

¿HACIA UN NUEVO MODELO DE ESTADO DE DERECHO?  
EL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL  
EN LA VISIÓN DE LUIGI FERRAJOLI\*  
*TOWARDS A NEW MODEL OF RULE OF LAW?*  
*THE INTERNATIONAL RULE OF LAW IN THE VISION*  
*OF LUIGI FERRAJOLI*

José Fabián RUIZ VALERIO\*\*

**RESUMEN:** En la medida en que la obra de Ferrajoli constituye un referente ineludible para el estudio del Estado de derecho en la actualidad, al que ha contribuido a través de una mirada exigente, fuertemente centrada en los derechos fundamentales y su protección, su visión enfocada al Estado de derecho internacional resulta altamente polémica. Esto por dos razones: en primer lugar, nos interroga en qué medida es posible, dado el estado actual del sistema mundial, avanzar en la construcción de un Estado de derecho internacional garantista, a partir de contenidos sustantivos. En segundo lugar, nos cuestiona acerca de cómo se relaciona la propia Organización de las Naciones Unidas (y especialmente el Consejo de Seguridad), con el Estado de derecho internacional.

**Palabras clave:** Estado de derecho, Estado de derecho internacional.

**ABSTRACT:** *To the extent that the work of Ferrajoli is an unavoidable reference to the study of the contemporary rule of law, which has contributed through a discerning view, strongly focused on fundamental rights and their guarantees, as well as his view about the international rule of law is highly controversial. This for two reasons: first, we questioned, given the current state of the world system, if we could to advance in the building of an international rule of law guarantees, with substantive content. Secondly, we questioned about how it relates the United Nations Organization (and especially the Security Council), with the international rule of law.*

**Descriptors:** *Rule of law, International Rule of law.*

**RÉSUMÉ:** *Dans la mesure que l'œuvre de Ferrajoli est une référence incontournable pour l'étude de l'État de droit dans l'actualité, à ce qu'il a contribué par un œil averti, fortement axée sur les droits fondamentaux et leur protection, son vision persistante de l'État de droit international a continuée d'être hautement polémique. Ceci pour deux raisons: d'abord, il nous interroge dans quelle mesure est-il possible –étant donné l'état actuel du système mondial, avancer dans la construction d'un État de droit international de garanties, à partir de contenus substantifs. Secondement, il nous interroge comment se fait la relation parmi l'Organisation des Nations Unies (et en particulier le Conseil de Sécurité), avec l'État de droit international.*

\* Artículo recibido el 15 de mayo de 2010 y aceptado para su publicación el 21 de septiembre de 2010.

\*\* Profesor en la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey. Doctor en Ciencia Política y Sociología por la Universidad Complutense de Madrid. Ha sido profesor de la Universidad Complutense de Madrid y de la Universidad del Salvador en Buenos Aires.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Estado de derecho en la visión de Ferrajoli*. III. *¿Un nuevo modelo de Estado de derecho?* IV. *Algunas ideas para debatir sobre la visión de Ferrajoli*. V. *Para finalizar*.

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es analizar la visión de Luigi Ferrajoli respecto del Estado de derecho internacional

Frente a los modelos tradicionales de Estado de derecho (formalistas y sustancialistas), Ferrajoli sugiere que en la actualidad asistimos al surgimiento de un nuevo modelo de Estado de derecho: el Estado de derecho internacional. El mismo se define a partir de un sistema de integración regional (Ferrajoli toma como referente a la Unión Europea), que sirve de fundamento a instituciones que actúan con independencia de los parlamentos nacionales. Dicho Estado de derecho puede servir como presupuesto para avanzar sobre la integración regional y la unificación legislativa de los países miembros de la Unión.

A partir del caso europeo, Ferrajoli se cuestiona sobre la posibilidad de generar un modelo similar a nivel mundial, tomando como base el papel de la Organización de las Naciones Unidas en el sistema internacional.

En la medida en que la obra de Ferrajoli constituye un referente ineludible para el estudio del Estado de derecho en la actualidad, al que ha contribuido a través de una mirada exigente, fuertemente centrada en los derechos fundamentales y su protección, su visión del Estado de derecho internacional resulta altamente polémica. Esto por dos razones: en primer lugar, nos interroga en qué medida es posible, dado el estado actual del sistema mundial, avanzar en la construcción de un Estado de derecho internacional garantista, a partir de contenidos sustantivos. En segundo lugar, nos cuestiona acerca de cómo se relaciona la propia Organización de las Naciones Unidas (y especialmente el Consejo de Seguridad) con el Estado de derecho internacional.

En la medida en que la visión de Ferrajoli comparte rasgos comunes con otras visiones exigentes, sustantivas, del Estado de derecho,<sup>1</sup> muchas

<sup>1</sup> Sobre los distintos modelos de Estado de derecho, véase especialmente a De Asís, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Madrid, Universidad de Jaén, Dykinson, 1999. Visiones sustantivas, aunque con importantes matices, sobre

de las interrogantes que plantea su obra también son representativas de los cuestionamientos que podrían generar este tipo de posiciones. Vale decir, dado el estado actual del sistema internacional ¿es posible avanzar en la construcción de una visión sustantiva del Estado de derecho internacional? En todo caso ¿cuáles son los principales desafíos que debe enfrentar este tipo de visiones?

Por lo tanto, este trabajo propone: *a)* indagar la idea de Estado de derecho internacional en la visión de Ferrajoli; *b)* analizar sus elementos configurativos; *c)* evaluar algunos de sus alcances y limitaciones; *d)* analizar en qué medida una visión basada en contenidos sustantivos puede aportar a la definición de Estado de derecho internacional.

## II. EL ESTADO DE DERECHO EN LA VISIÓN DE FERRAJOLI

Ferrajoli entiende por Estado de derecho al Estado constitucional de derecho, esto es, aquel

Que no se limita a programar sólo las formas de producción del derecho a través de normas procedimentales sobre la elaboración de las leyes, sino también sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a principios de justicia —la igualdad, la paz, la tutela de los derechos fundamentales— positivamente inscritos en las Constituciones.<sup>2</sup>

el Estado de derecho se pueden encontrar entre otros en Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1966-1988; Díaz, Elías, “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado de derecho. Concepto, fundamento y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM-Siglo XXI, 2002, pp. 61-95; Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 6, 1989, pp. 143-164; Garzón Valdés, Ernesto, “Algo más acerca del coto vedado”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 6, 1989, pp. 209-213; Garzón Valdés, Ernesto, “El consenso democrático: fundamento y límite del papel de las minorías”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, 12, 2000, pp. 7-34; Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1983-1986; Peces-Barba, Gregorio, *Ética, poder y derecho*, México, Fontamara, 1999-2000; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1992-2005; Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 1996-2005.

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 99.

La Constitución es un sistema de normas supraordenadas a la legislación ordinaria a través de dos mecanismos centrales: el establecimiento de procedimientos especiales para su revisión y, en segundo lugar, el establecimiento de un mecanismo de control de constitucionalidad a cargo de tribunales constitucionales, para garantizar los contenidos sustantivos contenidos en ella.

De tal forma, los derechos fundamentales, recogidos en la Constitución como derechos positivos, se convierten en los límites y vínculos de la potestad legislativa.<sup>3</sup>

Por derechos fundamentales se entiende a

... todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.<sup>4</sup>

Este modelo presenta cinco consecuencias directas. En primer lugar, la validez de las leyes ya no depende solamente de la observancia de normas procedimentales sobre su elaboración, sino del respeto a las normas sustanciales sobre su contenido.<sup>5</sup>

En segundo lugar, cambia la naturaleza de la relación entre la ley y el juez; éste deja de estar sujeto a la ley, con independencia de su significado, para sujetarse a la Constitución. De tal forma, se impone al juez la crítica de las leyes inválidas, ya sea reinterpreándolas en sentido constitucional, cuando no declarando directamente su inconstitucionalidad.<sup>6</sup>

En tercer lugar, cambia el papel de la ciencia jurídica, que además de su función descriptiva adquiere una dimensión crítica de las antinomias y lagunas de la legislación respecto de los preceptos constitucionales.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999-2004, p. 37.

<sup>5</sup> Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas...*, *cit.*, p. 100.

<sup>6</sup> *Idem*.

También adquiere un papel prescriptivo en orden a las técnicas garantistas orientadas a superar tales lagunas y antinomias.<sup>7</sup>

En cuarto lugar, cambia la naturaleza de la democracia, ya que junto con su dimensión formal-procedimental adquiere una dimensión sustancial. Definir a la democracia en un sentido formal ya no constituye una opción válida: sin procedimientos que garanticen la representación de la voluntad popular no puede haber democracia, pero la voluntad popular no es omnipotente para decidir lo que deseé, sobre la materia que quiera.<sup>8</sup> Por lo tanto, la democracia hoy por hoy es democracia constitucional, en tanto se encuentra constreñida por los derechos fundamentales que son la sustancia de la Constitución.<sup>9</sup>

Finalmente, cambia la relación entre el derecho y la política, pues la política “se convierte en instrumento de actuación del derecho, sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales”.<sup>10</sup>

De esta manera, se establece el Estado constitucional de derecho luego de la Segunda Guerra Mundial, a través de las Constituciones rígidas que incorporan principios y derechos fundamentales como límites y vínculos, no sólo frente a los órganos ejecutivos y judiciales, sino frente al propio legislativo.

El Estado de derecho se desarrolló históricamente a través de un proceso conformado por tres etapas fundamentales:<sup>11</sup> al Estado de derecho pre-moderno (el modelo del *Common Law*), le sigue el Estado de derecho como modelo formal (donde se hace referencia a cualquier or-

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> Según Ferrajoli, los derechos fundamentales sancionados en las Constituciones se convierten en los grandes límites, o utilizando las palabras de Ferrajoli, en “fuentes de invalidación y deslegitimación más que de legitimación”. El Estado de derecho resultante, ya no usa a la Constitución como garantía de los derechos fundamentales, sino que el propio Estado de derecho se transforma en el mecanismo para garantizar el imperio de la Constitución y con ella, de los derechos fundamentales expresados entre sus contenidos. Es decir, se altera el orden de la ecuación original: en lugar de entronizar a la Constitución como garantía, el Estado de derecho se convierte en el garante de la Constitución y ésta, prácticamente, en un fin en sí mismo. Ferrajoli, Luigi, “Sobre la definición de «democracia». Una discusión con Michelangelo Bovero”, *Isonomía*, 19, octubre de 2003, pp. 227-240.

<sup>9</sup> Ferrajoli, *Razones jurídicas...*, *cit.*, p. 100.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>11</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel *et al.*, *op. cit.*, pp. 187-204.

denamiento en el que los poderes públicos estén conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos establecidos, con independencia de los contenidos sustantivos), para desembocar luego en el Estado de derecho como modelo sustantivo (designando a aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están sujetos a la ley, no sólo en lo relativo a las formas sino también a los contenidos).<sup>12</sup>

### III. ¿UN NUEVO MODELO DE ESTADO DE DERECHO?

Frente al panorama descrito, Ferrajoli señala que en el ámbito europeo actual se promueve una integración jurídica e institucional, complemento de la integración económica y política que es irreversible para los países de la Unión.<sup>13</sup> El caso europeo constituye,

... un tercer cambio de paradigma: después del derecho jurisprudencial, el Estado legislativo de derecho y el Estado constitucional de derecho, un cuarto modelo, el orden constitucional de derecho ampliado al plano supranacional, que ya no tiene nada del viejo Estado, y sin embargo, conserva de él las formas y las garantías constitucionales.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Sobre los modelos de evolución histórica del Estado de derecho se puede ver, entre otros: Díaz, Elías, “Estado de derecho...”, *op. cit.*; Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, 1996; Nonet, Philippe y Selznick, Philip, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New Jersey, Transaction Publishers, 1978, 2007. Sobre las distintas definiciones de Estado de derecho, en perspectiva comparada, destaca el trabajo de De Asís, *op. cit.*

<sup>13</sup> En este sentido, un paso fundamental en la construcción del Estado de derecho europeo fue el Tratado de Niza aprobado el 7 de diciembre de 2000. Sin embargo, Ferrajoli objeta que dicho tratado no fue suficiente para rediseñar el ordenamiento europeo según las formas del Estado constitucional de derecho. Faltaría para ello una Constitución comprensiva de todos los principios y derechos fundamentales sancionados en las constituciones nacionales, además de una refundación de los poderes de la Unión, basada no sólo en el principio de división de poderes, sino en una clara distribución de competencias entre las instituciones europeas y las instituciones de los Estados, según el modelo federal. En este sentido, el Tratado de Lisboa, aprobado finalmente el 2 de octubre de 2009, constituye un paso muy significativo en esta materia. Con esta última aprobación, seguramente se podrán pasos más firmes para la integración normativa e institucional de la Unión.

<sup>14</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro...”, *cit.*, p. 201.

¿En qué medida es posible replicar el camino de la Unión Europea en otras instancias internacionales? Procesos similares ya fueron diseñados, por ejemplo, en la Carta de las Naciones Unidas y en múltiples convenciones y tratados internacionales de derechos humanos. Más aún, la Carta de 1945, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, los dos pactos internacionales sobre los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de 1966, constituyen en conjunto, “una suerte de Constitución embrionaria del mundo”. Bajo su auspicio, el derecho internacional pasó de ser un sistema basado en Estados “ilimitadamente soberanos” (instituido por la Paz de Westfalia, en 1648), construido sobre las relaciones de fuerza, a convertirse en un ordenamiento supra-estatal fundado en la prohibición de la guerra y en la defensa de los derechos humanos, límites y vínculos de la acción estatal y, por ello, límites y vínculos del Estado de derecho internacional.<sup>15</sup>

Sin embargo, estos fines han sido bloqueados, cuando no desmentidos, no sólo por la proliferación de conflictos internacionales, sino por “el aumento de las desigualdades y por la rígida clausura de nuestras fortalezas democráticas ante la presión de las masas crecientes de excluidos sobre nuestras fronteras”.<sup>16</sup>

Tanto la Carta de 1945 y la Declaración de 1948,

Prometen paz, seguridad, garantías de libertad fundamentales y de los derechos sociales para todos los habitantes del planeta. Pero faltan totalmente las que podríamos llamar sus leyes de actuación, es decir, las garantías de los derechos proclamados: la estipulación de las prohibiciones y de las obligaciones que les corresponden y la justiciabilidad de sus violaciones. Es como si un ordenamiento estatal estuviera compuesto solamente por su Constitución y por unas pocas instituciones privadas de poderes. El ordenamiento internacional no es otra cosa más que eso: está privado, en otras palabras, de instituciones de garantía. Brevemente, es un conjunto de promesas no cumplidas.<sup>17</sup>

Por lo tanto, la idea de Ferrajoli es que más que instituciones de gobierno, el sistema internacional carece de instituciones de garantía, básicamente: de la paz impuesta por la prohibición de las guerras, y de

<sup>15</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 305.

<sup>16</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro...”, *cit.*, p. 201.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 227 y 228.

los derechos humanos “en sustitución y si es necesario incluso en contra de los Estados”.<sup>18</sup> A fin de lograr estos objetivos, Ferrajoli pugna por la construcción y el refuerzo de una esfera pública internacional, por ésta entiende “el conjunto de las instituciones y de las funciones que están destinadas a la tutela de intereses generales, como la paz, la seguridad y los derechos fundamentales y que forman por tanto el espacio y el presupuesto tanto de la política como de la democracia”.<sup>19</sup>

Justamente, la falta de una esfera pública internacional se traduce en la falta de reglas, de límites y vínculos que garanticen la paz y los derechos humanos frente a los poderes transnacionales tanto públicos como privados, que destronaron a los poderes estatales o se sustrajeron a su gobierno y control.

Entonces, para proteger la paz, en primer lugar, cualquier guerra debería ser declarada como “crimen de derecho internacional” y ser “fèrreamente rechazada como medio de solución de las controversias internacionales”.<sup>20</sup> Luego habría que avanzar si no en un desarme generalizado, por lo menos hacia un desarme de los sujetos privados, a través de convenciones internacionales estrictas sobre la prohibición de la producción, del comercio y de la portación de armas. Esta medida, además, podría actuar contra el terrorismo y la criminalidad, además de las guerras.

También cabría crear una policía internacional, bajo la dirección estratégica del “Comité de Estado Mayor”, previsto en el artículo 47 de la Carta de la ONU. De esta manera se establecería un monopolio de la violencia internacional bajo la dirección de las Naciones Unidas.

En el ámbito de los derechos humanos, se impone la creación de instituciones internacionales de garantía. En este sentido, la puesta en funcionamiento de la Corte Penal Internacional, el 1o. de julio de 2002, fue un paso significativo sobre el que se debe seguir avanzando.

Por otra parte, se debería reformar el estatuto de la Corte Internacional de Justicia para hacer justiciables las violaciones del derecho y de los derechos humanos llevadas a cabo por los Estados. Para ello, deberían producirse cuatro innovaciones en el Estatuto de la Corte Internacional. En primer lugar, la extensión de su competencia no sólo a las controver-

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>20</sup> Ferrajoli, *Razones jurídicas...*, cit., p. 85.

sias entre Estados sino también a juicios de responsabilidad en materia de guerra, amenazas a la paz y violaciones de derechos humanos. En segundo lugar, el establecimiento de su jurisdicción con carácter obligatorio. En tercer lugar, admitir el derecho de las personas o al menos de las ONG que defienden los derechos humanos, para actuar ante la Corte, ya que las personas son los titulares de los derechos humanos habitualmente violados por los Estados. En cuarto lugar, el establecimiento de la responsabilidad personal de los gobernantes por los crímenes de derecho internacional.<sup>21</sup>

Pero aun cabría introducir otras instituciones de protección de los derechos sociales, de tutela del medio ambiente, la introducción de una fiscalidad internacional orientada a generar los recursos necesarios para sostener a las instituciones de garantía, etcétera.

De tal forma, “la perspectiva de una extensión a las relaciones internacionales del paradigma del Estado constitucional de derecho —en breve, de la construcción de una esfera pública mundial— es hoy el principal desafío...”.<sup>22</sup>

Este Estado de derecho internacional debería superar al actual “gobierno mundial” ejercido por los cinco países que integran el Consejo de Seguridad de la ONU, y dar lugar a una democracia internacional, acorde con el anterior, y estructurada en los principios de solidaridad y autogobierno, “en una perspectiva mundial a la vez global y policéntrica”.<sup>23</sup>

#### IV. ALGUNAS IDEAS PARA DEBATIR SOBRE LA VISIÓN DE FERRAJOLI

Las ideas desarrolladas por Ferrajoli respecto del Estado de derecho internacional presentan una serie de interrogantes profundos, ante las características del régimen que actualmente impera en el mundo. En efecto, si consideramos al régimen internacional básicamente como un conjunto de instituciones y procedimientos establecidos para la toma de decisiones por parte de los actores internacionales, se impone una primera pregunta ¿dicho sistema es compatible con los imperativos del Estado de derecho?

El sistema surgido con la Carta de San Francisco en 1945 no buscó establecer un Estado de derecho entre Estados soberanos y demás suje-

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 86 y 87.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 233.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 82.

tos de derecho internacional, sino que se orientó a crear un orden legal que garantizara el predominio de los ganadores de la Segunda Guerra, a través de la capacidad de veto de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. De tal forma, mientras que los cinco grandes protegieron su seguridad a través del Consejo, dominaron las relaciones con los demás Estados a través de la ONU y del derecho internacional.

Este sistema dejó entrever de inmediato algunos de sus puntos débiles. Entre ellos, la falta de obligación de utilizar la ley y los medios de resolución pacífica de controversias en la solución de los conflictos internacionales; la ausencia de sanciones obligatorias a quienes violan la legalidad internacional; el propio carácter de muchas normas del derecho internacional, que permite a ciertas naciones un control discrecional sobre asuntos que realmente afectan a los intereses de otras naciones; las dificultades para impulsar cambios a través de medios legales en el marco jurídico para hacer frente a un mundo que cambia cada vez más rápido, etcétera. Estas limitaciones cuestionan los alcances de un posible Estado de derecho internacional.

Para darle orden a la exposición y someter a un análisis lógico alguna de estas cuestiones, seguiremos entonces lo que el propio Ferrajoli asume como las consecuencias directas del Estado constitucional de derecho, en este caso, aplicado al ámbito internacional. Según el autor, dicho modelo supone “un cambio revolucionario del paradigma del derecho y, conjuntamente, de la jurisdicción, de la ciencia jurídica y de la misma democracia...” (véase el punto 1).<sup>24</sup>

Así, en primer lugar, abordaremos la relación existente entre el Estado de derecho internacional y los contenidos sustantivos representados por la paz y los derechos humanos; en segundo lugar, analizaremos el papel de la jurisdicción internacional y de los jueces como garantes del Estado de derecho internacional; en tercer lugar, indagaremos cuáles son las técnicas garantistas que pueden asegurar mejor el respeto de los derechos humanos; en cuarto lugar, avanzaremos en la posibilidad de construir una democracia internacional en la que los contenidos sustantivos comprometan a todos los actores en el respeto del derecho internacional, especialmente en el de los derechos humanos; finalmente, abordaremos la relación entre política y derecho en este nuevo contexto. Veámoslo a detalle.

<sup>24</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, cit., p. 31.

### 1. *El Estado de derecho internacional ¿sustancial o procedimental?*

El primer problema que se presenta al querer asimilar el Estado de derecho internacional con el Estado constitucional de derecho es cómo aplicar y garantizar los valores que guían su actuación a los diferentes contextos políticos, económicos, culturales, religiosos e incluso jurídicos que integran la realidad internacional. No es que el sistema internacional carezca de un documento, o de documentos que puedan ejercer el papel de una Constitución. Como mencionamos, Ferrajoli considera a la Carta de la ONU de 1945 y la Declaración de Derechos de 1948, junto con los dos pactos de derechos de 1966 (que constituyen lo que algunos han dado en llamar el *Bill of Rights* del derecho internacional<sup>25</sup>), como una “Constitución embrionaria”.<sup>26</sup>

Sin embargo, el desafío está representado por la necesidad de aplicar el Estado de derecho internacional a diferentes realidades y contextos.

Una prueba evidente de este hecho es que se tardó casi 10 años en conseguir el número de ratificaciones que exigían los pactos de 1966 para entrar en vigencia. Esto indica una cierta cautela por parte de los Estados al pasar de la aceptación de principios generales a las disposiciones de tratados específicos, lo que podría limitar su libertad de acción o elección en política exterior e interior, o lo que habían sido cuestiones domésticas antes del desarrollo de la normativa internacional.<sup>27</sup>

Por lo tanto, y siguiendo una vía antagónica a la propuesta por Ferrajoli, algunos autores, como Chesterman, se inclinan por la promoción de una concepción formal, no sustantiva, del Estado de derecho internacional.

Para concebir el Estado de derecho de una manera coherente en los diferentes contextos en los cuales es invocado, se requiere de un acuerdo formal y minimalista, que no trate de incluir resultados políticos sustanti-

<sup>25</sup> Forsythe, David, *Human Rights in International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000-2007, p. 41.

<sup>26</sup> En este sentido, existe un debate acerca del carácter jurídico de la Declaración de 1948. Como se recordará, Kelsen es tal vez la opinión más famosa al respecto, al afirmar que la Declaración expone principios generales, de gran autoridad moral, más no jurídica. Otros hablan de *soft law*. Sobre el tema se puede consultar: Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, New Jersey, The Lawbook Exchange, 1950-2008; Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984-2005.

<sup>27</sup> Forsythe, David, *Human Rights...*, *cit.*, p. 41.

vos —como la democracia, la promoción de ciertos derechos humanos, la justicia redistributiva o el *laissez-faire*, y así sucesivamente— en su definición.<sup>28</sup>

Ferrajoli, refiriéndose al caso europeo, contesta este tipo de objeciones a través de dos argumentos. Primero, Inglaterra en el siglo XVII o Italia en el XIX no exhibían una homogeneidad social mayor que la que hoy se observa entre los países de Europa, o incluso entre los distintos continentes; sin embargo, existe una interacción entre sentido de pertenencia e instituciones jurídicas. “La percepción de los otros como iguales y asociados se funda en la igualdad de derechos como garantía de todas las diferencias de identidad personal”.<sup>29</sup> Segundo, las Constituciones son pactos de convivencia, más necesarios y justificables cuanto más heterogénea es la diversidad política, cultural y social que deben garantizar.<sup>30</sup> Por lo tanto, en un mundo plural, la propia heterogeneidad debe ser a la vez desafío e impulso en la creación de un Estado de derecho internacional.

Sin embargo, debemos recordar que más allá de las diferencias locales, en Inglaterra o Italia existía un Estado, o élites, implicado en lograr una unificación nacional. Incluso puede decirse algo similar a nivel europeo actual. Sin embargo, en el plano internacional es muy arriesgado avanzar una hipótesis similar. A esto se agrega el hecho de que la Constitución como pacto de convivencia adquiere relevancia en contextos plurales cuando las partes perciben las ventajas y los beneficios concretos de integrarse a un orden político mayor. Posiblemente en la actualidad, muchos países del mundo no perciben tales ventajas de su incorporación al orden dominante.

Llegados a este punto, se genera entonces el problema de los contenidos sustantivos que deberían animar al Estado de derecho internacional. Ciertamente, como se ha mencionado, el derecho internacional de los derechos humanos, junto con el derecho humanitario y el derecho penal internacional, constituyen la base de normas sustantivas que conforman el orden público internacional. Algunas de esas normas poseen carácter imperativo: son normas de *jus cogens*.

<sup>28</sup> Chesterman, Simon, “An International Rule of Law?”, *American Journal of Comparative Law*, 2008, 56, p. 3.

<sup>29</sup> Ferrajoli, *Razones jurídicas...*, *cit.*, p. 108.

<sup>30</sup> *Idem*.

En efecto, el *jus cogens*, esto es, las normas imperativas de derecho internacional general, se halla en la cúspide de las fuentes normativas, no sólo por su contenido, sino por su carácter inderogable. Constituye derecho “coactivo, compulsorio, imperativo, absoluto, perentorio, terminante, inderogable, inmutable en esencia, pleno, que protege bienes sociales fundamentales de una comunidad dada... todas las normas de *jus cogens* son obligaciones *erga omnes*...”.<sup>31</sup>

Este hecho resulta relevante puesto que la propia ONU y su personal tradicionalmente no se consideraron parte de los tratados de derechos humanos realizados bajo su auspicio. Esta postura refleja la posición tradicional de que sólo los Estados entran en la órbita de dichos tratados, opinión apoyada por el hecho de que son los Estados quienes violan o protegen los derechos humanos, especialmente. Pero como las Naciones Unidas han asumido de forma incremental funciones propias de los Estados, incluyendo la administración de territorios nacionales, la cuestión de si Naciones Unidas tiene la obligación de acatar las normas básicas referidas a los derechos humanos se ha vuelto cada vez más apremiante. Así lo entendió el Tribunal Europeo de Primera Instancia, al declarar que las decisiones del Consejo de Seguridad, en virtud de la cláusula de supremacía de la Carta de la ONU, se ve limitado sólo por las normas de *jus cogens*.<sup>32</sup> Éste es uno de los pocos casos en que un tribunal revisó, indirectamente, la validez de una acción del Consejo de Seguridad.<sup>33</sup>

Este hecho introduce un matiz interesante, porque aun adoptando una postura minimalista sobre el Estado de derecho internacional, no se puede desconocer el hecho de que existen contenidos sustantivos de observancia inexcusable por los actores internacionales (*jus cogens*), incluyendo a la propia ONU y a su personal. Al respecto, vale considerar, a pesar de su extensión, la opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que señala:

<sup>31</sup> Dnras de Clément, Zlata, “Las normas imperativas del Derecho Internacional general (*jus cogens*). Dimensión substancial”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, tomado el 3 de abril de 2010 de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artiuscogens>, pp. 12 y 13.

<sup>32</sup> Se suele establecer como una de las bases jurídicas del *jus cogens* el artículo 53 de la Convención de Viena y el artículo 38, numerales 2 y 3, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

<sup>33</sup> Chesterman, Simon, “Unaccountable? The United Nations, Emergency Powers, and the Rule of Law in Asia”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 42, 2009, p. 14.

277. No obstante, *el Tribunal de Primera Instancia está facultado para controlar, de modo incidental, la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas desde el punto de vista del ius cogens, entendido como un orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna.*

...

279. Por lo demás, *la propia Carta de las Naciones Unidas parte del presupuesto de la existencia de unos principios imperativos de Derecho internacional, entre ellos el de protección de los derechos fundamentales de la persona.* En el Preámbulo de la Carta, los pueblos de las Naciones Unidas se declaran así resueltos “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”. El capítulo primero de la Carta, titulado “Propósitos y principios”, muestra además que uno de los Propósitos de las Naciones Unidas consiste en estimular el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

280. *Dichos principios obligan tanto a los miembros de las Naciones Unidas como a los órganos de la misma.* Así, según el artículo 24, apartado 2, de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad, en el desempeño de las funciones que le impone su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, debe proceder «de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas». Los poderes sancionadores de que dispone el Consejo de Seguridad en el ejercicio de dicha responsabilidad deben utilizarse por tanto respetando el Derecho internacional, y en particular los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas.

281. *El Derecho internacional permite considerar, pues, que existe un límite al principio de la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad: tales resoluciones deben respetar las normas perentorias fundamentales del ius cogens. En caso contrario, por improbable que sea dicho supuesto, no vincularían a los Estados miembros de la ONU ni, por lo tanto, a la Comunidad.*<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia del Tribunal de primera instancia, sala segunda ampliada, 21 de septiembre de 2005, Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, Asunto T-306/01, tomado el 12 de abril de 2010 de: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&numaff=T306/01&nomusuel=&docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoor=docnoor&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher>

Ahora bien, llegados a este punto se impone una nueva pregunta ¿cuáles son los principios básicos contenidos o amparados por el *jus cogens*?

Como es conocido, el tema ha dado lugar a un debate inacabado entre los propios expertos.<sup>35</sup> Recordemos que el representante del Reino Unido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Ian Sinclair, entendió que no era aconsejable dejar librado el contenido del *jus cogens* a la práctica estatal ni a la jurisprudencia de los tribunales internacionales, por lo que propuso “a) la incorporación de una lista exhaustiva de normas de *jus cogens*; b) la inclusión de una lista ejemplificativa de normas imperativas; c) la indicación de un medio o criterio para su determinación”.<sup>36</sup>

Ferrajoli mantiene sobre el tema una postura amplia, consistente con su visión. Afirma entonces,

... la Declaración de 1948 y luego los otros pactos y disposiciones en materia de derechos son *ius cogens*, esto es, derecho inmediatamente vinculante para los Estados miembros. Se trata de una limitación no sólo negativa, como la que encierra la prohibición de la guerra, sino también positiva, en el sentido de que los Estados miembros se encuentran vinculados por ella a la tutela de los derechos fundamentales, es decir, de las necesidades e intereses primarios de las personas y los pueblos: el derecho a la vida, las libertades políticas y civiles fundamentales, el *habeas corpus* y la inmunidad frente a la tortura y a los tratos inhumanos y arbitrarios, pero también los derechos económicos y sociales, el derecho a la autodeterminación y el derecho al desarrollo.<sup>37</sup>

En este sentido, la visión amplia sustentada por Ferrajoli es difícil de sostener en la medida en que, como ya adelantamos, el propio autor admite la falta de mecanismos garantistas que aseguren una tutela efectiva de tales derechos.

Por contraposición con la postura de Ferrajoli, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su artículo 5o., contempla como crímenes some-

<sup>35</sup> Un trabajo que integra los debates sobre el tema es el de Drnas de Clément, Zlata, *op. cit.* También: Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1988; Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid, Tecnos, 1997.

<sup>36</sup> Drnas de Clément, Zlata, *op. cit.*, p. 15.

<sup>37</sup> Ferrajoli, *Razones jurídicas...*, *cit.*, p. 83.

tidos a su competencia (que pueden ser interpretados bajo las normas del *jus cogens*),<sup>38</sup> a las siguientes cuestiones:

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.

Algunos interpretan que, de esta forma, la Corte se mantiene dentro del “núcleo duro” de normas de *jus cogens* porque tales crímenes han generado un amplio consenso internacional sobre su carácter.<sup>39</sup> Al mismo tiempo, la propia Corte, aun con sus limitaciones (como veremos a continuación), se constituye en la garantía de tales derechos, por lo que se asegura una mayor protección de los mismos.

Siguiendo con la idea de Estado de derecho internacional como Estado constitucional de derecho, éstos son los principios que estarían “blinda-

<sup>38</sup> Dnas de Clément presenta, aunque en versión más desarrollada, un listado muy similar al contenido en el artículo 5o., realizado a partir de los ejemplos establecidos en el Proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, elaborado por la Comisión para el Derecho Internacional de la ONU en 1976 (artículo 19), junto con otros documentos internacionales. De tal forma, identifica los siguientes contenidos de *jus cogens*, “...la proscripción del recurso al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado o de cualquier forma incompatible con los propósitos de la Carta de la ONU, siendo su crimen correlativo la agresión; la proscripción del uso de la fuerza para el establecimiento o mantenimiento de una dominación colonial, siendo su crimen correlativo el sojuzgamiento colonial; la proscripción de las acciones tendentes a la destrucción de un grupo nacional, étnico, racial, religioso como tal, siendo su crimen correlativo el genocidio; la proscripción de llevar adelante un plan o política violatoria de las normas fundamentales del derecho de la guerra o la comisión a gran escala de ese tipo de violaciones, siendo su crimen correlativo el crimen de guerra; la proscripción de la realización de ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil que causen intencionalmente muertes o gran sufrimiento en esa población, siendo su crimen correlativo el crimen de lesa humanidad; la proscripción de la instauración o mantenimiento de la dominación y opresión sistemática de un grupo racial sobre otro, siendo su crimen correlativo el apartheid; la proscripción de la cosificación y comercialización de seres humanos, siendo su crimen correlativo la esclavitud; la proscripción de la contaminación masiva, deliberada de la atmósfera y de los mares”. Es decir, el artículo 5o. del Estatuto retoma de forma puntual los antecedentes en la materia. Dnas de Clément, Zlata, *op. cit.*, p. 15

<sup>39</sup> Dnas de Clément, Zlata, *op. cit.*

dos” en el derecho internacional. Los demás principios quedan abiertos al debate y a la voluntad de las partes actuantes, o sustentantes de tratados específicos. Incluso dada la falta de garantías efectivas de algunas normas de *jus cogens*, evidentemente estamos frente a un largo camino por recorrer aún.

En síntesis, tal como afirma Ferrajoli, el Estado de derecho internacional efectivamente posee contenidos sustantivos ineludibles, que no pueden ser desconocidos aun en las definiciones más acotadas. El tema, entonces, se orienta a encontrar formas eficaces para tutelarlos de forma efectiva.

## 2. *El papel de los jueces en el Estado de derecho internacional*

En el punto anterior vimos como, más allá del debate que pueda surgir en torno a los contenidos sustantivos que deben animar al Estado de derecho internacional, dichos contenidos se resuelven en un punto irreductible: las normas de *jus cogens*. Ése es el *sine qua non* que anima al derecho internacional.

En el caso del Estado constitucional de derecho, se deposita la última defensa de los contenidos sustantivos en la figura del juez constitucional, auténtico guardián de los derechos fundamentales, el que posee incluso la atribución de dejar sin efecto la legislación aprobada por el parlamento democrático.

Sin embargo, esta figura es desconocida en el sistema internacional. Más aún, como sabemos, el fundamento de la jurisdicción internacional, a consecuencia de la soberanía de los Estados, se basa en el consentimiento de las partes. En este caso, los Estados, ya sea en arreglos judiciales o arbitrales.

De tal forma, la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia puede resultar con base en un tratado que así lo prevea, así como a la adhesión a la cláusula facultativa, la cual sólo surte efecto para el Estado que aceptó tal obligación y dentro de los límites de la misma, tal como surge del artículo 36 del Estatuto de la Corte. Para tal efecto, su actuación jurisdiccional se desarrolla en las cuestiones previstas en la Carta de la ONU, los litigios que los Estados le sometan a su consideración, y los asuntos previstos en los tratados en los cuales alguna de las partes solicite su intervención. Este carácter altamente consensual de la jurisdicción interna-

cional presenta un desafío y una seria limitación a la idea de Estado de derecho internacional.

Asimismo, es cierto que la creación de la Corte Penal Internacional representa un nuevo avance en la materia. No obstante, miembros destacados del sistema internacional se negaron a firmar el Estatuto, por lo que los alcances de la Corte, nuevamente, se ven severamente cuestionados.<sup>40</sup> La misma podrá ejercer “funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte o por nacionales de este y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado” (artículo 4o.). Asimismo, la Corte también puede ejercer su competencia si el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite el caso al fiscal (artículo 13).

A diferencia de la Corte Internacional, la Corte Penal sí actúa sobre personas,<sup>41</sup> “respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional” (artículo 1o.), tal como figuran en el ya citado artículo 5o. del Estatuto.

En cuanto a la relación entre jurisdicción estatal e internacional, la misma se resolvió de acuerdo al principio de complementariedad sancionado en los artículos 1o. y 15. Así, la jurisdicción internacional interviene en los casos de crímenes de lesa humanidad sobre los que tiene competencia en caso de no intervenir las jurisdicciones estatales, o éstas no estén en condiciones de hacerlo, siendo la propia Corte quién decide sobre la voluntad y la aptitud del Estado en cuestión.

De todas formas, sigue existiendo una serie de limitaciones sobre la capacidad de actuación de la Corte. Un buen ejemplo de esto es la rela-

<sup>40</sup> Por ejemplo, sobre la negativa de Estados Unidos a firmar y ratificar el Estatuto de Roma, se puede consultar: Murphy, John, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004-2007. Igualmente, Ferrajoli formula una crítica dura contra la negativa de estados e Israel a suscribir el Estatuto de Roma de 1998. Al respecto, Ferrajoli, *Razones jurídicas...*, cit., pp. 110-113.

<sup>41</sup> Como argumentan Canchola y Martínez Ruiz, existe una tendencia en el derecho internacional, a considerar al individuo como sujeto, lo cual podría parecer una “verdad de Perogrullo, considerando que es el individuo el actor último de la comisión de crímenes de lesa humanidad”, en el ámbito particular del derecho penal internacional. Sin embargo, es una tendencia que se ha consolidado en épocas relativamente recientes. Canchola, Ulises y Martínez Ruiz, Alonso, “La competencia de la Corte Penal Internacional”, en Guevara, José y Dal Maso, Tarciso (comps.), *La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2005, p. 49.

ción compleja que existe con el Consejo de Seguridad de la ONU. Por un lado, el Consejo puede remitir al fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes señalados en el artículo 5o. (artículo 13, b); pero también el Consejo puede limitar temporalmente la actuación de la Corte, como la señalada en el artículo 16:

En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

Se advierte, nuevamente, la posición dominante del Consejo de Seguridad respecto de la Corte, lo que en términos de Ferrajoli puede ser interpretado en el sentido que estamos frente a un “gobierno mundial” (el del Consejo de Seguridad) y no en una “democracia internacional”.<sup>42</sup>

Como señala García Ramírez, el Estatuto de Roma “formalizó un compromiso entre lo deseable y lo posible”. De forma tal que, “esta no es la hora del optimismo. Sin embargo, debe ser la del esfuerzo. Y en ambos sentidos cobra presencia y urgencia la idea de una jurisdicción penal internacional”.<sup>43</sup>

Sin embargo, y pese a todas las objeciones que puedan ser argumentadas, hay aportaciones positivas que merecen ser destacadas, ya que se ha creado una jurisdicción penal internacional permanente y no temporal, como en el caso de la ex Yugoslavia o Ruanda; a través del principio de complementariedad se respeta la jurisdicción nacional cuando así corresponda; se amplió la lista de delitos de lesa humanidad sobre los que actúa la Corte, aunque aún hay mucho por avanzar en la materia; el Estatuto de Roma muestra un camino para seguir transitando en la articulación de los diferentes sistemas jurídicos del mundo; la jurisdicción penal internacional reduce la imposición de soluciones unilaterales o violentas, al tiempo

<sup>42</sup> Ferrajoli, *Razones jurídicas...*, cit., pp. 81-89.

<sup>43</sup> García Ramírez, Sergio, “Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales”, en Moreno Hernández, Moisés (coord.), *El Estatuto de Roma. El Estatuto de Roma de la Corte penal Internacional y sus implicaciones en el derecho nacional de los países latinoamericanos*, México, CEPOLCRIM-Max Planck Gesellschaft-ULSA, 2004, p. 115.

que limita la impunidad de los crímenes más terribles; promueve el respeto y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, entre otras cuestiones.<sup>44</sup>

Sin embargo, en la medida en que los tribunales constituyen en el modelo propuesto por Ferrajoli las “garantías secundarias” de los derechos, esto es, las instituciones capaces de reparar o de sancionar las violaciones a los mismos, el Estado de derecho internacional presenta un serio desafío al no poder garantizar de manera eficaz los contenidos que él mismo instituye.

### 3. *El Estado de derecho internacional como Estado garantista*

Desde el punto de vista de la justiciabilidad de los derechos humanos, el Estado de derecho internacional se enfrenta, en la visión de Ferrajoli, a un desafío importante, ¿cómo establecer garantías eficaces que protejan y reparen, en casos de violaciones, a la paz y a los derechos humanos?

Ferrajoli va más allá y señala,

Es como si un ordenamiento estatal estuviera compuesto solamente por su Constitución y por unas pocas instituciones privadas de poderes. El ordenamiento internacional no es otra cosa más que eso: está privado, en otras palabras, de instituciones de garantía. Brevemente, es un conjunto de promesas no cumplidas.<sup>45</sup>

Sin embargo, la idea garantista debe resaltarse, porque si hay algo que puede aportar un Estado de derecho internacional al sistema internacional es una mayor protección a los derechos fundamentales reconocidos por los Estados nacionales, cuando la debilidad de éstos, cuando gobiernos poco democráticos, o cuando a pesar de las buenas intenciones, se cometen violaciones puntuales y los derechos de los ciudadanos resultan avasallados.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 118. También, Eser, Albin, “En el camino hacia una Corte Penal Internacional: formación y estructura del Estatuto de Roma”, en Moreno Hernández, Moisés (coord.), *op. cit.*, pp. 95-97.

<sup>45</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro...”, *cit.*, pp. 227 y 228.

Como señala Becerra,<sup>46</sup> es cierto que en muchos casos existe un cumplimiento espontáneo y de buena fe por parte de los sujetos de derecho internacional de los tratados en materia de derechos humanos. Cuando la buena fe muestra sus límites, el orden público internacional establece mecanismos que obligan forzosamente a su cumplimiento.

En este sentido, se ha desarrollado una serie de mecanismos de control del cumplimiento de los tratados (como la presentación de informes periódicos por parte de la autoridad, las encuestas, las inspecciones *in situ*, etcétera) que complementan las medidas preventivas. En este marco juegan un papel fundamental, junto a los organismos internacionales, las propias ONG y los movimientos sociales. Se conforma así lo que Ferrajoli llama esfera pública internacional.

Un buen ejemplo de este sistema de mecanismos está presente en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, “eje fundamental del sistema de protección de derechos humanos en la actualidad”.<sup>47</sup> El Pacto establece un comité con funciones obligatorias y facultativas en la protección de los derechos que contiene.<sup>48</sup>

Por su parte, para controlar el cumplimiento de los derechos contenidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General también en 1966, se establece un sistema de informes periódicos, acerca de las medidas adoptadas por cada una de las partes. Así, los Estados presentan sus informes ante el secretario general, quien los transmite al Consejo Económico y Social. A su vez, éste puede presentar a la Asamblea General informes con recomendaciones de carácter general. El problema en este caso con los informes es que “los Estados que tienen la obligación de rendirlos en muchos casos los «maquillan», o bien no les otorgan mucha importancia”.<sup>49</sup>

Por lo tanto, distintos tratados nos muestran mecanismos más o menos eficaces a la hora de garantizar su observancia. Se recomienda entonces

<sup>46</sup> Becerra Ramírez, Manuel, “Control de cumplimiento de los tratados Internacionales en materia de derechos humanos”, en Brena Sesma, Ingrid y Teboul, Gérard (coords.), *Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética. Experiencias y expectativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 73-94.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>48</sup> Para analizar las funciones, la estructura y el actuar del comité véase especialmente la Parte IV, artículos 28 a 45 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966.

<sup>49</sup> Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, p. 84.

que los sistemas de control mezclen diferentes mecanismos, tratando de que sean accesibles a los destinatarios de la protección, ya que, como sostiene Ferrajoli, la esfera pública internacional juega un papel muy activo en estos sistemas de monitoreo.<sup>50</sup>

En función de lo señalado, resulta evidente que los derechos fundamentales ya no se definen con base en una relación polar entre el Estado y los ciudadanos, sino que nos encaminamos hacia una relación tripartita, a donde las instancias supranacionales deben jugar un rol fundamental. De ahí que se haga necesaria la cooperación entre Estados para su protección y materialización efectiva. Sin embargo, la paradoja de este hecho reside en que para que el Estado se beneficie de dicha cooperación debe reconocer su carácter vinculante y su competencia. El resultado de este proceso es el refuerzo del individuo como sujeto de derecho internacional. Sólo así se puede garantizar una protección más acabada de los derechos fundamentales, razón de ser del Estado de derecho. Resta decir que, a pesar de los avances reseñados, también en este ámbito queda un larguísimo camino a recorrer.

#### 4. *¿Es posible una democracia internacional?*

##### *Los derechos humanos y el principio de igualdad*

Las ideas desarrolladas hasta el momento se relacionan de forma directa con una cuestión de máxima relevancia: la forma de integración de la comunidad jurídica internacional. La misma puede adoptar dos formas básicas: o bien se constituye como un gobierno mundial, o se organiza como una democracia internacional.<sup>51</sup>

Un gobierno mundial concentra la toma de decisiones en una cúspide, una elite internacional, no necesariamente democrática ni vinculada a límites garantistas. En cambio, una democracia internacional supone un régimen internacional de carácter democrático-representativo, sujeto a la función de garantizar la paz y los derechos humanos.<sup>52</sup> Evidentemente, el régimen internacional actual se acerca a un gobierno mundial, ya que la propia concepción, estructura y funciones del Consejo de Seguridad lo aleja de cualquier ideal democrático.

<sup>50</sup> Ferrajoli, *Razones jurídicas...*, cit., pp. 93 y 94.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 81 y ss.

<sup>52</sup> *Idem*.

Sin embargo, junto a la propia figura y el papel desempeñado por el Consejo de Seguridad, tema sobre el que existe ingente cantidad de literatura, se plantea la cuestión del propio estado jurídico de la ONU, instrumento de actuación e intervención del Consejo, en circunstancias variadas. Esto es, la inmunidad (y a veces impunidad) que el artículo 105 de la Carta garantiza al personal de la organización, especialmente en graves conflictos internacionales:

1. La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos. 2. Los representantes de los Miembros de la Organización y los funcionarios de ésta, gozarán asimismo de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización. 3. La Asamblea General podrá hacer recomendaciones con el objeto de determinar los pormenores de la aplicación de los párrafos 1 y 2 de este Artículo, o proponer convenciones a los Miembros de las Naciones Unidas con el mismo objeto.

Por ejemplo, tanto en Kosovo (1999), como en Timor Oriental (1999-2002), la ONU ejerció una responsabilidad directa en la administración de justicia, incluido el control de la policía y de los servicios penitenciarios. Este tipo de competencias ya habían sido desempeñadas en Bosnia-Herzegovina a través de la Oficina del Alto Representante a partir de 1996. Estas operaciones fueron llevadas a cabo por funcionarios internacionales que gozaban de inmunidad personal o funcional frente a los tribunales, no rendían cuentas a la población local a través de ninguna clase de proceso político, al tiempo que ejercían “toda la autoridad legislativa y ejecutiva... incluida la administración del poder judicial”.<sup>53</sup> Tales facultades, que recordaban a ocupaciones militares, se hacían cada vez más difíciles de justificar, “...los meses se convirtieron en años y la disyunción entre lo que los funcionarios internacionales decían y lo que hacían continuó”.<sup>54</sup>

Desde luego, esta inmunidad rompe con el principio de igualdad ante la ley, básico para cualquier noción de Estado de derecho. Más aún, en el punto IV.1 dábamos cuenta de un debate que incluye a la propia ONU. Decíamos entonces que la organización no es parte de los tratados que se

<sup>53</sup> Chesterman, Simon, *op. cit.*, p. 24.

<sup>54</sup> *Idem.*

realizan bajo su auspicio. Sin embargo, como la organización asume la administración de territorios nacionales, la cuestión de si la ONU tiene la obligación de acatar las normas relacionadas con los derechos humanos se volvió más compleja. El argumento de que las Naciones Unidas deberían estar obligados resulta evidente a la luz de los objetivos y de los principios de la Carta. Otro enfoque sostiene que la ONU tiene personalidad jurídica suficiente para ser limitada por el derecho consuetudinario internacional. Una tercera opinión enfatiza las actividades llevadas a cabo por la ONU, las que la asemejan a un Estado. Más allá de estas discrepancias, tal como señalamos, un Tribunal Europeo de Primera Instancia ha declarado que el Consejo de Seguridad debe acatar los principios de *jus cogens*.<sup>55</sup>

A las críticas que surgen de su inmunidad, se suman las denuncias sobre actos de lesa humanidad cometidos ante la mirada indiferente de las fuerzas de paz enviadas por la ONU a distintos sitios, sin que se hayan impuesto sanciones por la inacción ante tales crímenes. Como señala el Premio Pulitzer, Roy Gutman, a partir de la experiencia de Bihac (Bosnia),

La sola idea de que los Cascos Azules —los soldados buenos por antonomasia— miren para otro lado mientras se están cometiendo crímenes en su presencia puede equivaler, para el observador desprevenido, a la abdicación de una responsabilidad más importante que cualquier mandato de Naciones Unidas. Incluso sin conocer el contenido de los Convenios de Ginebra ni de otros tratados fundamentales del derecho internacional humanitario, el mero sentido común indica que ningún ciudadano del mundo moderno puede presenciar violaciones flagrantes de los derechos humanos sin investigar ni exigir que alguien ponga remedio a lo que está sucediendo. Sin embargo, las Naciones Unidas adoptan la perspectiva legalista según la cual los Cascos Azules no están sujetos a los Convenios de Ginebra. Es algo que averigüé mientras cubría los sucesos en Bihac.<sup>56</sup>

Por lo tanto, la estipulación sobre la inmunidad que goza la ONU y su personal, que encuentran su fundamento normativo en el artículo 105 de

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 27-30; Chesterman, Simon, *op. cit.*, p. 14.

<sup>56</sup> Gutman, Roy, “En el punto de mira: violaciones del derecho internacional humanitario-Cometido de los medios de comunicación”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 148, diciembre de 1998, tomado el 10 de abril de 2010, de <http://www.icrc.org/Web/Spa/sitespa0.nsf/html/5TDMNK>.

la Carta, debería ser revisada a profundidad, si la idea es establecer un Estado de derecho internacional de corte garantista basado en una democracia internacional. Más aún, cualquier intento por construir una democracia internacional debe contemplar no sólo la reestructuración del Consejo de Seguridad, sino que debe rehabilitar el papel de la ONU y someterla a la *accountability* de la comunidad internacional, ya que la organización no sólo es una institución jurídica internacional sino que además constituye también un orden jurídico supra-estatal.

Sin embargo, Ferrajoli reconoce que una reforma democrática de la ONU es “difícil e improbable”. A lo sumo, se podría ampliar el Consejo de Seguridad a otras grandes potencias, como Alemania y Japón, lo que acentuaría la tendencia a dejar el gobierno del mundo en manos de los países más ricos y poderosos.

Por lo tanto, una reforma democrática pasaría (más allá de su carácter utópico) por la supresión de la posición de privilegio del Consejo, tratando de restituir el principio de igualdad en la comunidad internacional; el refuerzo de los poderes de la Asamblea General; la generación de un espacio mayor para que se impliquen las organizaciones no gubernamentales y los movimientos de liberación en la vida de la ONU; finalmente, la institución de una segunda Asamblea, representativa de los pueblos y elegida ya sea por sufragio universal o por los parlamentos nacionales según cuotas proporcionales de población, la que complementaría a la Asamblea actual, representativa de los Estados.<sup>57</sup>

A estas transformaciones, agregamos la necesidad de que la ONU se someta a control, que rinda cuentas y sea transparente en cuanto a su actuación internacional y su funcionamiento interno, ante la comunidad internacional en un sentido amplio.

Estas iniciativas provocarían, como resultado final, el fortalecimiento de una esfera pública internacional orientada a promover y proteger valores de carácter general.

### *5. La influencia del derecho sobre la vida política de los Estados*

El último punto de nuestra reflexión es el que más cuestiona las ideas de Ferrajoli. El propio autor lo sabe y lo admite. Un Estado de derecho internacional de carácter garantista debería asegurar la preeminencia y

<sup>57</sup> Ferrajoli, *Razones jurídicas...*, cit., p. 88.

el respeto de los valores de la paz y de los derechos humanos por sobre las preferencias políticas de los Estados y sus gobiernos. Sin embargo, las guerras acaecidas en el mundo en las últimas décadas así como las reiteradas violaciones de derechos humanos, evidencian de manera dramática que los dos contenidos sustantivos rectores del orden internacional, la paz y los derechos humanos, “siguen siendo en gran parte promesas sobre el papel. Aunque válido y vinculante, el ordenamiento internacional carece de eficacia”.<sup>58</sup>

Estas violaciones sirven para insistir sobre la necesidad de avanzar en la construcción de un sistema de garantías eficaces en el orden jurídico internacional. Aquí es donde la obra de Ferrajoli presenta un costado fuertemente propositivo. Desde luego, se puede criticar no sólo el alto grado de idealismo que presenta su propuesta, así como algunas de sus sugerencias concretas. Lo que no puede negarse, sin embargo, es la coherencia que exhibe la misma, así como su congruencia con el pensamiento y los valores de su autor.

Si se consiguiera impulsar estas reformas, para avanzar en la construcción de un Estado de derecho efectivo, garantista y democrático, el mismo dejará su impronta sobre el proceso político, sometiendo a los actores políticos a controles procedimentales, legales y constitucionales más estrictos. Un efecto secundario de este cambio sería expandir la influencia de la ley y de los actores legales sobre los procesos políticos. En este sentido, el Estado de derecho es mucho más que exigir al gobierno que respete sus obligaciones legales. El Estado de derecho significa que la ley y las consideraciones legales comienzan a ser parte de los procesos políticos, compartiendo y limitando al mismo tiempo las decisiones políticas. En un Estado de derecho, los Estados evitan las políticas que contrarían la ley, no esperando para ello a perder las disputas en los tribunales. Al mismo tiempo, se puede utilizar al proceso legal para que las políticas públicas respondan a intereses cada vez más generales y universalistas.<sup>59</sup> Éste será uno de los efectos más significativos del Estado de derecho internacional.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>59</sup> Alter, Karen, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 109 y 208.

#### IV. PARA FINALIZAR

Una reflexión como la aquí propuesta, más que conclusiones sólidas, sólo puede finalizar con nuevas interrogantes y cuestionamientos de cara al futuro.

Sin embargo, más allá de su amplitud y de su carácter altamente normativo, en momentos en que la reflexión sobre el Estado de derecho internacional se encuentra en pleno desarrollo, una visión exigente como la que propone Ferrajoli resulta sumamente provocativa. En primer lugar nos cuestiona sobre el estado actual del sistema internacional y del derecho internacional. Si el Estado constitucional de derecho, tal como es conocido en el mundo a partir de la Constitución de Alemania de 1949, la de Italia de 1947, la Carta de San Francisco de 1945 y la Declaración de Derechos de 1948 es el producto de una lenta, progresiva y estratégica cadena de luchas y acontecimientos históricos, no podemos más que concluir que el Estado de derecho internacional se encuentra en una etapa inicial. ¿Podemos apurar etapas en este proceso? ¿Cómo agilizar la construcción de un Estado de derecho internacional efectivo? En todo caso, ¿cómo priorizar los distintos desafíos? ¿Por dónde comenzar?

En segundo lugar ¿cómo hacer para impulsar los cambios que requiere el sistema internacional, acercándolo así a un Estado de derecho internacional garantista y democrático? ¿Cómo empujar a los actores beneficiados por la Carta de San Francisco y por el orden internacional creado por ella para que renuncien a su hegemonía en aras de un sistema internacional más pacífico, igualitario y democrático? La magnitud de los intereses en juego y los propios valores de dichos actores, que lleva a algunos a desconocer incluso la jurisdicción de instituciones tan relevantes como la Corte Penal Internacional, supone un duro desafío en la construcción del Estado de derecho internacional y lo hace impensable a corto plazo.

En tercer lugar, ya como se mencionó, en cada punto de la exposición los desafíos que debe enfrentar la propuesta de Ferrajoli cuestionan seriamente su viabilidad. Entonces, ¿en dónde reside el valor de la propuesta? ¿Por qué insistir en una alternativa utópica con escasas posibilidades de aplicación?

Frente a estas preguntas, se pueden esgrimir dos respuestas. Por un lado, el solo hecho de posicionar al tema en la agenda académica internacional y generar un debate amplio sobre el Estado de derecho internacional constituyen un importante avance en la reflexión.

Por otra parte, y en contra de quienes acusan a su propuesta de idealista, como un signo de rendición o de aquiescencia frente a los violentos, Ferrajoli señala que “el pacifismo jurídico, es decir, la prohibición de la guerra y su lógica, es en la actualidad la única respuesta realista a la gravedad de los problemas globales y, más que nunca, a la explosión de terrorismo”.<sup>60</sup> El realismo normativo sustentado por Ferrajoli constituye el punto más fuerte de su propuesta. Luego de siglos de guerras y violencias que sólo sirvieron para generar sufrimiento, violaciones de los derechos humanos, resentimiento y, a la larga, más guerra y más violencia, resulta evidente que la paz es el único camino posible para generar una convivencia respetuosa entre las personas. Por lo tanto, quien escribe esto no puede dejar de adherirse a las palabras del autor en comento, cuando señala que,

... sólo la pérdida de la razón, generada por los miopes intereses de poder, puede hacer olvidar esta obviedad. Por eso, la batalla por la paz y sus garantías —del desarme generalizado al reforzamiento de las naciones Unidas— es hoy principalmente una batalla de la razón, que debe discurrir sobre todo en el plano cultural y que ciertamente puede encontrar apoyo en el creciente repudio de la guerra en la conciencia civil de la gran mayoría del género humano.<sup>61</sup>

Desde luego, tal como señala Ferrajoli, el aprecio de la paz y de los derechos fundamentales, tras siglos del dominio de una tradición bélica basada en la estatalidad supone un cambio cultural, a la par que de las instituciones internacionales. La pregunta principal que se impone, para concluir esta reflexión, es si la comunidad internacional está preparada para este cambio. En otras palabras, si el mundo actual aprecia la paz y los derechos humanos, y si está dispuesto a adherirse a ellos como valores rectores del Estado de derecho internacional, y no como meros derechos de papel.

Para finalizar, más allá de los reconocidos méritos que posee el destacado profesor italiano y su obra, las interrogantes generadas por Ferrajoli y la riqueza de sus puntos de vista constituyen un aporte fundamental al debate académico sobre el Estado de derecho internacional.

<sup>60</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, cit., p. 370.

<sup>61</sup> *Idem*.