, los distintos informes presentados por el relator especial Sr. Leandro Despouy, relativos a los derechos civiles y políticos, la independencia del poder judicial, la administración de justicia y la impunidad. En particular, el informe incluido en el Documento E/CN.4/2005/60, de 20 de enero de 2005, en especial los párrafos 17 y 35 del mismo.

16. Contrástese, por ejemplo, la resolución 56/160 de 13 de febrero de 2002. La Resolución 57/219 de 27 de Febrero 2003. La Resolución 58/174 de 10 de marzo de 2004. La Resolución 58/187 de 22 de marzo de 2004. La Resolución 59/191 de 10 de marzo de 2005. La Resolución 59/195 de 22 de marzo de 2005. La Resolución 60/158 de 28 de febrero de 2006.

17. Ver la Resolución 1456 (2003) de 20 de enero, par. 6. La Resolución 1566 (2004) de 8 de octubre, par. 5 del preámbulo. Resolución 1624 (2005) de 14 de septiembre, par. 2 del preámbulo y par. 4 de la Resolución.

comunidad internacional de Estados en su conjunto acepten que sus esfuerzos en esta lucha contra el terrorismo global van a ser objeto de escrutinio no sólo desde el punto de vista de la legalidad internacional sino también desde el de la legitimidad<sup>18</sup>.

De este modo, la legitimidad de cualquier acción tomada o propuesta por órganos internacionales que suponga una “legislación dura o blanda”<sup>19</sup> en la lucha contra el terrorismo, tales como las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta y las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en el marco de sus competencias contenidas en la Carta, deberán ser confrontadas no sólo con los “principios (de carácter material) intrasgredibles” reconocidos por la Corte internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 7 de julio de 1996 en el asunto relativo al uso y amenaza de las armas nucleares como exigencia derivada de la legalidad internacional, esto es, derivada de la existencia de normas imperativas o de *ius cogens* en Derecho internacional como la distinción entre combatientes y no combatiente. Será necesario, además, que tales resoluciones sean examinadas para ver si son conformes o no con similares “principios intrasgredibles” de carácter procedimental que legitimen la adopción de decisiones por tales órganos en nombre de la comunidad internacional de Estados en su conjunto<sup>20</sup>.

Los esfuerzos realizados por el Consejo de Seguridad, especialmente desde 2001 hasta hoy presentan como resultados un rico conjunto de resoluciones adoptadas en el marco de la lucha contra el terrorismo. A este esfuerzo

18. En la misma línea defendida por autores como el Profesor Thomas Franck en su curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya: *Fairness in the International Legal and Institutional System, Recueil des Cours*, 1993, III, tomo 240, pp. 9-298. Línea recientemente retomada por autores como KUMM, M., “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis”, *European Journal of International Law*, vol. 15, nº 5 (2004), pp. 907 a 931. Asimismo: HOLDER, W. E., “Can International Organizations Be Controlled? Accountability and Responsibility”, *97 American Society of International Law proceeding* (2003), pp. 231 a 245.

19. Sobre la dualidad “duro” y “blando” en Derecho internacional y las Relaciones Internacionales, véase WEIL, P., “Towards a relative normativity in International Law?”, *op. cit.* Asimismo, NYE, J. S., *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power*, Basic Books, Nueva York, 1990.

20. Esta necesidad de ha hecho más evidente que nunca en la medida en que el Consejo de Seguridad es percibido por cada vez más autores como un legislador mundial con resoluciones adoptadas en el marco del Capítulo VII que tienen un ámbito material general y un espacio temporal de aplicación no limitado a priori. Se trataría de resoluciones tales como la nº 1373 (2001) y la nº 1540 (2004) ambas adoptando medidas directamente vinculantes para los Estados en materia de la lucha contra el terrorismo. Ver. al respecto, TALMON, S., “The Security Council as a World Legislature”, *American Journal of International Law*, vol. 99, nº 158 (2005), pp. 175 a 193.

se suma la labor de la Asamblea General de Naciones Unidas con un conjunto no menos destacable de Resoluciones y la Estrategia Global de Naciones Unidas contra el Terrorismo, adoptada por consenso el 8 de septiembre de 2006. Ambos conjuntos de resoluciones parecen ser un laboratorio idóneo para analizar la dinámica rectora del Derecho internacional en la lucha contra el terrorismo internacional. Este laboratorio de la práctica internacional a nivel institucional, en el que es posible encontrar ejemplos tanto de tendencias unilateralistas como multilateralistas, resulta ser un medio privilegiado para analizar nuevas formas de creación de normas y obligaciones internacionales para los Estados establecidas sin su explícito consentimiento sino sobre la base del consenso alcanzado a través de un proceso abierto de toma en consideración de la opinión de cada Estado que desee manifestarse en un foro institucionalizado. En mi opinión, la legitimidad procedimental alcanzada en la actualidad por el Derecho internacional “legislando” contra el terrorismo que analizo en estas páginas podría ser exportable a otros sectores del Derecho internacional de interés general, tales como la protección del medio ambiente a escala global, respecto de la cual se requiere cada vez más insistentemente una respuesta desde el ordenamiento jurídico internacional.

## II.1. *La lucha del Derecho internacional contra el terrorismo en nombre de la comunidad internacional de Estados: examen de la práctica de la Asamblea General de Naciones Unidas*

Una de las frases más efectistas que se repite insistentemente en las resoluciones de la Asamblea General adoptadas entre 2001 y 2006 en el contexto de la lucha contra el terrorismo es la auto proclamación de este órgano como el legitimado para adoptar medidas en este sentido en nombre de la comunidad internacional<sup>21</sup>. No resulta sorprendente el hecho de que todas estas resoluciones de la Asamblea General que repiten esta idea se titulan *Medidas para eliminar el terrorismo internacional*.

21. “Convencida de la importancia de la consideración por parte de la Asamblea General, como órgano universal competente para hacerlo, de medidas encaminadas a eliminar el terrorismo internacional”. Frase repetida en la Resolución 55/158 de 30 de enero de 2001, par. 2 del preámbulo. En la Resolución 56/88 de 24 de enero de 2002, par. 5 del Preámbulo. En la Resolución 57/27 de 15 de enero de 2003, par. 5 del preámbulo. En la Resolución 58/81 de 8 de enero de 2004, par. 5 del preámbulo y en la Resolución 60/43 de 6 de enero de 2006, par. 7 del Preámbulo. Se trata de una traducción literal del original en inglés: “the universal organ having competence to (adopt measures to eliminate international terrorism)”.

La idea que subyace a la introducción de esta cláusula por la que se auto vindica como el órgano universal con competencias para adoptar medidas contra el terrorismo<sup>22</sup> es que la aproximación tradicional seguida en el pasado en cuanto a la asunción de obligaciones internacionales debe ser seguida aquí. Esto es, en opinión de los Estados participantes en la Asamblea General de Naciones Unidas, las medidas “legislativas” adoptadas por la comunidad internacional en la lucha contra el terrorismo pueden ser facilitadas por Organizaciones Internacionales tales como Naciones Unidas que cuentan con órganos de representación universal, como la Asamblea General, que sirven de foro privilegiado para que los Estados expresen sus opiniones y puntos de vista sobre cuestiones de hecho y de derecho.

Esta aproximación sigue siendo válida para la adopción de medidas en la lucha contra el terrorismo siempre que se respete que la fuerza vinculante de las medias eventualmente adoptadas de este órgano esté basada en el principio del consentimiento de los Estados, individualmente expresado a través de la libre decisión de ser o no Estado parte en un tratado multilateral en el que se materialicen los esfuerzos de la Asamblea General, o colectivamente expresado, cuando una resolución de este órgano adoptada por consenso refleja una *opinio iuris universalis* que luego es seguida por una práctica general posterior de los Estados considerada como Derecho.

En apoyo de esta idea resulta suficiente considerar que estas resoluciones de la Asamblea General también incluyen un párrafo similar relativo a la necesidad urgente de que los Estados que no lo hayan hecho, ratifiquen los principales tratados internacionales adoptados en la lucha contra el terrorismo<sup>23</sup>. En estas resoluciones también se “exhorta a todos los Estados a que, según corresponda, adopten la legislación interna necesaria para aplicar las disposiciones de esos convenios y protocolos, se cercioren de que la jurisdicción de sus tribunales les permita someter a la acción de la justicia a los autores de

22. Hay otros dos tipos de resoluciones de la Asamblea General adoptadas en el contexto de la lucha contra el terrorismo en las que, sin embargo, no aparece incluida esta proclamación: el conjunto de resoluciones relativas a los derechos humanos, por una parte y las resoluciones que buscan impedir la adquisición por parte de grupos terroristas de armas nucleares y radiológicas.

23. Ver, por ejemplo, el punto 7 de la Resolución 56/88 de 24 de enero de 2002: “(La Asamblea General) *Insta* a todos los Estados que aún no lo hayan hecho a que consideren, como cuestión prioritaria, y también de conformidad con la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, hacerse partes en los convenios y protocolos en la materia que se mencionan en el párrafo 6 de la resolución 51/210 de la Asamblea general, así como en el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y en el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo...”.



actos terroristas, cooperen con otros Estados y las Organizaciones Internacionales y Regionales competentes y les presten apoyo y asistencia para lograr ese propósito.”<sup>24</sup>

Se aprecia, sin embargo, un cambio en la redacción de estas resoluciones a partir de la Resolución 56/88 de 24 de enero de 2002, adoptada tras la Resolución 1373 (2001) por el Consejo de Seguridad que, quizás por un error de traducción no se encuentra reflejado en la versión española de estas resoluciones. El término “*Calls upon*” en su versión original y traducido por “Insta” al castellano en la referida resolución 56/88 no pasa a ser reemplazado por el término “Urge” en las posteriores resoluciones como debería haber sido el caso de conformidad con el cambio producido en el original inglés que adopta el término *Urges* en lugar del *Calls upon*<sup>25</sup>. Este cambio no reflejado en la versión española de estas resoluciones pero presente en la versión inglesa original de las mismas estaría enfatizando la adhesión de la Asamblea General a los esfuerzos realizados por el Consejo de Seguridad en la Resolución 1373 (2001) adoptada sin votación.

Las siguientes resoluciones de la Asamblea General relativas a medidas para eliminar el terrorismo internacional emplean los términos más enérgicos de “urges all States that have not yet done to consider, as a matter of priority, and in accordance with Security Council resolution 1373 (2001), becoming parties to the relevant conventions and protocols...”<sup>26</sup>. Sin embargo, la Asamblea General sigue empleando los términos “Calls upon” (“Exhorta” en castellano) para referirse a “enacting, as appropriate, the domestic legislation necessary to implement the provisions of those conventions and protocols to ensure that the jurisdiction of their courts enables them to bring to trial the perpetrators of terrorist acts, and to cooperate with and provide support and assistance to other States and relevant international and regional organizations to that end”<sup>27</sup>.

24. Punto 7 de la Resolución 56/88 de 24 de enero de 2002.

25. Ver, por ejemplo la versión en español de las Resoluciones 57/27 de 15 de enero de 2003, punto 7. Resolución 58/81 de 8 de enero de 2004, punto 7. Resolución 59/46 de 16 de diciembre de 2004, punto 9 y Resolución 60/43 de 6 de enero de 2006, punto 10.

26. En la versión original inglesa de las Resoluciones 57/27 de 15 de enero de 2003, punto 7. Resolución 58/81 de 8 de enero de 2004, punto 7. Resolución 59/46 de 16 de diciembre de 2004, punto 9 y Resolución 60/43 de 6 de enero de 2006, punto 10. En la traducción al español no se aprecia, sin embargo, esta diferencia: “Insta a todos los estados que aún no lo hayan hecho a que consideren con carácter prioritario, de conformidad con la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, hacerse partes en los convenios, convenciones y protocolos en la materia...”

27. Ver de nuevo la versión original inglesa de las Resoluciones 57/27 de 15 de enero de 2003, punto 7. Resolución 58/81 de 8 de enero de 2004, punto 7. Resolución 59/46 de 16 de diciembre de 2004, punto 9 y Resolución 60/43 de 6 de enero de 2006, punto 10. La traducción



De conformidad con la versión original inglesa de estas resoluciones, la Asamblea General de Naciones Unidas estaría jugando un doble papel en lo relativo a la adopción de medidas para eliminar el terrorismo internacional: por una parte está apoyando los esfuerzos legislativos del Consejo de Seguridad materializados en la resolución 1373 (2001) mientras que, por otra parte, está reafirmando el principio de la soberanía estatal y el consiguiente principio *ex consensu advenit vinculum*. Es esta doble lógica, parece prevalecer la clásica aproximación del consentimiento de los Estados en detrimento de nuevas fórmulas legislativas empleadas por el Consejo de seguridad “legislando” medidas para eliminar el terrorismo internacional. Se explicaría, de este modo, la causa por la que todas estas resoluciones de la Asamblea General concluyen con una fórmula común por la que este órgano “Observa con beneplácito los importantes avances que se han hecho en la elaboración del proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional en las reuniones del Comité Especial establecido en virtud de su resolución 51/210, de 17 de diciembre de 1996, y del Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión establecido en virtud de su resolución 57/27.”

Asimismo, en todas estas resoluciones tituladas *Medidas para eliminar el terrorismo internacional* la Asamblea General “Decide que el Comité Especial siga elaborando un proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional y siga esforzándose por resolver las cuestiones pendientes en relación con la elaboración de un proyecto de convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear como medio de seguir desarrollando un completo marco jurídico de convenios relativos al terrorismo internacional y que mantenga en su programa la cuestión de convocar una conferencia de alto nivel, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, a fin de formular una respuesta organizada conjunta de la comunidad internacional al terrorismo en todas sus formas y manifestaciones.”<sup>28</sup>

Así pues, la aproximación clásica basada en el consentimiento de los Estados es preferida a pesar de ser mucho más lenta y costosa en cuanto a sus

al castellano es “...y exhorta a todos los Estados a que, según corresponda, adopten la legislación interna necesaria para aplicar las disposiciones de esos convenios, convenciones y protocolos, se cercioren de que la jurisdicción de sus tribunales les permita someter a la acción de la justicia a los autores de actos terroristas, cooperen con otros Estados y las Organizaciones Internacionales y Regionales competentes y les presten apoyo y asistencia para lograr ese propósito.”

28. Resolución 55/158 de 30 de enero de 2001, punto 13. Resolución 56/88 de 24 de enero de 2002, puntos 15 y 16. Resolución 57/27 de 15 de enero 2003, puntos 16 y 17. Resolución 58/81, de 8 de enero de 2004, puntos 14 y 15. Resolución 59/46 de 16 de diciembre 2004, puntos 17 y 18. Resolución 60/43, de 6 de enero de 2006, puntos 20 y 21.

resultados. Una aproximación que, sin embargo, no será seguida en los otros dos tipos de resoluciones adoptadas por la Asamblea General en el contexto de la lucha contra el terrorismo: por una parte, en aquellas resoluciones relativas a los derechos humanos<sup>29</sup> y, por otra parte, en aquellas resoluciones específicamente dirigidas a adoptar medidas para prevenir que los terroristas puedan adquirir armas de destrucción en masa<sup>30</sup>. El lenguaje empleado en las resoluciones de la Asamblea General cambia en función del tipo de resolución en juego reflejando una legitimación distinta. Así, las medidas generales para eliminar el terrorismo internacional están legitimadas sobre la base del consentimiento estatal mientras que la necesidad de proteger los derechos humanos cuando se adopten medidas contra el terrorismo y la urgente necesidad de impedir que las armas de destrucción en masa caigan en poder de terroristas estarían legitimadas sobre una base bien distinta: la necesidad de preservar intereses generales como algo distinto a la gestión de los intereses comunes.

En efecto, algunas de las resoluciones de la Asamblea general referidas a los derechos humanos muestran coincidencia a la hora de referirse en su primer párrafo del preámbulo a los principales instrumentos de Derecho internacional general<sup>31</sup>. Otras resoluciones, por el contrario, aun cuando persiguen una similar intención de reafirmar la existencia de límites jurídicos de carácter material en la lucha contra el terrorismo, recuerdan que “los Estados tienen la obligación de proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas” al tiempo que se reafirma que “los Estados deben cerciorarse de que las medidas que se adopten para combatir el terrorismo estén en consonancia con las obligaciones que les incumben con arreglo al Derecho internacional, en particular las normas internacionales relativas a los derechos humanos y a los refugiados y el derecho humanitario.”<sup>32</sup>

29. Resolución 56/160 de 13 de febrero de 2002. Resolución 57/129 de 27 de febrero de 2003. Resolución 58/174 de 10 de marzo de 2004. Resolución 58/187 de 22 de marzo de 2004. Resolución 59/191 de 10 de marzo de 2005. Resolución 59/195 de 22 de marzo de 2005. Resolución 60/158 de 28 de febrero de 2006.

30. Resolución 57/83 de 9 de enero de 2003. Resolución 58/48 de 8 de enero de 2004. Resolución 59/80 de 16 de diciembre de 2004. Resolución 59/290 de 15 de abril de 2005. Resolución 60/73 de 11 de enero de 2006. Resolución 60/78 de 11 de enero de 2006.

31. Compárese la referencia a la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de Principios de Derecho internacional relativos a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de acuerdo con la Carta de Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, en el párrafo primero del Preámbulo de las Resoluciones 56/160 de 13 de febrero de 2002. 58/174 de 10 de marzo de 2004 y 59/195 de 22 de marzo de 2005.

32. Véase la Resolución 57/129 de 27 de febrero de 2003, par. 3 del preámbulo y punto primero de la resolución. La Resolución 58/187 de 22 de marzo de 2004, par. 2 y 3 del preám-



El principio del consentimiento estatal está también presente en este segundo tipo de resoluciones aunque en cierta forma modulado en la medida en va a tener una relevancia menor que la apreciada en las resoluciones relativas a las medidas para eliminar el terrorismo. La estricta afirmación de la obligación para los Estados de proteger a todos los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>33</sup> resulta modulada por un cierto margen de apreciación concedido a los Estados a la hora de cumplir con esta obligación. Es, sin embargo, un margen de apreciación más estrecho que lo que pueda parecer porque aun cuando la proclamación de la existencia de algunos derechos como intrasgredible en la lucha contra el terrorismo no se hace absoluta desde un punto de vista material sí lo es a nivel procedimental.

Así, habiendo recordado que, de conformidad con el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos “se reconoce que algunos derechos no se pueden suspender en ninguna circunstancia”, la Asamblea General afirma que “toda medida para suspender la aplicación de las disposiciones del Pacto deberá ser compatible con las disposiciones de dicho artículo en todos los casos y subrayando la naturaleza excepcional y temporal de toda suspensión de esa clase, como se indica en la Observación General nº 29 sobre los Estados de excepción, aprobada por el Comité de Derechos Humanos el 24 de julio de 2001.”<sup>34</sup> En resumen, la situación de los Estados es diferente aquí a la reflejada en las resoluciones de la Asamblea General relativas a las medidas para eliminar el terrorismo. Aquí, claramente, el principio del consentimiento de los Estados es más débil en la medida en que la comunidad internacional de Estados ha afirmado consistentemente la naturaleza del interés común en la protección de

bulo y punto primero de la Resolución. Resolución 59/191 de 10 de marzo de 2005, parás. 2 y 3 del preámbulo y punto primero de a Resolución. Resolución 60/158 de 28 de febrero de 2006, pará. 3 del Preámbulo y punto primero de la Resolución. De modo similar, véase la Resolución 58/174 de 10 de marzo de 2004, pará. 21 del Preámbulo y la Resolución 59/195 de 22 de marzo de 2005, pará. 23 del preámbulo.

33. Obligación que a menudo aparece acompañada de la cláusula: “(La Asamblea General) Insta a la comunidad internacional a que intensifique la cooperación regional e internacional en la lucha por erradicar el terrorismo, en todas sus formas y manifestaciones, de conformidad con los instrumentos internacionales correspondientes, incluidos los relativos a los derechos humanos.” Ver el punto 5 de la Resolución 56/160 de 13 de febrero de 2002; el punto 6 de la Resolución 58/174 de 10 de marzo de 2004 y el punto 7 de la Resolución 59/195 de 22 de marzo de 2005.

34. Ver el último párrafo del preámbulo en la resolución 57/219 de 27 de Febrero de 2003. Último párrafo del preámbulo en la Resolución 58/187 de 22 de marzo de 2004. Párrafo 2 de la Resolución 59/191 de 10 de marzo de 2005 y Párrafo 3 de la resolución 60/158 de 28 de febrero de 2006.

los derechos humanos y la subsiguiente existencia de obligaciones *erga omnes* a este respecto<sup>35</sup>.

El tercer y último tipo de resoluciones adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en el contexto de la lucha contra el terrorismo muestra, asimismo, una diferente terminología que estaría poniendo de manifiesto la diferente naturaleza de los intereses en juego: por un lado los intereses comunes al conjunto de la comunidad de Estados y, por otro lado, los intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. En este tercer y último modelo de resoluciones se estaría en presencia de la *communauté internationale des États dans son ensemble* y no sólo de la *communauté internationale des États dans leur ensemble*, como lo ha explicado el profesor Pierre-Marie DUPUY<sup>36</sup>. Véanse, por ejemplo, los párrafos 2, 3, 10 y 11 del preámbulo y el punto 2 de la Resolución 58/48 de 8 de enero de 2004. De modo similar, ver también los párrafos 2 y 3 del preámbulo y el punto 2 de la Resolución 60/73 de 11 de enero de 2006, así como los párrafos 2, 13 y 14 del preámbulo y el punto 3 de la Resolución 60/78 de 11 de enero de 2006. El lenguaje empleado en todas estas resoluciones es similar:

“Reconociendo la determinación de la comunidad internacional de luchar contra el terrorismo, evidenciada en las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad” “Consciente de la urgente necesidad de hacer frente a esta amenaza a la humanidad en el marco de las Naciones Unidas y mediante la cooperación internacional” “Poniendo de relieve que es urgente hacer progresos en la esfera del desarme y la no proliferación a fin de ayudar a mantener la paz y la seguridad internacionales y de contribuir a los esfuerzos mundiales del terrorismo” “Insta a todos los Estados Miembros a que adopten y refuercen las medidas nacionales, según proceda, para evitar la adquisición por terroristas de armas de destrucción en masa, sus vectores y los materiales y las tecnologías relacionados con su fabricación...”<sup>37</sup>

Estas resoluciones tienen en común la referencia a la resolución del Consejo de Seguridad 1540 (2004), si bien las alusiones a la misma presentan un

35. *CIJ, Recueil 1970, Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, deuxième phase, arrêt, párrafos 33 y 34.*

36. DUPUY, P.-M., *Droit International Public*, 7<sup>e</sup> édition, Pedone, Paris, 2004, pp. 752 a 754.

37. De nuevo, la versión original inglesa de estas resoluciones enfatiza en mayor medida el carácter urgente de hacer frente a estos intereses generales: “Recognizing the determination of the international community to combat terrorism...” “Mindful of the urgent need for addressing... this threat to humanity” “Emphasizing that progress is urgently needed...” “Urges all Member States to take and strengthen national measures, as appropriate, to prevent terrorists from acquiring weapons of mass destruction...”



carácter progresivo. Así, del “Tomando nota de la resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad sobre la no proliferación de armas de destrucción en masa, aprobada el 28 de abril de 2004”<sup>38</sup>, pasando por la fórmula “Observando que las medidas de la comunidad internacional para luchar contra la proliferación de armas de destrucción en masa y prevenir el acceso de agentes no estatales a las armas de destrucción en masa y materiales conexos, especialmente la resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad, de 28 de abril de 2004, constituyen aportaciones a la protección contra el terrorismo nuclear y radiológico”<sup>39</sup>, para llegar a la más reciente formulación: “(la Asamblea General) Consciente de las medidas adoptadas por los Estados para aplicar la resolución 1540 (2004) del Consejo de seguridad sobre la no proliferación de armas de destrucción en masa, aprobada el 28 de abril de 2004.”<sup>40</sup>

De este modo me parece evidente que se está manifestando una creciente asunción del carácter particular de las medidas que deben tomarse específicamente en orden a evitar que los terroristas puedan acceder a armas de destrucción en masa. Este tipo de medidas serían específicas dentro del conjunto de medidas a tomar por el conjunto de Estados y a ellas se han referido las resoluciones de la Asamblea General analizadas como integrantes del primer grupo. Ahora, este tercer grupo de resoluciones está poniendo de manifiesto un paso más hacia adelante con respecto a las medidas que deben tomar los Estados en la lucha contra el terrorismo protegiendo los derechos humanos de todos. Si en ese caso nos encontráramos en presencia de intereses comunes y las correlativas obligaciones erga omnes, ahora se estaría ante intereses generales y superiores a los Estados lo que legitimaría nuevas formas de creación normativa no tan dependientes del principio del consentimiento de los Estados.

En esencia, la configuración del riesgo del terrorismo nuclear como un interés general de la comunidad internacional de Estados en su conjunto justificaría medidas tales como la Resolución de la Asamblea General 59/290 de 15 de abril de 2005 adoptada por consenso y que incluye el *Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear*, o la Resolución 1540 (2004) considerada por los autores como un novedoso, si bien extraño, ejercicio de creación normativa internacional<sup>41</sup>.

38. Parágrafo 4 del preámbulo de la Resolución 59/80 de 16 de diciembre de 2004.

39. Parágrafo 5 del preámbulo de la Resolución 60/73 de 11 de enero de 2006.

40. Parágrafo 4 del preámbulo de la resolución 60/78 de 11 de enero de 2006.

41. LAVALLE, R., “A Novel, if awkward, exercise in international law-making: Security Council Resolution 1540 (2004)”, *Netherlands International Law Review*, vol. LI (2004), p. 411.

## II.2. *La lucha del Derecho internacional contra el terrorismo en nombre de la comunidad internacional de Estados: examen de la práctica del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*

De modo similar a lo visto en las resoluciones de la Asamblea General aprobadas en materia de lucha contra el terrorismo, tratándose de las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad entre 2001 y 2006 es posible apreciar tres tipos diferentes de resoluciones. En primer lugar están algunas resoluciones específicamente dirigidas a condenar los ataques terroristas que se produjeron en distintas partes del mundo durante esos años<sup>42</sup>. Un segundo grupo de resoluciones está integrado por aquellas resoluciones dirigidas a la adopción por los Estados de medidas legislativas y ejecutivas de carácter general para eliminar el terrorismo internacional<sup>43</sup>. Finalmente, el tercer grupo de resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad en este contexto está compuesto por un reducido número de resoluciones en las que este órgano adopta directamente medidas de carácter legislativo en nombre de la comunidad internacional de Estados en su conjunto para eliminar el terrorismo en sus manifestaciones más graves, como por ejemplo, el terrorismo que busca emplear armas de destrucción en masa<sup>44</sup>.

Estos tres grupos de resoluciones difieren en cuanto al contenido y a la terminología empleada. Por ejemplo, las resoluciones del primer tipo, adoptadas tras un ataque terrorista, tan sólo invocan la Carta de Naciones Unidas como la base legal en la lucha contra el terrorismo y no hacen mención alguna al Derecho internacional<sup>45</sup>. Por el contrario, las resoluciones del segundo tipo

42. Resolución 1368 (2001) de 12 de septiembre de 2001, condenando los ataques en Estados Unidos. Resolución 1438 (2002) de 14 de octubre de 2002, condenando los ataques en Indonesia. Resolución 1440 (2002) de 24 de octubre de 2002, condenando los ataques en Rusia. Resolución 1450 (2002) de 13 de diciembre de 2002, condenando los ataques en Kenya. Resolución 1465 (2003) de 13 de Febrero de 2003, condenando los ataques en Colombia. Resolución 1516 (2003) de 20 de noviembre de 2003, condenando los ataques en Turquía. Resolución 1611 (2005) de 7 de julio de 2005, condenando los ataques en Reino Unido y Resolución 1618 (2005) de 4 de agosto 2005 condenando los ataques en Irak.

43. Resolución 1377 (2001) de 12 de noviembre de 2001. Resolución 1452 (2002) de 20 de diciembre de 2002. Resolución 1455 (2003). Resolución 1456 (2003) de 20 de enero de 2003.

44. Resolución 1373 (2001) de 28 de septiembre de 2001 y en conexión con ésta, la Resolución 1624 (2005) de 14 de septiembre de 2005. Resolución 1540 (2004) de 28 de abril de 2004 y en conexión con ésta, la Resolución 1566 (2004) de 8 de octubre de 2004 y la Resolución 1617 (2005) de 29 de Julio de 2005.

45. Ver, por ejemplo, el párrafo primero del preámbulo y el punto 5 de la Resolución 1368 (2001) de 12 de septiembre de 2001. El párrafo segundo del preámbulo y el punto cuarto de la Resolución 1438 (2002) de 14 de octubre de 2002. El párrafo 2 del preámbulo y el punto 5 de la Resolución 1440 (2002) de 24 de octubre de 2002. El párrafo cuarto del Preámbulo y

que promueven la adopción de medidas generales de tipo legislativo y ejecutivo por parte de los Estados para eliminar el terrorismo y las resoluciones del tercer tipo, esto es, que adoptan directamente medidas de carácter legislativo en nombre de la comunidad internacional para combatir el terrorismo internacional en sus manifestaciones más graves –como el terrorismo nuclear– se preocupan de afirmar su legalidad, sobre la base del Capítulo VII de la Carta como las resoluciones del grupo anterior, pero además y como novedad, persiguen asentar su legitimidad refiriéndose a las obligaciones de los Estados bajo el Derecho internacional general y a través del empleo de términos como “la humanidad” o “el conjunto de miembros de Naciones Unidas”<sup>46</sup>.

El tercer grupo de resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad son, en efecto, el resultado de la decisión tomada por este órgano de legislar directamente en nombre de la comunidad internacional de Estados en su conjunto estableciendo obligaciones generales y abstractas que deben ser cumplidas por todos los Estados para eliminar el terrorismo<sup>47</sup>. Las Resoluciones 1373 (2001) y 1540 (2004) fueron adoptadas de conformidad con un novedoso procedimiento que se asemeja a una legalidad internacional de base consensual, consistente en un amplio y previo procedimiento de participación de todos los Estados miembros de Naciones Unidas, con independencia de que a la sazón fueran o no Estados miembros del Consejo de Seguridad. De este modo, como observa el profesor FERRER LLORET, aunque fueron adoptadas por unanimidad tras una votación, este hecho no deja de ser un mero trámite formal que no impide ver que

el punto cuarto de la Resolución 1450 (2002) de 13 de diciembre de 2002. El párrafo segundo del Preámbulo y el punto 4 de la Resolución 1465 (2003) de 13 de febrero de 2003. El párrafo segundo del preámbulo y el punto cuarto de la resolución 1516 (2003) de 20 de noviembre de 2003. El párrafo segundo del preámbulo y el punto cuarto de la Resolución 1611 (2005) de 7 de julio de 2005 y el párrafo cuarto y el punto octavo de la Resolución 1618 (2005) de 4 de agosto de 2005.

46. “(El Consejo de Seguridad) Declara también que los actos de terrorismo internacional constituyen un desafío para todos los Estados y para toda la humanidad... Afirma que, para combatir el flagelo del terrorismo internacional, es imprescindible aplicar un enfoque coherente y amplio, con la participación y la colaboración activas de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con el derecho internacional”. Véase en este sentido los párrafos tercero y séptimo del preámbulo de la Resolución 1368 (2001) de 12 de septiembre de 2001. El párrafo tercero del preámbulo de la Resolución 1455 (2003) de 17 de enero de 2003. El último párrafo del preámbulo de la Resolución 1456 (2003) de 20 de enero de 2003. Del tercer tipo de resoluciones del Consejo de Seguridad, véanse los párrafos tercero y sexto del preámbulo y el punto segundo de la Resolución 1566 (2004) de 8 de octubre de 2004. El párrafo segundo del preámbulo y el punto cuarto de la Resolución 1624 (2005) de 14 de septiembre de 2005.

47. FERRER LLORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional en el Derecho internacional*, op. cit., p. 158.



fueron resultado de un proceso de consenso en su elaboración con una serie de consultas y negociaciones previas y simultáneas (durante cuarenta y ocho horas en el caso de la Resolución 1373 y prolongadas durante meses en el supuesto de la Resolución 1540) con el objetivo de:

“Alcanzar el máximo común denominador que permite la adopción de una resolución que, aunque no satisfaga completamente en todos sus apartados a todos los miembros del Consejo de Seguridad, no suscite la oposición expresa de ninguno de ellos empezando, por supuesto, por los cinco miembros permanentes.”<sup>48</sup>

Tal procedimiento sin precedentes, en el que prácticamente todo Estado que quiso puede expresar su opinión respecto del contenido de estas resoluciones puede explicarse, en mi opinión, por el deseo de este órgano restringido de fundamentar estas resoluciones “legislativas” de alcance general y sin límite de tiempo en cuanto a su aplicación, no sólo en la legalidad que le aporta el Capítulo VII de la Carta de San Francisco sino además y especialmente, en la legitimidad que se desprende del consenso de todos los Estados de la comunidad internacional alcanzado en su elaboración. En este sentido se está en presencia de un consenso constructivo (de máximos) y no ante un consenso defensivo (de mínimos) y es por ello que puede afirmarse la emergencia de una legalidad internacional de base consensual.

La Resolución 1373 (2001) es la primera resolución relativa a la lucha contra el terrorismo adoptada por el Consejo de Seguridad según este nuevo procedimiento y, mediante la misma, el Consejo de Seguridad actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta decide que todos los Estados miembros de Naciones Unidas queden obligados por las disposiciones más relevantes del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 9 de diciembre de 1999.

La Resolución 1373 (2001) es, además, la única de las resoluciones adoptadas para la eliminación del terrorismo que expresamente invocan los principios generales del Derecho internacional como una fuente de obligaciones para los Estados en la lucha contra el terrorismo<sup>49</sup>. Se caracteriza también esta resolución por el establecimiento de un Comité contra el Terrorismo integrado

48. *Ibidem*, p. 159.

49. “Reafirmando el principio establecido por la Asamblea General en su declaración de octubre de 1970 (2625) (XXV) y confirmado por el Consejo de Seguridad en su resolución 1189 (1998), de 13 de agosto de 1998, a saber, que todos los Estados tienen el deber de abstenerse de organizar, instigar y apoyar actos terroristas perpetrados en otro Estado o de participar en ellos, y de permitir actividades organizadas en su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos.” Párrafo noveno del preámbulo de la Resolución 1373 (2001) de 28 de septiembre de 2001.

por todos los Estados miembros del Consejo de Seguridad, en orden a controlar el cumplimiento de esta resolución por todos los Estados miembros de la comunidad internacional. Por su parte, la Resolución 1540 (2004) que tiene también su referente en distintas normas internacionales en el ámbito de la producción y transferencia de las armas nucleares, químicas o biológicas<sup>50</sup>, resulta especialmente interesante para un análisis terminológico lo que ilustra, en mi opinión, esta nueva forma de “legislar” por parte del Consejo de Seguridad. Debe destacarse en este sentido que la finalidad de esta resolución es hacer frente al eventual riesgo de que actores no estatales puedan acceder a armas de destrucción en masa y las utilicen con propósitos terroristas. Semejante riesgo es caracterizado como una amenaza a la paz y seguridad internacionales que reclama una respuesta “global” y “efectiva”<sup>51</sup>.

Este punto es importante porque claramente está indicando que el Consejo de Seguridad considera esta amenaza como una cuestión de interés general para la comunidad internacional en su conjunto y no sólo como una cuestión de común interés para el conjunto de Estados de la comunidad internacional. De esta forma, el clásico principio del consentimiento de los Estados como fuente de obligaciones internacionales, si bien sigue siendo respetado<sup>52</sup>, al menos sí aparece relativizado en la medida en que el Consejo de Seguridad reconoce “*además la apremiante necesidad de que todos los Estados adopten medidas eficaces adicionales para prevenir la proliferación de las armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores*”<sup>53</sup> (La cursiva es del original)

50. Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, de 13 de enero de 1993. Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, de 10 de abril de 1972.

51. “(El Consejo de Seguridad) Reconociendo la necesidad de estrechar la coordinación de las medidas en los planos nacional, subregional, regional e internacional con miras a dar una respuesta global más fuerte a este grave desafío y amenaza a la seguridad internacional” “Resuelto a facilitar de ahora en adelante una respuesta efectiva a las amenazas mundiales en el ámbito de la no proliferación.” Parágrafos 10 y 15 del preámbulo de la Resolución 1540 (2004) de 28 de abril de 2004.

52. De ahí las referencias en el párrafo 11 del preámbulo de la Resolución 1540 (2004) a la vía de ratificación de tratados internacionales como principal forma de asunción de obligaciones en esta materia por los Estados: “Reconociendo que muchos Estados han contraído obligaciones jurídicamente vinculantes en virtud de tratados en los que son partes o han contraído otros compromisos para prevenir la proliferación de las armas nucleares, químicas o biológicas y han adoptado medidas efectivas para contabilizar los materiales peligrosos, garantizar su seguridad y protegerlos físicamente, tales como las medidas requeridas por la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares y las recomendadas por el Código de Conducta del OIEA sobre la seguridad tecnológica y física de las fuentes radioactivas.”

53. Párrafo 12 del preámbulo de la Resolución 1540 (2004) de 28 de abril de 2004.

En consecuencia, sopesando la urgente necesidad de dar una respuesta desde el Derecho internacional a esta amenaza con el posible coste de la aproximación clásica basada en el estricto respeto del principio del consentimiento como fuente de asunción de obligaciones por los Estados, el Consejo de Seguridad se encuentra legitimado y “*Resuelto* a facilitar de ahora en adelante una respuesta efectiva a las amenazas mundiales en el ámbito de la no proliferación.”<sup>54</sup> (La cursiva es del original) De modo similar al seguido en la adopción de la resolución 1373 (2001), el Consejo de Seguridad establece un Comité (el “Comité 1540”) para controlar el cumplimiento por parte de todos los Estados de la comunidad internacional de las obligaciones contraídas en virtud de la misma con carácter general y sin límite de aplicación temporal. Parece ser también nota común a la Resolución 1540 (2004) y a la Resolución 1373 (2001) el carácter general y no limitado en el tiempo en cuanto a su aplicación, de las medidas adoptadas<sup>55</sup>. El proceso de adopción de ambas resoluciones es también coincidente, consistente, como ya se ha señalado respecto de la Resolución 1373 (2001) en una amplia, previa y sin precedente participación de los Estados miembros de Naciones Unidas en la discusión de los textos de sendas resoluciones que fueron más tarde aprobadas sin votación en las sesiones respectivas del Consejo de Seguridad<sup>56</sup>. Esta aproximación del Consejo de Seguridad actuando sobre la base de un consenso constructivo en el sentido antes señalado, evidencia en mi opinión, un cambio en la dinámica rectora del Derecho internacional creado a nivel institucional.

En efecto, tradicionalmente la relación entre la costumbre y el tratado como fuentes formales del ordenamiento jurídico internacional se ilustraba en conexión con las resoluciones de la Asamblea General que expresaban una *opinio iuris generalis* de los Estados que siendo en ocasiones *universalis* contribuía a declarar, cristalizar o generar una práctica de los Estados considerada como derecho y materializada previa, simultánea o posteriormente en una norma convencional. Se trata de una interacción bien estudiada entre los autores gracias al hecho de que la práctica internacional ofrece numerosos ejemplos de

54. Parágrafo 15 del preámbulo de la Resolución 1540 (2004) de 28 de abril de 2004.

55. Véase los puntos primero y tercero de la Resolución 1540 (2004) y los puntos primero y segundo 1373 (2001).

56. Ninguna discusión previa a la adopción de sendas resoluciones se produjo en la sesión correspondiente del Consejo de Seguridad gracias a que su contenido había sido consensuado en las consultas y negociaciones celebradas previamente. Tampoco se produjo, por resultar innecesario, intervención alguna de los representantes de los Estados Miembros del Consejo de Seguridad que participaron en las votaciones en las que por unanimidad resultaron aprobadas sendas resoluciones. Vid. FERRER LLORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional...*, *op. cit.*, p. 158.



la misma, por ejemplo en relación con el proceso de codificación del Derecho del Mar. Lo novedoso ahora en relación con la lucha contra el terrorismo es que esta interacción no se va a producir sólo entre resoluciones aprobadas por el órgano de representación general de Naciones Unidas, la Asamblea General, sino por el órgano de carácter restringido, el Consejo de Seguridad. La Asamblea General es, sin duda, por su propia naturaleza el órgano mejor legitimado para alcanzar una *opinio iuris universalis* en relación con las medidas para eliminar el terrorismo.

La práctica internacional evidencia, sin embargo, que en ocasiones esa convicción general no logra materializarse en una práctica posterior de los Estados, sobre todo si refleja la oposición de un reducido número de Estados pero muy poderosos. Por el contrario, el Consejo de Seguridad no parece ser *a priori* el órgano natural llamado a reflejar esa convicción general de los Estados sobre una determinada cuestión de interés general. Sin embargo, frente a la Asamblea General tiene la ventaja de que legalmente está dotado con la capacidad de adoptar resoluciones que pueden ser de obligado cumplimiento por parte de todos los Estados de la comunidad internacional de conformidad con la legalidad internacional. Si a esa legalidad se añade el presupuesto de la legitimidad, por ejemplo, a través de un proceso amplio de participación de todos los Estados miembros de Naciones Unidas que, siendo o no miembros del Consejo de Seguridad, pueden ofrecer sus opiniones y discutir sobre el contenido de resoluciones de este órgano, el resultado que se obtiene puede ser sorprendente: resoluciones negociadas por consenso general de todos los Estados miembros de Naciones Unidas y adoptadas sin votación por este órgano de composición restringida.

Esta nueva aproximación superadora del tradicional principio *ex consensu advenit vinculum* es posible gracias a que se ha alcanzado la convicción de que dentro del terrorismo internacional considerado como una cuestión de interés común para el conjunto de los Estados, determinadas formas de terrorismo tales como el que persigue la utilización de armas de destrucción en masa, constituyen una amenaza a escala global que supone un cuestión de interés general para la comunidad internacional de Estados en su conjunto. La tradicional interacción entre las resoluciones de la Asamblea General y las normas convencionales resulta así complementada ahora con una nueva y original interacción entre las resoluciones del Consejo de Seguridad y los tratados. Así, por ejemplo, considerando que la Resolución 1373 (2001) ha incorporado las disposiciones más relevantes del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 9 de diciembre de 1999, debe destacarse que a 31 de diciembre de 2004, 132 Estados habrían ratificado este tratado internacional.



Tal interacción no tiene un resultado expedito ni necesariamente previsible como el propio Consejo de Seguridad reconoce en su Resolución 1673 (2006) “Observando que la plena aplicación de la resolución 1540 (2004) por todos los Estados, incluida la aprobación de leyes nacionales y de medidas para dar cumplimiento a esas leyes, es una tarea a largo plazo que exigirá un esfuerzo permanente en los planos nacional, regional e internacional”<sup>57</sup>. Sería injusto considerar como un fracaso de esta interacción el hecho de que muchos Estados se muestren aún reticentes a ser parte en aquellos tratados cuyas disposiciones hace suya el Consejo de Seguridad en la Resolución 1540 (2004). Numerosas resoluciones de la Asamblea General han originado en el pasado grandes esperanzas que luego no se han correspondido con los hechos. En todo caso, debería destacarse como positivo el hecho de que ambos órganos de Naciones Unidas, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, parecen coincidentes en señalar que los intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto, tales como evitar la amenaza del terrorismo nuclear o radiológico, justificaría nuevas formas de creación normativa en Derecho internacional que suplieran la lentitud, duración y los costes del camino tradicional consistente en el estricto respeto del principio del consentimiento de los Estados como la principal vía de asunción de obligaciones internacionales. Este *consensus generalis* complementario al *consensus gentium*<sup>58</sup> se manifiesta igualmente en el caso de los tratados relativos a la protección internacional del medio ambiente a escala global. De ellos me ocupo en el epígrafe siguiente.

### III. CONSENTIMIENTO Y LEGALIDAD INTERNACIONAL EN LAS OBLIGACIONES EMANADAS DE TRATADOS MULTILATERALES: LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE A ESCALA GLOBAL COMO CASO DE ESTUDIO

Comenzábamos el presente estudio señalando la necesidad de adoptar algunas precisiones conceptuales en torno a qué parámetros determinan que estemos ante una norma internacional. Indicábamos al comienzo de estas páginas que algunos autores habían sugerido la conveniencia de adoptar diversos criterios que, combinados entre sí, nos permitiesen llegar hasta un concepto de norma internacional más amplio que el tradicionalmente empleado. A la luz

57. Resolución 1673 (2006) de 27 de abril de 2006, párrafo sexto del preámbulo.

58. FERRER LLORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho Internacional*, op. cit., p. 230.

de esos criterios no sólo se desmitifica la distinción entre “*soft law*” y “*hard law*” sino que, más importante aún, nuevas formas normativas cobraban peso en el emergente nuevo orden normativo internacional. Se veía así, cómo en los regímenes normativos previstos en algunos tratados multilaterales de protección del medio ambiente, los órganos previstos con capacidad normativa, la Conferencia de Estados Partes y el Encuentro de Estados Partes pueden aprobar resoluciones vinculantes (*hard law*) así como directrices y otros instrumentos de carácter no obligatorio (*soft law*). Estos últimos, aunque no sean vinculantes *per se* influyen en el desarrollo del Derecho consuetudinario y funcionan como un catalizador en la creación de Derecho internacional del medio ambiente<sup>59</sup>.

Una de las consecuencias de adoptar esta nueva aproximación resultaba ser que la premisa de que todos los instrumentos negociados son el producto del consentimiento debía ser matizada en la medida en que sería posible distinguir tres tipos de consentimiento en función de cual fuera el instrumento y las circunstancias de la negociación: consentimiento que es jurídicamente controlable en un tribunal; consentimiento que es dejado operativo en la escena diplomática y, por último, consentimiento que es moralmente vinculante a los ojos de la progresiva opinión pública<sup>60</sup>. En este epígrafe tercero y último del presente estudio nos referimos a diversos ejemplos de la emergente legalidad internacional de base consensual y superadora del tradicional principio del respeto del consentimiento del Estado, como respuesta que el Derecho internacional da ante nuevas exigencias que afectan a la comunidad internacional de Estados en su conjunto y no sólo al conjunto de Estados de la comunidad internacional.

Se asiste, en este sentido, a una reinterpretación de otra fuente clásica del Derecho internacional como es la costumbre respecto de la que se destaca un cambio reciente con respecto de la práctica estatal<sup>61</sup>. La multiplicación de foros internacionales, la mayoría de ellos de carácter universal, donde los Estados pueden expresar su visión respecto de cuestiones de hecho y de derecho, ha supuesto que la *opinio iuris* se forme primero y luego le siga la práctica estatal.

59. Además, en ocasiones se convierten directamente en *hard law* al ser incorporados en convenios vinculante y, en otras ocasiones, se traducen en criterios interpretativos dentro de las obligaciones sobre los Estados vinculados por el determinado régimen y adquieren efectos legislativos si el órgano competente en dicho régimen decide por una súper mayoría que su interpretación alcanza a todos los acuerdos vinculantes para los Estados parte. SOMMER, J., “Environmental Law-Making by International Organisations”, *ZaöRV (Heidelberg Journal of International Law)*, vol. 56 (1996), pp. 636 y 637.

60. *Ibidem*, p. 276.

61. DELBRÜCK, J., “Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Eve of Globalisation”, *SZIER (Revista Suiza de Derecho Internacional)* (1/2001), pp. 29 y 30.

Lejos de ser un mero cambio formal y sin trascendencia con respecto a lo que ha sido el *iter* tradicional de formación de normas de carácter consuetudinario pero en la línea progresiva representada en el proceso de codificación del Derecho del Mar<sup>62</sup>, el nuevo escenario parece asemejarse a un acto legislativo internacional en la medida en que, como apuntan algunos autores, los Estados representados en foros universales pronuncian sus opiniones respecto de aquellas cuestiones de interés común que deberían regularse. Si se logra acordar un consenso respecto de esas opiniones, se estaría ante la *opinio iuris* de la comunidad internacional. Así, frente a la práctica estatal tradicional que comienza sin un sentido de obligación y sólo con el tiempo se convierte en la base para una emergente *opinio iuris*, la práctica estatal que sigue a un pronunciamiento de un foro universal conforma la aspiración normativa de la comunidad internacional<sup>63</sup>. Este cambio refleja la marcha imparable de la expresión de ciertas convicciones jurídicas frente a la práctica y se justificaría en la necesidad de conseguir una mayor rapidez en la creación o en el avance del Derecho en áreas que representan un importante interés para la humanidad<sup>64</sup>.

En este sentido, cada vez parece más evidente que el Derecho internacional podría estar experimentando un cambio en cuanto a su legitimidad en la medida en que las obligaciones que derivan del mismo, al menos en los sectores del Derecho internacional del medio ambiente y de los derechos humanos, ya no están más basadas únicamente en el consentimiento estatal ni su aplicación es dejada principalmente a los Estados<sup>65</sup>. Si bien algún autor ha considerado que, en realidad se asiste a un nuevo tipo de organización internacional, en la medida en que los tratados multilaterales de carácter normativo de protección del medio ambiente han previsto junto a los órganos plenarios señalados, la existencia de un órgano individual y permanente, a semejanza de un secretario internacional

62. Como observa el profesor Pinto, desde la creación de Naciones Unidas las conferencias normativas del tipo "treaty making" han ido progresivamente dejando de lado la regla de la unanimidad, vigente hasta entonces, para comenzar a emplear complejos métodos de voto a través de mayorías prescritas, de los cuales son los mejores ejemplos la Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho de Tratados de 1969 y, sobre todo, la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982. PINTO, M. C. W., "Making International Law in the 20th Century", *International Law FORUM du droit international*, n° 6 (2004), p. 143.

63. DELBRÜCK, J., "Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Eve of Globalisation", *op. cit.*, pp. 29 y 30.

64. SOBRINO HEREDIA, J. M. y ABAD CASTELLOS, M., "Reflexiones sobre la formación del Derecho internacional en un escenario mudable", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVII (2001), pp. 199 y 200.

65. KUMM, M., "The Legitimacy of International Law: A Constitutional Framework of Analysis", *op. cit.*, p. 905.



aun cuando la mayoría de estos regímenes no actúen de manera institucionalizada al no haber acordado ningún acuerdo de sede con un Estado<sup>66</sup>.

En el ámbito de la protección del medio ambiente a escala global se aprecian nuevas tendencias en la creación del Derecho internacional, como los tratados normativos generales que establecen mecanismos de enmienda y de concreción de las obligaciones contenidas en los mismos a través de decisiones adoptadas por mayoría en órganos políticos o técnicos en ellos previstos, tales como las COPs y las MOPs. A nivel institucional, la estructura de los tratados multilaterales normativos de carácter medioambiental es similar, contando con un órgano plenario, la Conferencia de Estados Partes (COP) en la que todos los Estados Parte en el tratado marco están representados. Se reúne ésta regularmente una vez al año y tiene el poder de adoptar todas las decisiones necesarias a nivel interno y externo. Junto a la COP existe otro órgano de naturaleza similar, el Encuentro de las Partes (MOP) cuyas funciones se enmarcan en el ámbito del protocolo separado que complementa el tratado marco. En el MOP están representados todos los Estados parte en el tratado marco que hayan ratificado además el respectivo protocolo y cuenta con el poder de adoptar las decisiones que sean necesarias, tanto a nivel interno como externo, adaptando los anexos y apéndice que, a su vez, complementan los protocolos de los acuerdos marco<sup>67</sup>.

Estos regímenes que instituyen verdaderos sistemas de legalidad internacional, en particular en el sector del medio ambiente, constituyen una compleja estrategia cooperativa basada en un sistema de varios niveles u órdenes legales interrelacionados que implican tanto a Estados como a actores no estatales y que se ha dejado sentir de modo especial en el Derecho internacional de los tratados<sup>68</sup>. Así, en un primer nivel de esta estructura estaría el tratado marco, idóneo para transformar principios legales normalmente amplios en posterior regulación normativa. En este tipo particular de tratado multilateral “sólo se proporcionan algunos principios básicos en relación con los objetivos generales futuros que deben alcanzarse y cualquier acción posterior relativa a reglas concretas sobre cuestiones específicas es dejada abierta y sujeta a posteriores negociaciones”<sup>69</sup>.

66. SOMMER, J., “Environmental Law-Making by International Organisations”, *op. cit.*, p. 631.

67. *Vid.* LAVRANOS, N., “Multilateral Environmental Agreements: Who Makes the Binding Decisions?” *European Environmental Law Review*, vol. 11 (2002), p. 45.

68. TIETJE, C., “The Changing Legal Structure of International Treaties as an Aspect of an Emerging Global Governance Architecture”, *German Yearbook of International Law* (1999), p. 29.

69. *Ibidem*, p. 36. Ejemplos de tratados marco son la Convención de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 9 de mayo de 1992 y la Convención Europea para la protección de las minorías nacionales de 15 de diciembre de 1995.

La previsión en algunos tratados multilaterales de protección del medio ambiente de procedimientos simplificados de interpretación, modificación y de desarrollo legislativo establecida en el tratado marco a favor de órganos políticos y técnicos representa una situación similar a la analizada en el epígrafe anterior dentro de este estudio cuando veíamos que en el seno del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas un órgano no estatal, el Comité contra el Terrorismo, era dotado con la competencia para interpretar que las exigencias previstas en la Resolución 1373 son o no satisfechas por los Estados y determinar, incluso, que algún Estado incida en el futuro en comportamientos prohibidos por esta Resolución. En consecuencia, si bien será el Consejo de Seguridad el encargado, a través de posteriores resoluciones, de imponer a ese eventual Estado la aplicación forzosa de las medidas dispuestas en la Resolución 1373, será una decisión subordinada a la apreciación que haya hecho el Comité contra el Terrorismo<sup>70</sup>.

El signo distintivo del tratado marco frente a otros instrumentos es que los principios en el mismo contenidos se asemejan a auténticas normas en cuanto imponen obligaciones legales hacia el cumplimiento de objetivos fijados, sujetos a determinadas restricciones legales y fácticas<sup>71</sup>. En cada tratado marco existen tres grandes objetivos futuros que se prevé alcanzar en un plazo de tiempo determinado: interpretar, modificar y ampliar (o enmendar) las obligaciones asumidas por los Estados en virtud del mismo. El primer objetivo, la interpretación autorizada por los órganos instituidos en estos tratados se parece a un procedimiento simplificado de modificación aunque limitado a normas convencionales ya existentes si bien de naturaleza abierta. El segundo objetivo, la modificación de las obligaciones convencionales, es asumido a través de procedimientos simplificados que, en general, son de dos tipos: basado en el consentimiento (consent-based)<sup>72</sup>, o por mayorías reforzadas con posibilidad de desvincularse del resultado de la votación (majority based with opt-out clauses)<sup>73</sup>, combinado, en ocasiones, con el requisito de la ratificación

70. SZUREK, S., "La lutte internationale contre le terrorisme sous l'empire du Chapitre VII: un laboratoire normatif", *Revue Générale de Droit International Public*, nº 1 (2005), p. 42.

71. *Ibidem*, p. 37. De este modo, la característica esencial de los tratados marco es que los Estados están obligados a perseguir los objetivos formulados de acuerdo con procedimientos previstos en orden a producir reglas concretas para un determinado problema en el futuro.

72. El sistema basado en el consentimiento está establecido, por ejemplo, en el párrafo 9 del artículo 2 del Protocolo de Montreal sobre sustancias que destruyen la capa de ozono, de 16 de septiembre de 1987.

73. La posibilidad de desvincularse de la modificación adoptada por mayorías reforzadas o "súper mayorías" está prevista, por ejemplo, en el artículo XV de la Convención sobre comercio



del nuevo texto por los Estados Parte en el tratado marco para que llegue a producir efectos vinculantes sobre aquellos. El tercer y gran objetivo de los tratados marco es el dar un primer paso en el presente y abrir la puerta en el futuro a un entramado legal más concreto y complejo. De ahí que pueda denominarse a estos tratados como regímenes dinámicos que responden a las propias necesidades, esencialmente mutables y de gran complejidad, reguladas en este tipo de tratados<sup>74</sup>. Tras el tratado marco, la estructura legal general común a la mayoría de los tratados multilaterales de carácter medioambiental se caracteriza por un protocolo separado al tratado marco, acordado por los Estados parte y que contiene obligaciones más detalladas. Finalmente, esta estructura se completa con diversos anexos y apéndices que implementan los respectivos compromisos asumidos en los protocolos y que se caracterizan por su carácter altamente técnico, por ejemplo, incluyendo listas de sustancias o especies ubicadas en el ámbito de aplicación material de cada tratado marco y de su protocolo<sup>75</sup>.

En mi opinión, este entramado de ingeniería jurídica nos sitúa en presencia de un cambio mucho más profundo que el apreciado en la formación de normas consuetudinarias en lo que respecta a los nuevos mecanismos de creación normativa previstos en los tratados multilaterales de carácter medioambiental. En dichos mecanismos de producción normativa es posible distinguir dos niveles: uno, tradicional, se basa en el consentimiento estatal (*treaty-making*) y a través del mismo los Estados consienten en concluir un tratado marco y uno o varios protocolos separados que incluyen, a su vez, unas listas o anexos con sustancias o especies reguladas por el tratado en cuestión y su respectivo protocolo. Junto a este primer nivel de creación normativa se encuentra otro, más novedoso, de interpretación y modificación de las obligaciones asumidas por los Estados parte e, incluso, de adopción de nuevas obligaciones para aquéllos (*law-making*). Esta segunda función normativa se desarrolla no por los propios Estados sino por los órganos previstos en el régimen concreto, la COP y la MOP respectivamente, y el procedimiento de adopción de decisiones está previsto que sea sobre la base de unas

internacional de especies de flora y fauna salvaje en peligro de extinción, de 3 de marzo de 1973. Asimismo, figura en otros acuerdos internacionales no medioambientales como la Convención sobre la Aviación Civil Internacional (artículo 90) y la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (artículo 21).

74. TIETJE, C., "The Changing Legal Structure of International Treaties as an Aspect of an Emerging Global Governance Architecture", *op. cit.*, p. 38.

75. LAVRANOS, N., "Multilateral Environmental Agreements: Who Makes the Binding Decisions?", *op. cit.*, p. 45.

mayorías reforzadas o súper mayorías de dos tercios o tres cuartas partes de estos órganos<sup>76</sup>.

Resulta especialmente relevante destacar que esta función normativa está limitada a enmendar o ajustar los anexos y apéndices que complementan los respectivos protocolos que acompañan a los respectivos tratados marco, dando respuesta a los nuevos conocimientos científicos y técnicos en la materia objeto de regulación que, en ocasiones pueden tener una gran trascendencia para los Estados parte en el protocolo<sup>77</sup>. Además, no menos relevante resulta el hecho de que en la mayoría de los casos, las enmiendas o ajustes en los anexos y apéndices no necesitan ser ratificados por los Estados parte en los protocolos respectivos, siendo vinculante para todos ellos a menos que expresen su objeción en un determinado plazo, gracias a las cláusulas de desvincularse (*opt-out clauses*) y, en ocasiones, incluso, no previéndose siquiera esta posibilidad<sup>78</sup>.

Numerosos tratados multilaterales son cuestionados como instrumentos normativos globales por el retraso que les es inherente para conseguir una aceptación generalizada en parte motivado por las reticencias de los Estados que han participado en su proceso de negociación a quedar vinculados simplemente por su firma sin posterior instrumento de ratificación o adhesión al texto definitivo<sup>79</sup>. Sin embargo, este tipo de tratados multilaterales para la protección del medio ambiente a escala global ofrece la suficiente flexibilidad como para permitir de manera escalonada a los Estados participantes asumir progresivamente obligaciones en el ámbito del régimen concreto establecido, no tanto en función

76. Como se prevé en el Convenio que prohíbe el Comercio de especies salvajes de flora y fauna en peligro de extinción (artículo XV); en la Convención de Viena para la protección de la capa de ozono (artículo 10); en el Protocolo de Montreal relativo a sustancias que destruyen la capa de ozono (artículo 11); o en la Convención de Basilea relativa al control del transporte transfronterizo de sustancias peligrosas y su depósito (artículo 15). En la práctica, sin embargo, la regla de la súper mayoría ha sido sustituida *de facto* por la vía del consenso. *Vid.* LAVRANOS, N., "Multilateral Environmental Agreements: Who Makes the Binding Decisions", *op. cit.*, p. 46.

77. Así, por ejemplo, en ocasiones, la MOP del Protocolo de Montreal ha impuesto primero reducciones del cincuenta por ciento en la producción de determinadas sustancias para seguidamente, determinar la prohibición absoluta de la producción o consumo de dicha sustancia considerada perjudicial para la capa de ozono con los consiguientes costos económicos y sociales para las industrias de determinados países que hasta entonces habían estado empleado esa sustancia. LAVRANOS, N., "Multilateral Environmental Agreements: Who Makes the Binding Decisions", *op. cit.*, p. 46.

78. Como es el caso del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que destruyen la capa de ozono que no contiene cláusulas de desvincularse de los respectivos ajustes y enmiendas en los anexos y apéndices (*vid.* artículo 2.9 d) pudiendo los Estados parte sólo denunciar el Protocolo si no desean quedar vinculados por dichos ajustes y enmiendas.

79. JOHNSTON, D. M., *Consent and Commitment in the World Community*, *op. cit.*, p. 273.



de criterios subjetivos de oportunidad política sino en razón a criterios objetivos determinados por las circunstancias científico-técnicas y económicas que puedan sobrevenir con el paso del tiempo<sup>80</sup>. Este proceso es posible de un modo similar al visto en las resoluciones 1373 (2001) y 1540 (2004) en el contexto de la lucha contra el terrorismo en sus formas más graves, gracias al *consensus generalis* que subyace a estos procesos nomogenéticos y que, como ha estudiado el profesor FERRER LLORET, complementa al *consensus gentium*<sup>81</sup>.

De este modo, coincido con la opinión de este autor al referirse al ejemplo concreto del consenso con el que actúa la Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 22 de mayo de 1992, de que este proceder:

“Permite avances modestos, que necesitan de la conformidad de los 188 Estados que participan en la misma o, al menos, de la no oposición expresa de alguno o algunos de ellos. Además, la doctrina ha denunciado los graves incumplimientos de esta normativa convencional que se dan en la práctica. Pero se trata de avances por limitados que puedan ser considerados. Esto es importante señalarlo porque cuando se negocian y adoptan textos convencionales por consenso, pero en su desarrollo convencional por la vía de los protocolos se deja de lado el consenso, se corre el riesgo de que los resultados no sean aceptados por una minoría de los Estados, entre los que, no obstante, se cuenten alguno o algunos de los principales Estados interesados, los que con mucha diferencia pueden condicionar la efectividad del régimen convencional que se ha elaborado, como así está ocurriendo, al menos en parte, en el caso de la aplicación del Protocolo de Kyoto de 1997”<sup>82</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

En esencia, el análisis desarrollado en estas páginas permite presentar las siguientes conclusiones:

*Primera.* Las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad adoptadas en el contexto de la lucha contra el terrorismo internacional son de diferente tipo: para la adopción de medidas tendentes a eliminar el terrorismo, ocupándose de cuestiones relacionadas con los derechos humanos

80. RIQUELME CORTADO, R., *Derecho Internacional*, op. cit., p. 330. JUSTE RUIZ, J., *El Derecho Internacional del Medio Ambiente*, McGrawHill, Madrid, 2000, pp. 56 a 60.

81. FERRER LLORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho Internacional*, op. cit., p. 230.

82. *Ibidem*, p. 200.



o, en tercer lugar, en orden a impedir que los terroristas adquieran armas de destrucción en masa son los tres tipos de resolución aprobadas por la Asamblea General entre 2001 y 2006. Por su parte, el Consejo de Seguridad ha adoptado en ese mismo período de tiempo tres tipos de resoluciones: aquéllas en las que condena ataques terroristas perpetrados a lo largo de todo el mundo, aquéllas en las que promueve la adopción por parte de los Estados de medidas para eliminar el terrorismo y, finalmente, aquellas resoluciones a través de las cuales “legisla” directamente en nombre de la comunidad internacional de Estados en su conjunto medidas que se estiman necesarias para atender a un interés general, cual es impedir que armas de destrucción en masa puedan caer en manos de actores no estatales que planeen utilizarlas con fines terroristas.

Tanto en el supuesto de las resoluciones aprobadas por la Asamblea General como tratándose del caso de las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad, la legitimidad de las mismas está sustentada no sólo sobre la base del consentimiento de los Estados individual o colectivamente expresado, en el supuesto de la Asamblea General, ni en el marco legal del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, para el supuesto del Consejo de Seguridad. Por el contrario, la legitimidad en ambos casos está presente en el consenso alcanzado por un elevado número de Estados que comparten la percepción de que el grupo es más importante que los miembros que lo integran y, consecuentemente, asumen que cuando se adoptan medidas en nombre del grupo la posición aislada de un Estado o pequeño grupo de Estados no puede prevalecer sobre el interés general del propio grupo.

La aprobación por la Asamblea General de las resoluciones 54/48 de 8 de enero de 2004, la nº 59 /80 de 10 de diciembre de 2004, la nº 60/73 de 11 de enero de 2006 o la nº 60/78 de esa misma fecha, así como la adopción por parte del Consejo de Seguridad de las resoluciones 1373 (2001) y 1540 (2004) relativas a medidas cuya adopción se estima urgente en orden a combatir particulares amenazas ligadas al terrorismo global, prueban que estamos en presencia de nuevas formas de creación normativa internacional a nivel institucional. No se trata de un “accidente” sino de la consecuencia de la dinámica rectora del Derecho internacional que para el nuevo milenio recién comenzado parece desvincularse progresivamente del principio clásico del consentimiento estatal como principal fuente material del Derecho internacional.

Segunda. Entre las causas que explican esta dinámica rectora del Derecho internacional en la lucha contra el terrorismo puede verse el hecho de que esté cambiando la percepción que del terrorismo se ha tenido hasta hace no mucho: de ser considerado un asunto de interés particular de los Estados que lo sufrían



directamente, pasando a ser un interés común a los Estados hasta llegar, en sus más recientes manifestaciones, a ser considerado una cuestión de interés general de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. De este modo, el cambio más notable se ha producido recientemente cuando de ser considerado una cuestión de interés común para el conjunto de Estados de la comunidad internacional ha pasado a ser percibido como un asunto de interés general para la comunidad internacional de Estados en su conjunto. A pesar del juego de palabras, son dos situaciones distintas, como el profesor Pierre-Marie DUPUY ha ilustrado al distinguir entre los conceptos de “la communauté internationale des États dans leur ensemble” (intereses comunes) y “la communauté internationale des États dans son ensemble” (intereses generales). La principal diferencia entre ambas situaciones es que mientras en el supuesto de los intereses comunes la aproximación a los mismos por parte de los Estados puede ser tanto individual como colectiva, los intereses generales, por el contrario, sólo admiten una gestión colectiva. La razón de ello radica en el los intereses comunes permiten que un Estado individual o un pequeño grupo de Estados de desvincule del acuerdo general alcanzado por los demás Estados en ese ámbito. Por el contrario la cláusula de desvincularse “opt-out clause” no sería válida en el caso de los intereses generales.

*Tercera.* Parece evidente que lo que hace posible el cambio de percepción desde un interés común a otro general es el consenso de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Esto es, la percepción compartida y generalizada sobre una cuestión por parte de un número de Estados que es suficientemente representativo a nivel cuantitativo y cualitativo. La unanimidad de los Estados, en consecuencia, no sería un requisito imprescindible a tal fin. Como se ha analizado, así habría sucedido respecto del terrorismo global y de algunas de sus amenazas para la humanidad tales como los ataques nucleares y radiológicos sobre la población civil han pasado a ser una cuestión de interés general para los Estados y no sólo un asunto de su interés común.

Ciertamente, el proceso de cambio desde un interés común a un interés general no es fácil de describir y el riesgo de confusión entre ambas categorías está presente, como prueba la protección del medio ambiente a través de tratados multilaterales normativos. Sin embargo, en orden a identificar evidencias de que se está en presencia de un interés general y no sólo de un interés común puede resultar de utilidad recurrir a principios generales del Derecho tales como el principio de necesidad. Este principio podría servir para analizar la legitimidad de nuevas formas de creación normativa en nombre de la comunidad internacional de Estados en su conjunto cuando resulte probado o más allá de una

duda razonable a través de conocimientos científicos o razonamientos de pura lógica que no cabe utilizar otra vía que resulte efectiva. De este modo, cuando es generalmente asumido tal razonamiento derivado del principio de necesidad por un número suficientemente representativo a nivel cuantitativo y cualitativo de los Estados que integran la comunidad internacional, como se evidencia en resoluciones adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas o por el Consejo de Seguridad a través del procedimiento seguido en las resoluciones 1371 y 1540, la legitimidad de las obligaciones internacionales contraídas al margen del consentimiento expreso de cada Estado está asegurada.

La aproximación seguida por los órganos de Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo distinguiendo entre las medidas generales que deben ser tomadas, un núcleo específico que necesariamente deben adoptarse colectivamente y sin dilación por todos los Estados miembros de la Organización, abre la puerta a la esperanza de que la legalidad internacional pueda imponerse al principio clásico del consentimiento del Estado como principal fuente material del Derecho internacional en la medida en que esta “*démarche*” seguida por Naciones Unidas pueda ser trasplantable a otros sectores igualmente considerados como de interés general para la comunidad internacional de Estados en su conjunto, tales como la protección del medio ambiente a escala global.

Cuarta. En el ámbito de la protección internacional del medio ambiente a escala global se asiste a una novedosa estrategia nomogenética consistente en los tratados marco completados, posteriormente, con protocolos y anexos que instituyen órganos con capacidad para adoptar decisiones vinculantes para todos los Estados participantes en el régimen específico.

Esta ingeniería jurídica ofrece la suficiente flexibilidad para los Estados participantes para que asuman progresivamente obligaciones jurídicas internacionales en el ámbito del régimen concreto establecido y, al mismo tiempo, la necesaria seguridad jurídica que se deriva del hecho de que esta progresiva asunción de obligaciones por los Estados participantes no se hará en función de criterios subjetivos de oportunidad política sino en razón a criterios objetivos determinados por los conocimientos de carácter científico-técnico y por las circunstancias económicas que puedan sobrevenir con el paso del tiempo.

Quinta. Tanto en el caso de la aproximación seguida por los órganos de Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo internacional, como en el supuesto de los regímenes normativos escalonados instituidos en el ámbito de la protección internacional del medio ambiente a escala global, subyace un consenso en su doble dimensión observada por el profesor Jaume FERRER LLORRET: el *consensus gentium*, o acuerdo del grupo social internacional como



fundamento de la validez del Derecho internacional, y el *consensus generalis*, o acuerdo del grupo de Estados participantes en el proceso de creación o cambio de una norma como fundamento de la misma.

#### Resumen

En el presente estudio se analizan, por una parte, las principales resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad adoptadas en el contexto de la lucha contra el terrorismo internacional tras los atentados del 11-S, y por otra parte, la novedosa estrategia nomogenética seguida en el ámbito de la protección internacional del medio ambiente a escala global consistente en los tratados marco completados, posteriormente con protocolos y anexos que instituyen órganos con capacidad para adoptar decisiones vinculantes para todos los Estados participantes en el régimen específico. Ambos análisis ponen de manifiesto como elemento común la superación del principio clásico del consentimiento del Estado como principal fuente material del Derecho internacional por otro nuevo: el *consensus* en su doble dimensión de *consensus gentium* y de *consensus generalis*, cuando se trata de dar respuesta a cuestiones que son de interés general para la comunidad internacional de Estados en su conjunto y no solo de común interés para el conjunto de Estados que integra dicha comunidad.

#### Abstract

In this paper we analyze on the one hand the main resolution adopted by General Assembly and Security Council in fighting against international terrorism after the attacks of the 11th-September and, on the other hand, we study the novel nomogenetic strategy followed in the field of global environmental protection consisting of frame treaties complemented later by way of protocols and annexes creating bodies entitled to adopt binding decisions for all States taking part in the specific regime. Both analyses show as a common feature that the classical principle of the consent of State as the main material source of international obligations seems to be complemented with a new principle of *consensus* in two senses (as *consensus gentium* and as *consensus generalis*) in the context of matters which are of general interest for the international community of States as a whole and not only of common concern for the member States of such community.

