

EL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL UNA APROXIMACIÓN CARTOGRÁFICA A SU DEFINICIÓN*

José RUIZ VALERIO

SUMARIO: I. *El Estado de derecho*. II. *La aparición del concepto de Estado de derecho internacional en el orden de posguerra*. III. *El Estado de derecho internacional*. IV. *Visiones formales sobre el Estado de derecho internacional*. V. *Visiones sustantivas sobre el Estado de derecho internacional*. VI. *¿Cómo usar la cartografía propuesta para guiarnos por la geografía del Estado de derecho internacional?* VII. *La importancia de los modelos*.

Desde mediados de la década de 1990, la Organización de las Naciones Unidas ha enfatizado como una de las causas rectoras de su acción la construcción de un Estado de derecho internacional. De inmediato comenzó a proliferar la bibliografía sobre el tema y se realizaron ingente cantidad de foros y encuentros académicos centrados en la problemática asociada. Gobiernos de distinto signo ideológico, e incluso de diferente cuño institucional (democráticos y autoritarios), no tardaron en identificarse con la cuestión, aunque por motivos muy disímiles. Ante la movilización generada por el Estado de derecho internacional, cabe realizar de inmediato algunas preguntas básicas. ¿Qué es el Estado de derecho internacional? ¿Cómo se define? ¿Cuáles son sus elementos constitutivos? ¿Existen diferentes posturas al respecto o se advierte un consenso extendido sobre el tema? ¿El Estado de derecho internacional es un valor en sí mismo o está ordenado a la consecución de otras metas y valores sociales? ¿Cuáles son estas metas y valores supraordenados

* Agradezco muy especialmente a los miembros del Seminario “Hacia un Estado de Derecho Internacional” por sus valiosos comentarios a las distintas versiones de este trabajo; a Gabriela de la Paz, por sus invaluable sugerencias y por su ayuda, siempre; a Carlos Dillmann, por su colaboración para revisar la versión final del capítulo.

al Estado de derecho internacional? ¿Por qué la preocupación sobre el tema aparece a mediados de los noventa y no en otro momento? ¿Qué circunstancias históricas y políticas condujeron a su aparición y entronización en el centro de la atención internacional? Éstas son algunas de las interrogantes que guían esta investigación

Sin embargo, nuestra tarea no está exenta de riesgos. Por tratarse de un objeto de reflexión y estudio relativamente nuevo, el Estado de derecho internacional y sus aspectos teóricos se encuentran en “suspensión”, en etapa exploratoria. Aún no han sedimentado en el ámbito académico. Por lo tanto, la literatura sobre el tema presenta un traslape de elementos donde análisis, crítica, ideología e ideales se combinan en distintas dosis, según los autores analizados.

Al mismo tiempo, la mayoría de los enfoques utilizan las categorías y elementos asociados con el Estado de derecho nacional para analizar al Estado de derecho internacional. Este hecho, fácilmente explicable, en la medida en que las experiencias nacionales, más antiguas desde el punto de vista histórico, marcaron la reflexión sobre el tema, generando asimismo una literatura amplia y profunda con la que los académicos están familiarizada en que las experiencias nacionales, más antiguas desde el punto de vista histórico, marcaron la reflexión sobre el tema, generando asimismo una literatura amplia y profunda con la que los académicos están familiarizados, nos enfrenta a un problema teórico en buena medida difícil de resolver. Como señala Chesterman, el problema que subyace a esta tendencia es la suposición acrítica de que los principios jurídicos internos pueden traducirse directamente a la esfera internacional. Así, no se tienen en cuenta las diferencias estructurales entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados, la organización horizontal de las entidades soberanas en oposición a la jerarquía vertical de los sujetos respecto del Estado, además de las diferencias de contexto histórico y político en que el Estado de derecho se fue desarrollando.¹

En refuerzo de esta cuestión, históricamente los profesionales del derecho asumieron la tarea de explicar los asuntos internacionales sobre el modelo de los estados nacionales, sometidos al Estado de derecho. Por lo tanto, interpretan a los tratados internacionales como si fuera “legislación”, desarrollando una teoría elástica y amplia del derecho consuetudinario, describiendo al Estado como un sistema de competencias, asignadas a través

¹ Chesterman, Simon, “An International Rule of law?”, *American Journal of Comparative Law* 56, 2008, pp. 331-361.

del orden legal. De tal manera, se fue desarrollando una cultura profesional respecto del derecho internacional, reforzada a través de la primera asociación de juristas (Institut de Droit International, y la International Law Association, en 1873), las revistas jurídicas, y la publicación de varios volúmenes centrados en las prácticas estatales bajo la forma de tratados legales sistemáticos.²

¿Cómo resolver este problema? Por un lado, resulta natural avanzar en la indagación de un objeto nuevo a partir de las categorías teóricas ya conocidas y, en buena medida, consolidadas dentro de la comunidad académica. Al mismo tiempo, si nos separamos de tales categorías, ¿a qué nuevos conceptos apelar? Desde luego, este hecho no debe ser tomado sólo como una traba, sino como un reto académico, motivando aún más la indagación en torno al Estado de derecho internacional. Sin embargo, en la medida en que los conceptos son redes a través de las que aprendemos el mundo, resulta evidente que, al menos en esta etapa cosmogónica, vemos al Estado de derecho internacional a través de las lentes del viejo Estado de derecho. Posiblemente a medida que nuestro trabajo se profundice, alcance claridad y precisión conceptual, se pueda avanzar entonces en el re-cambio conceptual o, directamente, en la creación de categorías propias asociadas al fenómeno. De momento, el riesgo está presente.

Teniendo esto en mente, el objetivo de este capítulo es analizar desde el punto de vista histórico y teórico el concepto de Estado de derecho internacional. Para ello, el capítulo adopta la siguiente estructura: en la primera parte se analiza el concepto de Estado de derecho. A continuación, se aborda el surgimiento histórico de la noción de Estado de derecho internacional en las relaciones internacionales contemporáneas. En la tercera parte se propone un ejercicio “cartográfico”, que permita ubicar distintas visiones teóricas sobre el Estado de derecho internacional. En la cuarta sección se analizan las notas definitorias de las visiones formales-procedimentales sobre el Estado de derecho internacional. En la quinta sección se realiza el mismo ejercicio con las miradas sustantivas sobre el Estado de derecho internacional. Luego se propone una pequeña reflexión acerca de cómo leer los modelos propuestos para, finalmente, proponer algunas reflexiones finales sobre el tema.

² Koskenniemi, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001-2002, pp. 361 y 362; Krasner, Stephen, “Think Again: Sovereignty”, *Foreign Affairs*, January, 2001, pp. 20-29.

I. EL ESTADO DE DERECHO

Desde sus orígenes, la intención que subyace al Estado de derecho es la de guiar, controlar y limitar el ejercicio del poder público a través de normas de carácter general, que conformen un sistema claro y conocido por los ciudadanos.

Para que tal aspiración se materialice, se requiere, entre otros, la existencia de un orden legal orientado hacia el poder público a fin de: 1) guiar su acción; esto es, dirigir su ejercicio, marcando el camino hacia la concreción de determinados objetivos e intereses sociales; 2) controlar su funcionamiento, fiscalizando y monitoreando el desempeño de los funcionarios y oficinas públicas, con el fin de que se cumplan dichos objetivos e intereses; 3) limitar su ejercicio, para acotar e impedir que los distintos órganos de gobierno invadan las jurisdicciones de los demás y se apropien de sus atribuciones, poniendo en riesgo así a los ciudadanos y sus derechos fundamentales.

Para concretar estos objetivos, resulta imprescindible que las normas conformen un sistema: 1) claro en sus premisas; 2) conocido por los ciudadanos, a fin de que dichas disposiciones puedan ser incorporadas en las distintas interrelaciones, públicas y privadas, que conforman la sociedad.

Como resultado del orden establecido, la ley (elaborada y ejecutada de acuerdo con criterios prescritos y publicitados) es aplicada a todos (gobierno, grupos sociales y ciudadanos) de forma imparcial por parte de las instituciones del Estado, entre las que se encuentra el sistema judicial (aunque no con carácter exclusivo).³

Ahora bien, como ha reiterado Díaz, “la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de derecho”.⁴ Por ejemplo, los regímenes autoritarios y totalitarios poseen ordenamientos legales. Pero en esos contextos la ley es arbitrariamente creada, modificada y aplicada, y su finalidad primera no consiste en la guía, el control y la limitación de los poderes públicos, sino el sometimiento de la sociedad a aquéllos. Mientras que el orden legal refuerza al Estado, el Estado de derecho protege a los ciudadanos. Más aún, los parlamentos, en caso de existir, pueden verse subordinados a las exigencias del dictador, al igual que

³ O'Donnell, Guillermo, “Las poliarquías y la (in)efectividad de la ley en América Latina”, en Méndez, Juan *et al.* (eds.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 1997-2002, pp. 305-336.

⁴ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1966-1998, p. 29.

los jueces. El cuerpo legal carece entonces de la necesaria objetividad que caracteriza al Estado de derecho.

Hasta ahora he aludido a la finalidad primaria del Estado de derecho. Sin embargo, se impone de inmediato una interrogante fundamental. ¿La guía, el control y la limitación de los poderes públicos constituyen los objetivos primarios del Estado de derecho o son herramientas en la consecución de otros intereses o valores superiores?

Ante esta pregunta, la respuesta que aquí se propone es que las leyes deben estar orientadas a defender y garantizar el respeto de los ciudadanos y de sus derechos fundamentales, incluso contra los riesgos y arbitrariedades creados por las propias normas o por su aplicación defectuosa.

Para que tal defensa ocurra, el Estado de derecho se basa en un elemento primordial: el garantismo constitucional, que entendido de forma ideal es una técnica destinada a establecer un ordenamiento jurídico coherente, seguro y predecible, a fin de guiar, controlar y limitar al gobierno, para garantizar los derechos de las personas.⁵

Para cumplimentar tal fin, la Constitución establece: 1) quiénes son los ciudadanos, cuáles son sus derechos y cuáles son las garantías orientadas a su defensa (tutela efectiva); 2) cuáles son los órganos del gobierno, cómo se establecen y conforman, cómo es su organización territorial, cuáles son sus atribuciones y facultades; 3) de qué forma dichos órganos y niveles de gobierno se relacionarán entre sí y con los ciudadanos. De tal forma, la Constitución establece el diseño institucional que va a configurar al Estado de derecho.

Esta concepción garantista, propia del constitucionalismo liberal, explica la verdadera “avalancha” constitucional ocurrida desde finales del siglo XVIII y principios del XIX.

Retomando lo señalado anteriormente, podemos decir entonces que el Estado de derecho alude a un particular diseño institucional que, con objeto de proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas, intenta guiar, controlar y limitar el ejercicio del poder público a través de normas de carácter general, que conformen un sistema claro y conocido por todos. Para cumplimentar este objetivo, el Estado de derecho propone: 1) un conjunto de mecanismos y garantías que intenten controlar y monitorear el ejercicio del poder público a fin de evitar brindar una tutela efectiva de los derechos fundamentales (por ejemplo, la división de poderes, el imperio de la ley,

⁵ Held, David, *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza, 1989-1993; Macpherson, Crawford, *La democracia liberal y su época*, Madrid, Alianza Editorial, 1977-1991.

la legalidad de la administración, etcétera); 2) si a pesar de lo anterior se produce un avasallamiento de dichos derechos fundamentales, se establece también un conjunto de garantías orientadas a producir su reparación efectiva (por ejemplo, derecho de amparo, hábeas corpus, etcétera).

Evidentemente, el Estado de derecho alude a un ideal: un ideal de rango constitucional. En la medida en que la Constitución establece un grupo de derechos fundamentales para los ciudadanos y estipula también los mecanismos y garantías orientados a su tutela efectiva, la propia Constitución establece los lineamientos generales del Estado de derecho. Sabemos que habrá distintas situaciones que desafíen y pongan en riesgo a los derechos fundamentales, pero el ideal conserva su vigencia original. Por lo tanto, la expresión Estado de derecho posee una dimensión prescriptiva (en tanto ideal al que aspira el ordenamiento jurídico-político).

A esta dimensión prescriptiva se suma otra descriptiva (referida a la conformación y funcionamiento real de los sistemas jurídico-políticos existentes), y a una dimensión técnica (relacionada con el conjunto de recursos y procedimientos tendentes a garantizar de la manera más o menos acabada la tutela efectiva de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos). En resumen, la expresión Estado de derecho constituye una noción “poliédrica”, con distintas dimensiones, cada una con su propia problemática. De allí deriva en buena medida la complejidad de su tratamiento.

Ahora bien, ¿en qué medida este diseño institucional propio del Estado-nación puede ser proyectado sobre el orden internacional? Veámoslo a detalle.

II. LA APARICIÓN DEL CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDEN DE POSGUERRA

Luego de la Segunda Guerra Mundial,⁶ la Carta de San Francisco de 1945 estableció un orden internacional a partir de la creación de una organización intergubernamental cuyo objetivo fue controlar los conflictos internacionales que pusieran en peligro al sistema internacional.

Dicho sistema se organizó, desde el punto de vista de la seguridad, en una conformación bipolar en torno a la hegemonía de los Estados Unidos

⁶ Aunque por razones analíticas este trabajo aborda la noción contemporánea de Estado de derecho internacional, estableciendo como inicio del estudio el año 1945, no se desconoce el hecho de que con anterioridad al orden instaurado por la Carta de San Francisco es posible encontrar en algunos tratados y documentos internacionales, elementos que pudieran ser considerados antecedentes en el tema. Tal es el caso de las conferencias celebradas en La Haya en 1899 y 1907 para la resolución pacífica de las controversias internacionales.

y de la Unión Soviética. Por lo tanto, las superpotencias elaboraron un sistema de reglas para controlar su rivalidad y mantener su dominio dentro de sus respectivas zonas de influencia. A fin de cumplir con dicho objetivo, retomaron el diseño de la antigua Sociedad de Naciones, pero sobre nuevas bases.⁷ Para ello, se bloqueó el mecanismo que dificultó el funcionamiento de la Sociedad: la unanimidad del voto de la Asamblea, al que se substituyó por una regla jerárquica, otorgando a algunos miembros de la ONU un papel preponderante. Así,

Los vencedores de la guerra conciertan siempre la reorganización del sistema internacional; de ahí que los vencedores de la Segunda Guerra Mundial se les atribuyera el derecho de veto en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas... la inestabilidad podía reducirse, según los gobernantes norteamericanos, constituyendo una organización intergubernamental en la que estuvieran representados todos los estados, pero en la que se otorgara responsabilidad principal a cinco de ellos (Estados Unidos, Unión Soviética, Reino Unido, Francia, China), que en tanto que vencedores de la guerra, podían asumir la misión de reconstruir y conservar la organización del nuevo sistema.⁸

El resultado de este diseño institucional fue la entronización de un orden internacional bipolar, entendiendo por orden una forma de organización conformada

no sólo por las relaciones formales entre las oficinas de asuntos exteriores, sino también por lazos intergubernamentales y transgubernamentales en muchos niveles, desde las jerarquías hacia abajo. Estos lazos entre los gobiernos pueden ser reforzados por normas que prescriben comportamientos en situaciones particulares, en algunos casos por instituciones formales. Usamos la expresión organización internacional para referirnos a estos vínculos multi-niveles, las normas y las instituciones.⁹

A través del orden, los actores internacionales buscan establecer condiciones que faciliten su convivencia en un mismo escenario. Como resultado de la consolidación de dicho orden, surge un régimen internacional, esto es, “redes de reglas, normas y procedimientos que normalizan los comporta-

⁷ Attinà, Fulvio, *El sistema político global*, Barcelona, Paidós, 2001; Baylis, John and Smith, Steve, *The Globalization of World Politics: An Introduction to International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 1997-2001.

⁸ *Ibidem*, p. 133.

⁹ Keohane, Robert y Nye, Joseph, *Power and interdependence*, 2a. ed., Harper Collins Publishers, p. 54.

mientos y controlan sus efectos. Nos referimos a ese conjunto de arreglos gubernamentales que afectan las relaciones de interdependencia como regímenes internacionales”.¹⁰

Así, mientras que el orden es un arreglo generado por las condiciones específicas de un momento histórico determinado, el régimen es la forma a través de la cual los actores institucionalizan sus relaciones dentro de dicho orden. El resultado final de este orden consiste en evitar el costo que significa la ruptura de la cooperación, aunque permanezca constante la amenaza de utilizar la fuerza.¹¹

En el orden internacional de posguerra y el régimen internacional de él emanado destaca el papel dominante desempeñado por los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad y su capacidad de veto, que intenta garantizar la seguridad mutua entre ellos, al tiempo que se utiliza el peso de la ONU para controlar a los demás Estados. Sin embargo, este diseño institucional cuestiona el principio de igualdad soberana de los Estados miembros de la Organización, enunciado en el artículo 2o., párrafo 1, de la Carta.¹² En este sentido, Kelsen fue uno de los primeros en denunciar este hecho al señalar los privilegios conferidos en los artículos 27, 108 y 109 a los Estados que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad.¹³

¹⁰ *Ibidem*, p. 19.

¹¹ Sarquís Ramírez, David, “El ‘orden internacional’ como objeto de estudio de las Relaciones Internacionales”, *Revista de Humanidades* 7, Tecnológico de Monterrey, pp. 86 y 87.

¹² El artículo 2.1. de la Carta señala, “La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”.

¹³ El artículo 27 de la carta señala: “1. Cada miembro del Consejo de Seguridad tendrá un voto. 2. Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre cuestiones de procedimiento serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros. 3. Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre todas las demás cuestiones serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes; pero en las decisiones tomadas en virtud del Capítulo VI y del párrafo 3 del Artículo 52, la parte en una controversia se abstendrá de votar”.

El artículo 108 de la Carta señala: “Las reformas a la presente Carta entrarán en vigor para todos los Miembros de las Naciones Unidas cuando hayan sido adoptadas por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea General y ratificadas, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los Miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad”.

El artículo 109 de la Carta señala: “1. Se podrá celebrar una Conferencia General de los Miembros de las Naciones Unidas con el propósito de revisar esta Carta, en la fecha y lugar que se determinen por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea General y por el voto de cualesquiera nueve miembros del Consejo de Seguridad. Cada Miembro de las Naciones Unidas tendrá un voto en la Conferencia. 2. Toda modificación de esta Carta recomendada por el voto de las dos terceras partes de la Conferencia entrará

Los mismos resultan incompatibles con el principio de igualdad de derechos de las naciones, así como con el principio de igualdad soberana de los Estados.¹⁴ En la medida en que la igualdad ante la ley constituye una de las notas definitorias del Estado de derecho, como hemos visto, el carácter elitista del orden de posguerra cuestiona severamente la idea de Estado de derecho internacional. Por lo tanto, utilizando la conocida expresión inglesa, podemos decir que el régimen internacional surgido en 1945, más que un *Rule of law* (imperio de la ley), constituye un *Rule by law* (orden legal). La diferencia entre ambas nociones resulta evidente. Mientras que todo Estado de derecho supone un orden legal, no todo orden legal implica un Estado de derecho.¹⁵ Mientras que el orden legal alude a un uso instrumental del derecho, por parte del gobierno, el Estado de derecho se orienta a reforzar y garantizar los derechos de los actores.¹⁶

En este contexto, el Consejo de Seguridad aplica la doctrina de la seguridad colectiva y de la no agresión a los Estados más pequeños, mientras que las cinco grandes potencias se protegen entre ellas a través de su poder de veto.¹⁷

en vigor al ser ratificada de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los Miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. 3. Si no se hubiere celebrado tal Conferencia antes de la décima reunión anual de la Asamblea General después de entrar en vigor esta Carta, la proposición de convocar tal Conferencia será puesta en la agenda de dicha reunión de la Asamblea General, y la Conferencia será celebrada si así lo decidieren la mayoría de los miembros de la Asamblea General y siete miembros cualesquiera del Consejo de Seguridad.”

¹⁴ Sobre el tema, véase especialmente Carroll, Mitchell, “Postwar International Organization and the Work of the Section of International and Comparative Law of the American Bar Association”, *The American Journal of International Law* 39 (1), 1945, pp. 20-34. También, Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, London, Stevens & Sons, 1950, p. 52.

¹⁵ Sobre la distinción entre Estado de derecho (*Rule of law*) y orden legal (*Rule by law*), baste señalar las palabras de Díaz cuando señala, “...no todo Estado es Estado de derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de derecho. Designar como tal a todo Estado por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva —a veces intencionadamente— al confusiónismo” “la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de derecho”. Díaz, Elías, *op. cit.*, nota 4, p. 29; Keohane and Nye, *op. cit.*, nota 9, p. 19.

¹⁶ Sobre el tema, Orts, Eric, “The Rule of Law in China”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 34, 2001, p. 93.

¹⁷ Nye, Joseph, *Understanding International Conflicts: An Introduction to Theory and History*, Nueva York, Longman, 1993-2003, p. 253.

Este modelo de organización internacional se mantuvo vigente hasta finales de la década de 1980. Como resulta sabido, con la ruptura del régimen de la Unión Soviética en 1991 se alteró el escenario internacional. A partir de entonces surge un nuevo orden internacional, caracterizado por una etapa de distensión en la política internacional como resultado de la ruptura del bloque soviético. Este nuevo orden propone articular la comunidad internacional a partir de cuestiones políticas y estratégicas,¹⁸ constituyendo la idea vertebradora de la política exterior del gobierno del presidente Bush (1989-1993), contando con el asentimiento de Gorbachov primero y posteriormente de Yeltsin. Su objetivo central fue el afianzamiento de la seguridad internacional, dejando de lado otras cuestiones relevantes (económicas, medioambientales, etcétera). Para ello, Bush apuesta primero a la cooperación internacional, a reforzar el papel de la ONU y a robustecer al derecho internacional (al menos, desde el punto de vista retórico). Con el correr del tiempo, distintos asuntos de la política interna e internacional distrajeran a los Estados Unidos de su esfuerzo por consolidar este “nuevo orden internacional”.¹⁹ Resulta evidente que el escenario internacional

¹⁸ La expresión “nuevo orden internacional” fue entronizada por el presidente Bush, luego de la invasión Iraquí a Kuwait. En un discurso pronunciado ante las dos cámaras del Congreso, el 11 de septiembre de 1990, Bush señaló: “...un nuevo orden mundial puede surgir: una nueva era más libre de la amenaza del terror, más fuerte en la búsqueda de la justicia y más segura en la búsqueda de la paz. Una época en la que las naciones del mundo, Oriente y Occidente, Norte y Sur, puedan prosperar y vivir en armonía. Cientos de generaciones han seguido este camino difícil para alcanzar la paz, mientras miles de guerras azotaban a través del mundo la actividad humana. Hoy ese mundo nuevo está luchando por nacer, un mundo muy diferente del que conocemos. Un mundo donde el Estado de derecho reemplace la ley de la selva. Un mundo en el que las naciones reconozcan su responsabilidad compartida por la libertad y la justicia. Un mundo donde el fuerte respete el derecho de los débiles”. Bush, George, *Address Before a Joint Session of the Congress on the Persian Gulf Crisis and the Federal Budget Deficit, 11-09-1990*, consultado el 3-12-2009 en: http://bush-library.tamu.edu/research/public_papers.php?id=2217&year=1990&month=9

¹⁹ Ripol, Santiago, “El ‘nuevo orden internacional’: ¿un nuevo concepto para un nuevo concepto?”, *Revista CIDOB d’Afers internacionals* 27, 1994, 59-76, pp. 65-70. Entre finales de los ochenta y principios de 1990, en Estados Unidos se produjo la crisis de la *Federal Savings and Loan Insurance Corporation*, que afectó a 747 asociaciones de ahorro y préstamo. El costo de la crisis alcanzó los 160 mil millones dólares, de los cuales 124.6 mil millones dólares fueron aportados por el gobierno de los EE.UU. a través de un rescate financiero, lo que agravó el déficit presupuestario de la década. En 1992, la tasa de desempleo aumentó al 8% entre los trabajadores de defensa, obreros sindicalizados, y trabajadores de cuello blanco de GM e IBM, mientras que los salarios de la clase media, estancados desde la administración de Carter, se ven reducidos durante la administración Bush. En 1991 se produce el caso de Rodney King en el cual, policías de Los Angeles son grabados mientras arrestan a un motociclista negro, quien es golpeado salvajemente. Un

cambió hacia principios de la década de 1990. Sin embargo, las disidencias respecto a cómo interpretar este nuevo orden no se hicieron esperar.²⁰

Existe un fuerte debate entre los expertos de las relaciones internacionales acerca de que el orden de posguerra dio lugar al advenimiento del poder de Estados Unidos y China, frente al repliegue de la Unión Soviética. Sin embargo, el nuevo orden parece ser diferente al surgido en 1945, ya que después de la guerra fría las grandes potencias están lejos de equilibrar sus poderes. Desde 1990 en adelante, Rusia ha experimentado un retroceso rápido y profundo, aunque conserva un inmenso arsenal nuclear. China creció más rápido de lo que la mayoría de expertos había previsto, con un largo periodo de expansión económica de dos dígitos. Japón y Alemania no se convirtieron en las grandes potencias que algunos habían predicho. En este contexto, Estados Unidos es la única superpotencia mundial, ejerciendo una clara preeminencia en todas las dimensiones de poder.²¹ Por tales motivos, el orden mundial actual es unipolar. Sin embargo, aunque cambia el orden internacional, el régimen surgido de la Carta de San Francisco se mantiene, porque el diseño institucional en que se sustenta sigue siendo el establecido en 1945.

No obstante, pese a que no se discute mayormente la hegemonía norteamericana, resulta evidente que existen diversos objetivos políticos, económicos y de seguridad que los Estados Unidos no pueden alcanzar en solitario. El poder militar es unipolar, pero el poder económico descansa en tres polos y está compartido por los Estados Unidos, Japón y Europa. De todas formas, el crecimiento chino podría llevar este orden a un plano multipolar. En el orden de las relaciones transnacionales que se dan a través de las distintas fronteras interestatales, y que comprende a agentes tan diversos que van desde los banqueros hasta los terroristas, el poder se encuentra muy disperso. Se han multiplicado los actores internacionales, por lo que la

jurado blanco exime de culpa a los oficiales, y la comunidad negra explota, incendiando cerca de 600 edificios, y mueren 50 personas. El huracán Andrew, de categoría 5, impactó en Bahamas, el sur de Florida y el suroeste de Louisiana, el 24 de agosto de 1992, causando daños por cerca de 30 mil millones de dólares, ante la respuesta tardía del gobierno.

En el ámbito internacional, se agrava la crisis de Somalia desde finales de 1991, a partir del enfrentamiento de los elementos armados aliados con el general Mohamed Farah Aidid, y con el Ali Mohamed Mahdi, nombrado “Presidente interino”, provocando una auténtica catástrofe humanitaria, debiendo intervenir la ONU. En 1992, a partir del desmembramiento de la ex Yugoslavia, se produce la Guerra de Bosnia, con importantes secuelas humanitarias.

²⁰ Sobre los debates acerca de los alcances y significados del nuevo orden véase especialmente Nye, Joseph, *op. cit.*, nota 17.

²¹ *Idem.*

combinación de estas cuestiones nos lleva a hablar de una interdependencia multinivel.²²

En este contexto, resulta evidente que el punto de vista realista de las relaciones internacionales sigue siendo necesario, pero insuficiente para analizar el nuevo orden internacional, ya que no toma en cuenta los cambios de largo plazo de la sociedad internacional que se han producido, poco a poco, desde el establecimiento de la paz de Westfalia, en 1648. Ciertamente, el orden allí surgido descansó en la soberanía de los Estados, no en la soberanía popular. En este sentido, se interpretó a la soberanía como la capacidad de los Estados autónomos e independientes de elegir su propia forma de gobierno, dentro de sus límites (autodeterminación).²³ Sin embargo, la idea de tratar a los Estados como un conjunto de esferas que se mueven en el vacío, y entre las que hay que establecer un equilibrio, fue lentamente erosionada a lo largo de los siglos. Desde luego que persiste la soberanía estatal, la que coexiste en la actualidad, con el rápido crecimiento de las comunicaciones transnacionales, las migraciones y la interdependencia económica. La sumatoria de estas cuestiones están acelerando la erosión de la concepción clásica, con el consiguiente aumento de la brecha entre la norma (que se apega aún a dicha concepción clásica) y la realidad.²⁴

Este cambio en el orden internacional permitió el resurgimiento de una concepción más liberal de la sociedad mundial, no formada sólo por Estados, sino también por personas, y del orden internacional, que descansa ya no sólo en el poder militar, sino también en valores e instituciones. Esta visión se acomoda mejor a un mundo en que los conflictos internacionales ya no se dan sólo entre Estados, a través de sus fronteras, sino al interior de un mismo Estado, como sucedió en Somalia desde 1991, la ex Yugoslavia en 1992 y Ruanda en 1994. Por lo tanto, se trata de superar estos conflictos apelando a valores tales como la democracia y la autodeterminación, pro-

²² *Idem.*

²³ Como corolario del principio de autodeterminación, se impone el principio de no intervención: un Estado no tiene derecho a intervenir en los asuntos internos de otro. Más recientemente, la soberanía se asocia a la idea de control sobre los movimientos transfronterizos. En este sentido, los cambios tecnológicos dificultan, cuando no hacen imposible, la posibilidad de que los Estados controlen los movimientos que se dan a través de sus fronteras, respecto de todo tipo de objetos, materiales, etcétera. Finalmente, la soberanía también alude a la capacidad de las autoridades de ratificar tratados internacionales. Ellos son libres de suscribir cualquier tipo de arreglo que les resulte favorable. Por lo tanto, mientras no sean ratificados de forma coercitiva, cualquier tratado entre Estados es legítimo. Krasner, Stephen, *op. cit.*, nota 2, p. 21.

²⁴ Nye, Joseph, *op. cit.*, nota 17, p. 253.

pios del ideario estadounidense, buscando un equilibrio entre geopolítica y valores, entre realismo y liberalismo.²⁵ A estos valores debemos agregar entonces la apelación al Estado de derecho.

En efecto, el Consejo de Seguridad utilizó por primera vez la expresión “Estado de derecho” en un párrafo de la resolución 1040 de 1996, donde se expresa su apoyo a los esfuerzos realizados por el secretario general para promover la “reconciliación nacional, la democracia la seguridad y el Estado de derecho en Burundi”.²⁶

A partir de entonces, numerosas operaciones de paz aludirán al restablecimiento, a la restauración y mantenimiento del Estado de derecho, sin mayores precisiones. Tal el caso de Guatemala (1997), Liberia (2003), Costa de Marfil (2004), Haití (2004), o la República Democrática del Congo (2007). En estos casos, las actividades principales se orientaron a movilizar personal internacional, asistir a la construcción de instituciones, supervisar los procesos de reforma legal y monitorear los procesos judiciales nacionales, especialmente los de carácter criminal.²⁷ Es decir, la asistencia internacional se orientó fundamentalmente a crear instituciones y normas que permitieran establecer un Estado de derecho al interior de países en los que acontecieron conflictos bélicos, el quiebre de las instituciones y los desastres humanitarios. La apelación al Estado de derecho se enfoca entonces en el Estado de derecho nacional. En todo caso, éste puede impactar de forma indirecta en

²⁵ Como señala Kissinger, esta apelación a valores, además de ser coherente con la propia tradición norteamericana, permite al país ser más selectivo en los conflictos internacionales en los que participa. Retoma a John Quincy Adams, cuando en 1821 “advirtió a los norteamericanos contra su propensión de salir a matar ‘monstruos distantes’...” Kissinger, Henry, *La diplomacia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994-2004, p. 831. Una apelación a valores permite apostar a un equilibrio global basado ya no en la fuerza. Véase Nye, Joseph, *op. cit.*, nota 17.

²⁶ S.C. Res. 1040 (02-01-1996), párrafo 2, citado por Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 1, p. 22. De todas formas, Chesterman apunta un dato interesante. En la traducción al francés de dicho documento, en lugar de apuntar al restablecimiento del Estado de derecho (*rule of law*) se habla del restablecimiento del orden (*le rétablissement de l'ordre*). Aunque se ha señalado de forma reiterada que asimilar la expresión Estado de derecho con sus similares en inglés (*rule of law*), en alemán (*Rechtsstaat*), o en francés (*État de droit*), supone traslapar modelos divergentes en cuanto a su desarrollo histórico, institucional y doctrinario, algo semejante ocurre con el Estado de derecho internacional. De ninguna manera resulta similar hablar de Estado de derecho, que de orden, lo que podría apuntalar la observación de que el sistema creado en 1945 se orienta naturalmente a establecer un orden internacional, basado en el derecho (*rule by law*), pero no un imperio de la ley (*rule of law*). Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 1, p. 22.

²⁷ Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 1, p. 29.

el plano internacional, a través de la creación de instituciones y marcos legales predecibles y estables, que garanticen la paz y la seguridad al interior de cada Estado.²⁸

Pero también se habla de Estado de derecho internacional. En el mundo post-westfaliano, la apelación al Estado de derecho internacional consiste en fortalecer el papel del derecho internacional en la estructuración de las relaciones entre los participantes en los procesos internacionales, disminuyendo así la influencia de la desigualdad en cuanto al poder, la riqueza y las capacidades de los distintos actores internacionales. También se apuesta a los procedimientos pacíficos para la solución de las controversias y la resolución de conflictos interestatales, el impulso a los tribunales internacionales como parte de una tendencia que refleja el crecimiento de la normativa internacional, aunque a la larga estas innovaciones también resultan de un ajuste entre el crecimiento de la complejidad y la interacción que surge de los actores. Estamos aún frente a un proceso inacabado, en construcción, a partir de avances modestos, cuyos resultados aún no se vislumbran con claridad.²⁹

La noción de Estado de derecho internacional adquiere entonces tres implicaciones esenciales, de las que ya hemos adelantado algunas notas. En primer lugar, en el nuevo orden se busca garantizar la seguridad internacional a partir de un refuerzo de los medios políticos y estratégicos, disminuyendo la apelación y el uso de la fuerza. De tal manera, el Estado de derecho constituye un valor vertebrador de este orden, junto con la democracia y los derechos humanos. Por lo tanto, el desarrollo de la democracia, el afianzamiento del Estado de derecho y la defensa de los derechos humanos se constituyen en medios para la consolidación de un orden predecible, seguro, en consonancia con los valores occidentales (y de la potencia hegemónica).

En segundo lugar, la apelación a estos valores permite garantizar también el manejo político y estratégico de los conflictos internacionales, reduciendo la necesidad de las intervenciones militares, las que quedan focalizadas a casos puntuales y extremos.³⁰

En tercer lugar, desde la década de los noventa se ha insistido también en la importancia del Estado de derecho dadas sus conexiones con el desarrollo económico y político, aunque dicha relación no resulta tan evidente

²⁸ Véase Chesterman, Simon, “The UN Security Council and the Rule of Law”, *United Nations General Assembly Security Council*, Doc. A/63/69-S/2008/270, 2008, pp. 6-9.

²⁹ Falk, Richard, *The Declining World Order: America's Imperial Geopolitics*, Nueva York, Routledge, 2004, pp. 33 y 34.

³⁰ Kissinger, Henry, *op. cit.*, nota 26, pp. 831-835.

como algunos sostienen. En efecto, la idea de que el Estado de derecho influye directamente en el desarrollo económico resulta simplista y acrítica. Sin embargo, es posible establecer algunas relaciones plausibles entre ambas cuestiones. Es en este contexto que se constata un entusiasmo insistente en el desarrollo del Estado de derecho.³¹ De tal forma, aun en Estados que no comulgan con los valores asociados con la democracia, los derechos humanos, ni el propio Estado de derecho, se adhieren a él con llamativa frecuencia. Desde el punto de vista económico (e incluso político), quedar fuera del orden internacional resulta altamente costoso. Entonces se alude, a través del Estado de derecho, a una serie de cuestiones, como el combate a la corrupción, la garantía de las inversiones extranjeras, etcétera, pero sin una auténtica convicción de respeto a la paz, los derechos humanos o la democracia.³²

Una vez llegados a este punto, se impone entonces un interrogante central: ¿qué se entiende por Estado de derecho internacional? ¿Cómo se define al Estado de derecho internacional?

III. EL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

Para responder a las interrogantes anteriores, comencemos realizando un ejercicio de tipo “cartográfico”. Ubiquemos entonces en un continuo, que vaya del elemento más básico al más complejo, de lo formal a lo sustantivo, los componentes que surgen de diferentes concepciones sobre el Estado de derecho internacional.

Esta propuesta cartográfica ha sido utilizada ya en la bibliografía sobre el Estado de derecho,³³ por lo que no representa una aportación original ni mucho menos novedosa de este trabajo. Sin embargo, ayuda a generar una visión sistemática de los distintos elementos asociados con el Estado de derecho internacional, lo que explica su empleo reiterado por diferentes expertos y en este capítulo.

³¹ Carothers, Thomas, “The Rule of Law Temptations”, *The Fletcher Forum of World Affairs* 33 (1), 2009, 49-61, pp. 50 y 51.

³² *Idem.*

³³ Como ejemplos de enfoques “cartográficos” véanse, entre otros, Tamanaha, Brian, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 91 y ss.; Kleinfeld, Rachel, “Competing Definitions of the Rule of Law”, en Carothers T. (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad*, Washington D. C., Carnegie Endowment for International Peace, 2006, pp. 31-73; De Asís, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Madrid, Dykinson, 1999; Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997-2003, pp. 16 y ss.

Tenemos entonces que éste puede ser definido como:

1. El poder estatal debe estar sujeto, y por lo tanto debe ser ejercido, conforme a reglas de derecho internacional que regulen las relaciones entre Estados.

2. Dichas reglas de derecho internacional deben ser prospectivas, accesibles, claras, y deben ser aplicadas de forma igualitaria por tribunales independientes.

3. Estas reglas de derecho internacional aplican también a los demás sujetos de derecho internacional.

4. Las reglas de derecho internacional deben fundarse en valores (contenidos sustantivos), expresados en la Carta de 1945, la Declaración de 1948, y demás tratados derivados (los pactos de 1966, la Declaración sobre las Relaciones de Amistad y Cooperación entre Estados de 1970, la Cumbre Mundial de 2005).

5. Entre los valores, contenidos sustantivos, que inspiran al derecho internacional, se debe insistir específicamente en el mantenimiento de la paz, la seguridad, los derechos humanos, la democracia y el desarrollo económico.

6. Deben existir instituciones de garantía que aseguren los valores impulsados por el derecho internacional. Entre ellas, instituciones de garantía primaria (que protejan directamente la paz, la seguridad, los derechos humanos), y de garantía secundaria (orientadas a reparar y sancionar las violaciones de aquéllos).

Estos elementos suelen ser combinados de distinta forma en las diferentes visiones sobre el Estado de derecho internacional. Por ejemplo, los dos primeros elementos suelen aparecer juntos en la mayoría de las definiciones, claro está, con sus respectivos matices.

A su vez, los primeros tres elementos de la lista aluden a cuestiones formales asociadas con el Estado de derecho internacional, mientras que los otros tres elementos (puntos 4, 5 y 6) hacen referencia a cuestiones sustantivas. Esta diferencia entre posturas formales y sustantivas recorre toda la literatura sobre el Estado de derecho, y el ámbito internacional no parece ser la excepción.³⁴

³⁴ Estas visiones formales y sustantivas del Estado de derecho internacional se corresponden con lo que Dworkin identifica con un modelo procedimental (*rule-book model*) y el modelo basado en derechos (*rights model*), respectivamente, o lo que Walzer denomina visiones densas-amplias (*thick*) o estrechas (*thin*), respectivamente. Dworkin, Ronald, *A Mat-*

Así, mientras que algunas visiones enfatizan los aspectos formales, procedimentales, considerando que el Estado de derecho internacional aún no está en condiciones de enfrentar las cuestiones sustantivas, o bien que éstas “enturbian” la definición de Estado de derecho internacional, los “sustancialistas” señalan que olvidarse o dejar de lado los contenidos concretos nos aparta del verdadero objetivo de este diseño institucional. Desde luego, esta dicotomía supone una simplificación tal vez excesiva de los términos del debate en tanto que detrás de las cuestiones formales residen debates sustantivos y, a su vez, las cuestiones sustantivas presuponen elementos formales.³⁵

Por otra parte, las definiciones formales suelen ser la base a partir de la que operan las visiones sustantivas. Es decir, que las visiones sustantivas suponen previamente la existencia de criterios formales, aunque no ocurre lo contrario.

Veamos a detalle cada postura.

IV. VISIONES FORMALES SOBRE EL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

En sentido formal, el Estado de derecho designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos estén conferidos por la ley y ejercidos en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos.³⁶ El objetivo central de dicho ordenamiento es crear un sistema jurídico unificado y coherente que establezca las relaciones sociales, haciéndolas predecibles y ciertas.

Este uso formal corresponde al concepto histórico de *Rechtsstaat*. De acuerdo con él, son Estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos en tanto que establezcan disposiciones legales y luego se atengan a ellas. De esta manera, se intenta limitar la arbitrariedad legal y, en caso de producirse, revertirla. Especialmente la arbitrariedad que pueda surgir en la adopción, la ejecución y la aplicación de las leyes.³⁷

ter of Principle, Cambridge, Harvard University Press, 1985; Walzer, Michael, *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1994; Díaz, Elías, *op. cit.*, nota 4.

³⁵ Tamanaha, Brian, *op. cit.*, nota 35, p. 92.

³⁶ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel Orozco, Wistano y Vázquez, Rodolfo (eds.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM-Siglo XXI, 2001-2002, pp. 187- 204.

³⁷ Ruiz Valerio, José Fabián, *¿Democracia o constitución? El debate actual sobre el Estado de derecho*, Monterrey, EGAP-Fontamara, 2009, p. 98.

En el plano internacional, cuando se habla de Estado de derecho internacional se alude a un sistema de normas prospectivo, abierto, claro, que intenta controlar el ejercicio del poder estatal, así como las conductas de los demás sujetos de derecho internacional. Dichas reglas deben ser aplicadas de forma igualitaria por tribunales independientes.

Veamos entonces a detalle cada uno de los elementos que incluye la definición formal de Estado de derecho internacional.

1. *El poder estatal debe estar sujeto, y por lo tanto debe ser ejercido, conforme a reglas de derecho internacional que regulen las relaciones entre Estados*

Como ya mencionamos, desde la firma de la Paz de Westfalia, los Estados son los grandes actores de las relaciones internacionales, y lo siguen siendo hoy día, aunque no con carácter exclusivo. Por lo tanto, el Estado de derecho internacional se orienta a guiar, controlar y, llegado el caso, limitar la acción de los Estados en sus interacciones, básicamente.

En este sentido, Chesterman señala que el primer significado del Estado de derecho en el plano internacional alude a la aplicación de los principios del derecho internacional a las relaciones entre los Estados y otros actores de la relaciones internacionales. El Estado de derecho requiere que no haya arbitrariedad en el ejercicio de poder. Este objetivo se concreta en el concepto fundamental de *pacta sunt servanda*, pero también es evidente en los esfuerzos para establecer protección internacional de derechos humanos, regímenes formales para regular el comercio internacional y las instituciones internacionales de seguridad, como el Consejo de Seguridad.³⁸

Por lo tanto, el Estado de derecho internacional invoca el poder del derecho frente al poder arbitrario de las relaciones internacionales; la sustitución de la fuerza por la ley, y la constatación de que la ley puede y debe ser utilizada como un instrumento para la promoción de la cooperación internacional en aras de objetivos como los contenidos en la Carta de San Francisco (aunque no con carácter excluyente), preservando y promoviendo los valores de la libertad y la dignidad humana.³⁹

Sin embargo, ¿hasta qué punto el Estado del derecho internacional resulta adecuado para materializar un Estado de derecho internacional? Al-

³⁸ Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 1, pp. 32 y 33.

³⁹ Bishop, William, "The International Rule of Law", *Michigan Law Review* 59 (4), 1961, p. 554.

gunos de sus flancos débiles resultan evidentes. Se puede apuntar a la falta de obligación de utilizar la ley y los medios de solución pacífica de controversias en la resolución de conflictos entre Estados; ante la ausencia de sanciones obligatorias, tal como encontramos en el derecho nacional; a la incertidumbre de muchas normas del derecho internacional, lo que permite a las naciones un control discrecional sobre asuntos que realmente afectan a los intereses de otras naciones; a las dificultades en el logro de cambios por medios lícitos en el marco jurídico para hacer frente un mundo que se modifica a un ritmo cada vez más rápido.

Por lo tanto, los pasos futuros hacia un Estado de derecho internacional en este ámbito incluyen no sólo la aplicación más general y coherente del derecho internacional a los Estados y otros actores internacionales, sino continuar trabajando en la mejoría de las irregularidades estructurales, como el poder de veto por parte de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU, del que gozan aún los vencedores de la ya lejana Segunda Guerra Mundial, y que atenta contra el principio de igualdad soberana de los Estados miembros de la Organización.⁴⁰

2. Dichas reglas de derecho internacional deben ser prospectivas, accesibles, claras, y deben ser aplicadas de forma igualitaria por tribunales independientes. Son varios los teóricos del Estado de derecho que analizaron las características que debe observar la ley para poder inspirar un orden legal efectivo

En este sentido, Raz señala que si entendemos por derecho a un conjunto de reglas “general, abierto y relativamente estable”, la noción se opone a la norma como sinónimo de arrebatado caprichoso. Ahora bien, para que la ley pueda constituir un modelo a seguir, ella misma debe asumir determinadas características. Estas son: 1) las leyes deben ser prospectivas, abiertas y claras; 2) las leyes deben ser estables; 3) las disposiciones particulares deben estar guiadas por normas abiertas, estables, claras y generales; 4) debe garantizarse la independencia del poder judicial; 5) deben respetarse los principios de justicia natural; 6) los tribunales deben tener poderes de revisión tanto sobre la legislación como sobre las acciones administrativas; 7) los tribunales deben ser fácilmente accesibles; 8) los

⁴⁰ Bishop, William, *op. cit.*, nota 41; Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 1; Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 30.

órganos de prevención criminal no deben desvirtuar al orden legal con su actuación.⁴¹

En este punto, la mayoría de los analistas resaltan que si el Estado de derecho se entiende en su núcleo formal, puede ponerse en duda si el proceso de formulación de normas internacionales está regido por las leyes.⁴² Asimismo, las instituciones judiciales que existen se limitan a una jurisdicción esencialmente voluntaria.⁴³ Por otra parte, tampoco hay una autoridad central que haga cumplir el derecho internacional, ni se ocupe de la aplicación de las sanciones a quienes lo violen. De tal forma, la eficacia de muchos principios de derecho internacional depende de su incorporación en los sistemas jurídicos nacionales.⁴⁴ En este sentido, se puede concluir que actualmente no existe tal cosa como el Estado de derecho internacional, o al menos que el derecho internacional aún no ha alcanzado un umbral institucional que justifique el uso de la palabra.⁴⁵

Tamanaha, por su parte, recuerda que el primer significado (el más perdurable) del Estado de derecho durante más de dos mil años, aunque nunca completamente alcanzado, es que los Estados y sus funcionarios estén limitados por el derecho. El significado del concepto no se orienta a la preser-

⁴¹ Raz, Joseph, “El Estado de derecho y su virtud”, en Carbonell, Miguel Orozco, Wistano y Vázquez, Rodolfo (eds.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM-Siglo XXI, 1977-2002, 15-36, pp. 20-25. Una lista muy similar a la de Raz es la que propone Fuller, bajo la denominación de “principles of legality”. Fuller destaca que estos elementos son neutrales y pueden acomodarse a distintos objetivos sustantivos. De todas formas, estos principios configuran la “moralidad del derecho”. Los principios de legalidad, claramente procedimentales, facilitan la obediencia de las leyes, ayudando así a las personas a alcanzar sus objetivos o metas morales. Además, asisten a los individuos en el diseño de sus planes personales, facilitan la interacción social y establecen límites mínimos contra la tiranía o el ejercicio arbitrario del poder. Fuller, Lon, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

⁴² Desde luego, no se desconoce que en el derecho internacional existe un amplio debate entre aquellos que consideran que sus normas constituyen un sistema articulado (en general asociados con el mundo académico germano) y quienes afirman que el derecho internacional no es más que una mezcla de los tratados dentro de un contexto anárquico, sin ninguna jerarquía en particular (en general, provenientes del mundo académico norteamericano). Bajo esta visión, la soberanía estatal reina de forma absoluta, y las obligaciones internacionales de los Estados (que no son necesariamente obligaciones legales) varían de acuerdo con el flujo y reflujo de los acontecimientos mundiales. Benvenisti, Eyal, “Conception of International Law as a Legal System”, *German Yearbook of International Law* 50, 2008, p. 3.

⁴³ Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 1, p. 34.

⁴⁴ Karns, Margaret and Mingst, Karen, *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2004, p. 33.

⁴⁵ Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 1, p. 35.

vacación de las libertades individuales, sino a controlar la tiranía estatal. Esto significa que los oficiales públicos deben estar constreñidos por el derecho positivo válido. Incluso se debe cumplir la ley para cambiar la ley. Al mismo tiempo, se asume que el Estado opera dentro de un marco legal que se aplica de forma general. Por lo tanto, el Estado y sus funcionarios operan dentro de un marco de restricciones legales, lo que supone normar conductas y así, hacer previsibles sus comportamientos.⁴⁶

Esto nos lleva a una segunda cuestión: el Estado de derecho como legalidad formal supone la aplicación de leyes prospectivas, públicas, generales, aplicadas de forma igualitaria, con certeza (coincidiendo con las características ya mencionadas por Raz o Fuller). La igualdad formal hace hincapié en un orden normativo establecido y mantenido por el gobierno. La legalidad procedimental también incluye la imparcialidad del proceso judicial.⁴⁷

Pero hay un tercer aspecto que debe ser enfatizado: el Estado de derecho supone el paso del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes. La ley es razón, los hombres son pasión; la ley no es discrecional, los hombres son voluntad arbitraria; la ley es objetiva, mientras que los hombres son subjetivos. Esta idea supone que la vida bajo el Estado de derecho no está sujeta a los caprichos imprevisibles y arbitrarios de las personas. De tal forma, la judicatura se erige como el guardián especial de la ley, pero negando el protagonismo del juez. Estas dos ideas están conectadas: como el juez es adoctrinado en los vericuetos de la ley y de la función judicial, aquél se convierte en la ley personificada. Según este ideal, el juez debe ser imparcial, libre de pasiones, de prejuicios y de arbitrariedad, siendo únicamente fiel a la ley. Una idea asociada con la función judicial es la separación de poderes que garantiza la independencia judicial. El riesgo entonces es que el Estado de derecho se convierta en el Estado de los jueces, en la medida en que los jueces son quienes interpretan la ley.⁴⁸

Aplicadas al Estado de derecho internacional, estas cuestiones mencionadas por Tamanaha generan consecuencias propias. Así, el primer tema, el gobierno limitado por leyes, se particulariza en la medida en que el derecho internacional público está construido básicamente por los Estados soberanos, de tal forma que no hay un Legislativo ni un ejecutivo. En general, los

⁴⁶ Tamanaha, Brian, *op. cit.*, nota 35, pp. 114-119.

⁴⁷ Este segundo grupo coincide con la noción de Estado de derecho sustentada por Waldron, quien enfatiza los aspectos formales de la ley. Waldron, Jeremy, "The Rule of International Law", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 30 (1), 2006: 15-30; Tamanaha, Brian, *op. cit.*, nota 35, pp. 119-122.

⁴⁸ Tamanaha, Brian, *op. cit.*, nota 35, pp. 122-126.

sistemas legales aplican a aquellos Estados que voluntariamente deciden aceptar su jurisdicción, ya que el orden internacional es autorregulado. Los tribunales internacionales operan sobre bases consensuales. No hay un aparato institucional que aplique las sanciones. En líneas generales, la mayoría de los Estados cumplen con las leyes internacionales (excepto cuando estiman que se beneficiarán más con su inobservancia), incluso en ausencia de la amenaza de sanciones efectivas.⁴⁹

En relación con la segunda cuestión, los papeles que el poder y la política juegan en el derecho internacional tienen efectos sobre la aplicación y la certeza del derecho. Más aún, la existencia de una multiplicidad de tribunales descoordinados y la desagregación del derecho internacional generan problemas de coherencia y coordinación. Además, la aplicación del derecho internacional no sigue siempre un proceso transparente, dado que los Estados nacionales interactúan en múltiples planos con el derecho internacional. Finalmente, el tema de que el objetivo central del derecho internacional es mantener la paz requiere más que un mero compromiso de los Estados.⁵⁰

El tercer aspecto es especialmente problemático en la medida en que los jueces y los oficiales judiciales tienen la última palabra en la aplicación del derecho internacional. Sin embargo, dichos jueces provienen de una multiplicidad de tradiciones y culturas jurídicas nacionales, con base en las que deciden en las cuestiones internacionales. Este último punto, el de la aplicación del derecho internacional, resulta especialmente problemática, ya que además, como mencionamos, el fundamento de la jurisdicción internacional, a consecuencia de la soberanía de los Estados, se basa en el consentimiento de las partes. Por lo tanto, la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia puede resultar tanto con base en un tratado que así lo prevea como sobre la adhesión a la cláusula facultativa, la cual sólo surte efecto para el Estado que aceptó tal obligación y dentro de los límites de ella, tal como surge del artículo 36 del Estatuto de la Corte.⁵¹

⁴⁹ Tamanaha, Brian, *op. cit.*, nota 35, pp. 129-131.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 131-133.

⁵¹ El artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala: 1. La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes. 2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a. la interpretación de un tratado; b. cualquier cuestión de derecho internacional; c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d. la naturaleza o extensión

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 internacional, expresado en el propio estatus jurídico de la Corte Internacional, presenta un desafío a la idea de Estado de derecho.⁵²

Asimismo, es cierto que la creación de la Corte Penal Internacional representa un nuevo avance en la materia, pero hasta el momento son sólo 110 los países que firmaron y ratificaron el Estatuto de Roma, que entró en vigor el 1o. de julio de 2002. Además, algunos miembros destacados del sistema internacional se negaron a firmar el Estatuto, por lo que los alcances de la Corte, nuevamente, se ven severamente cuestionados.⁵³ Como surge del Estatuto de Roma, la Corte 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 personas⁵⁴ “respecto de los crímenes más graves de

de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional. 3. La declaración a que se refiere este artículo podrá hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo. 4. Estas declaraciones serán remitidas para su depósito al secretario general de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias de ellas a las partes en este Estatuto y al Secretario de la Corte. 5. Las declaraciones hechas de acuerdo con el artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional que estén aún vigentes serán consideradas, respecto de las partes en el presente Estatuto, como aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia por el periodo que aún les quede de vigencia y conforme a los términos de dichas declaraciones. 6. En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá.

⁵² Tamanaha, Brian, *op. cit.*, nota 35, pp. 133-136.

⁵³ 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. Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.

⁵⁴ 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

trascendencia internacional” (artículo 1o.), tal como figuran en el artículo 5o. del Estatuto.

En cuanto a la relación entre jurisdicción estatal e internacional, se resolvió de acuerdo con el 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 la que decide sobre la voluntad y la aptitud del Estado en cuestión.

De todas formas, siguen existiendo una serie de limitaciones sobre la capacidad de actuación de la Corte. Un buen ejemplo de esto es la relación 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 redundaría nuevamente, más en el establecimiento de un orden legal (*Rule by law*) que en un Estado de derecho (*Rule of law*).

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”.⁵⁵

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.

⁵⁵ 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

De todas formas, hay avances positivos en la materia que merecen ser destacados, 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 para 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 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.⁵⁶

En todo, caso queda claro que, en la medida en que la Corte Penal resuelva asuntos críticos despertando el interés y la confianza de la opinión pública, su legitimidad se verá reforzada, y con ellos la presión para que cada vez más Estados acepten su jurisdicción.⁵⁷ En este sentido, resulta una vía indispensable para avanzar en el establecimiento de un Estado de derecho internacional la aceptación obligatoria de la jurisdicción de la Corte Internacional y de la Corte Penal Internacional.

⁵⁶ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 57, 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.), *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, pp. 95-97.

⁵⁷ Donnelly destaca que en el Estado de derecho los ciudadanos deben ser protegidos por la ley en contra de su gobierno, así como contra la violencia privada. Los tribunales son el instrumento tradicional de los países sajones para asegurar esa protección. Los tribunales tienen otro papel importante en el mantenimiento del Estado de la ley. En lugar de luchar, en lugar de recurrir a la violencia privada, a los litigantes se les anima a llevar sus casos ante los tribunales y acatar los resultados. Para que la gente lleve sus controversias ante los tribunales y acaten los resultados, los tribunales deben ser capaces de mantener el Estado de derecho, y pueden avanzar en la garantía de las libertades civiles. Creemos que algo similar puede ocurrir en el caso del Estado de derecho internacional y los tribunales internacionales. Donnelly, Samuel, “Reflecting on the Rule of Law: Its reciprocal Relation with Rights, Legitimacy, and other Concepts and Institutions”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 603, 2006: 37-53, pp. 42-44.

3. *Estas reglas de derecho internacional aplican también a los demás sujetos de derecho internacional*

Señalamos anteriormente que el Estado de derecho internacional comenzó teniendo por actores a los Estados, a partir de la visión entronizada en la Paz de Westfalia. Sin embargo, con el correr del tiempo, resultó evidente que las organizaciones internacionales también resultan actores indispensables de las relaciones internacionales.

Sin embargo, en este punto la propia ONU desafía al Estado de derecho internacional en la medida en que el artículo 105 de la Carta de San Francisco establece una excepción altamente discutible:

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.

Desde luego, esta inmunidad rompe con el principio de igualdad ante la ley, básico en la noción de Estado de derecho, puesto que la misma implica que las normas serán aplicadas a todos, gobernantes y gobernados, sin excepciones.⁵⁸ En el caso del Estado de derecho internacional, se supone que las reglas de derecho internacional se adjudican a los Estados, pero también las organizaciones internacionales, las propias personas, y ahora a las ONG y movimientos sociales.

Sin embargo, la ONU ha insistido en que la organización no es parte de los tratados que se realizan 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 los que violan o protegen los derechos humanos, especialmente. Sin embargo, el argumento de que la ONU debería estar obligada resulta evidente a la luz de los objetivos y de los principios de la Carta de 1945.

Otra opinión al respecto enfatiza que las actividades llevadas a cabo por la ONU se asemejan a las de un Estado. Así lo entendió el Tribunal Europeo

⁵⁸ Sobre el tema, véase en este mismo volumen el trabajo de Gerhard Niedrist.

de Primera Instancia, el cual ha declarado que las decisiones del Consejo de Seguridad, en virtud de la cláusula de supremacía de la Carta de la ONU, se ven limitadas sólo por las normas de *jus cogens*. Este es uno de los pocos casos en que un tribunal revisó, indirectamente, la validez de una acción del Consejo.

Al respecto, vale considerar, a pesar de su extensión, la opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que señala:

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...

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.⁵⁹

Por lo tanto, a pesar de la inmunidad establecida en el artículo 105, los principios imperativos de derecho internacional rigen también para los miembros de la ONU, que no están por sobre encima ni al margen del orden legal internacional.

Al mismo tiempo, y una vez concluida la guerra fría, comenzó a surgir una concepción más amplia de la comunidad internacional, no formada sólo

⁵⁹ 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 12-04-2010 de <http://curia.europa.eu/jurispg/cgibin/form.pl?lang=es&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurftp=jurftp&numaff=T306/01&nomusuel=&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docor=docor&docav=docav&dcsom=docsom&docinf=docinf&alldocnrec=alldocnrec&docnoor=docnoor&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&dmaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher>

por Estados y organismos internacionales, sino también por personas. Esta visión refleja el hecho de que los conflictos internacionales ya no se dan sólo entre Estados, a través de sus fronteras, sino también al interior de un mismo Estado, como quedó claramente demostrado en el genocidio ruandés de 1994. Para defender y dotar de poder a las personas, que en muchas ocasiones son los actores más expuestos en los conflictos internacionales, es que cobran cada vez más importancia los tratados de defensa de los derechos humanos, el derecho humanitario, la apelación a la democracia y la propia idea de Estado de derecho internacional.

Sin embargo, cabe recordar que a pesar de la ampliación comentada, los sujetos de derecho internacional no son necesariamente idénticos en cuanto a la naturaleza o la medida de sus derechos. Es así como se incorporó en la subjetividad jurídica del individuo el tema de la responsabilidad internacional individual, de manera paralela a la responsabilidad internacional del Estado, pero sin alcanzar la plenitud jurídica de éstos. Por lo tanto, la subjetividad jurídica internacional del individuo es reducida y limitada, por lo que no se defiende aquí la tesis de la plena subjetividad jurídica internacional.⁶⁰

Un debate similar se plantea para otros actores cuya subjetividad en el derecho internacional hoy se encuentra en debate. Tal el caso de las ONG, también discutido en este libro.

En síntesis, a pesar de su intención minimalista y, por ello, se supone más fácilmente aplicable, la visión formal sobre el Estado de derecho internacional se enfrenta a importantes debates teóricos y desafíos prácticos que cuestionan sus supuestos y limitan sus alcances, tal como acabamos de ver.

V. VISIONES SUSTANTIVAS SOBRE EL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

En sentido sustancial, el Estado de derecho designa aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos se encuentran sujetos y limitados por la ley, tanto en las formas como en los contenidos.⁶¹

Por supuesto que quienes abonan este tipo de visiones toman como sustrato al Estado formal de derecho, que sigue constituyendo la condición necesaria (aunque no suficiente) de este diseño institucional. Sin embargo,

⁶⁰ Pérez-León, Juan Pablo, “El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 8, 2008, pp. 599-642.

⁶¹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 38.

a la dimensión formal le adicionan elementos sustantivos. Por lo tanto, este significado —exigente— implica un orden en el que los Estados y demás sujetos de derecho internacional respetan principios sustanciales contenidos básicamente en la Carta de 1945, la Declaración de 1948 y demás tratados derivados.

Analizaremos a continuación las tres características que integran a este modelo.

1. *Las reglas de derecho internacional deben fundarse en valores (contenidos sustantivos), expresados en la Carta de 1945, la Declaración de 1948, y demás tratados derivados (los pactos de 1966, la Declaración sobre las Relaciones de Amistad y Cooperación entre Estados de 1970, la Cumbre Mundial de 2005)*

Más aún, algunos autores vinculados con las visiones sustantivas identifican a la Carta de San Francisco con una constitución internacional, lo que ha motivado un profundo debate académico.

Al tratar de asimilar el Estado de derecho internacional con el modelo constitucional de derecho, se presenta un problema, especialmente entre aquellos teóricos que piensan el Estado de derecho como Estado constitucional. Esto es: si el sistema internacional cuenta con un documento, o documentos, que puedan ejercer el papel de una Constitución. Según Ferrajoli, la propia Carta de la ONU de 1945, la Declaración de Derechos de 1948, los dos pactos de derechos de 1966, constituyen una especie de “Constitución embrionaria”, y pueden desempeñar dicha función.⁶²

En efecto, tanto la Carta de 1945 como la Declaración de 1948 se complementan con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, que suponen una positivización de la Declaración, constituyen lo que algunos han dado en llamar el *Bill of Rights* del derecho internacional.⁶³

Sin embargo, destacados estudiosos niegan tal carácter constitucional, especialmente a la Declaración de 1948. La opinión de Kelsen es tal vez la más famosa al respecto, al afirmar que la Declaración expone principios

⁶² Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 343 y ss.

⁶³ Forsythe, David, *Human Rights in International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000-2007, p. 41.

generales, de gran autoridad moral, mas no jurídica.⁶⁴ Fue aprobada por la Asamblea siguiendo el formato de una resolución, pero no de un tratado internacional, por lo que no necesitó ratificación por parte de los Estados. Incluso, no forma parte del derecho internacional. Tampoco puede servir como base hermenéutica para interpretar los principios de la Carta referentes a los derechos humanos, ya que esta interpretación sólo puede realizarse con base en sus propias normas.⁶⁵

Por su parte, Chesterman señala que la Carta ha sido comparada con una Constitución para el orden internacional. Sin embargo, su lenguaje es exhortativo en lugar de declaratorio, tal como se espera de una Constitución. El preámbulo expresa la determinación de “crear condiciones en las que la justicia y el respeto de las obligaciones derivadas de tratados y otros fuentes del derecho internacional se puedan mantener”. Cuando habla de la Asamblea General, ubica entre sus funciones, “impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”. Estas exhortaciones reflejan la naturaleza primitiva del derecho internacional como sistema jurídico. Si el Estado de derecho se analiza en su contenido formal, puede ponerse en duda si el proceso de formulación de normas internacionales está regido por las leyes. Asimismo, las instituciones judiciales que existen se limitan a una jurisdicción esencialmente voluntaria. Todo esto cuestiona firmemente el papel de la Carta en tanto Constitución del sistema internacional.⁶⁶

Aquí el punto verdaderamente importante es si resulta indispensable la existencia de un documento o una serie de documentos que revistan la función de una Constitución para que pueda materializarse un Estado de derecho internacional. La respuesta que aquí se propone es que en la medida en que el orden jurídico internacional es autorregulado, la existencia de reglas claras y explícitas que enmarquen las relaciones entre los distintos actores cobra una relevancia prioritaria.

De todas formas, más allá de su carácter constitucional, la Carta contiene principios sustantivos que comprometen a quienes la ratifican, los que deben inspirar a los tratados y demás normativa surgida bajo su auspicio. Este hecho indudable, la existencia de valores que inspiran el orden surgido en 1945 y el diseño institucional correspondiente, pone en discusión a propuestas como la formulada por Chesterman. En efecto, este autor señala que

⁶⁴ Otros hablan de *soft law*. Sobre el tema se puede consultar, Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14; Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984-2005.

⁶⁵ Antonio Enrique, *ibidem*, p. 80.

⁶⁶ Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 1, pp. 33 y 34.

para concebir al 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 sustantivos —como la democracia, la promoción de ciertos derechos humanos, la justicia redistributiva o el *laissez-faire*— en su definición.⁶⁷

Sin embargo, como mencionamos, la sola presencia de valores contenidos e impulsados en la Carta de San Francisco compromete y obliga en su consecución a quienes la suscribieron. A continuación analizaremos puntualmente tales contenidos sustantivos.

2. Entre los valores, contenidos sustantivos, que inspiran al derecho internacional, se debe insistir específicamente en el mantenimiento de la paz, la seguridad, los derechos humanos, la democracia y el desarrollo económico. A éstos debe agregarse el derecho humanitario, al que aluden en general los principios del jus cogens

En este sentido, las actividades orientadas a la promoción del Estado de derecho a nivel internacional son parte fundamental de las tareas de la ONU.

El principio del Estado de derecho consagrado en la Carta de las Naciones Unidas comprende elementos relativos a la conducción de las relaciones entre los Estados. Los esfuerzos que se realizan en la materia se fundan en valores acordados en común y extraídos de los compromisos recogidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados,⁶⁸ el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 y demás documentos relacionados,⁶⁹ Entre dichos prin-

⁶⁷ Chesterman propone lo que podríamos llamar una definición básica del Estado de derecho, e incluye tres elementos: 1) el poder del Estado no puede ser ejercido de manera arbitraria. Esto supone un rechazo al Estado de derecho como gobierno de los hombres, sino de las leyes, sin exigir que el poder del Estado sea ejercido para un fin determinado. 2) La ley debe aplicarse también a los Estados soberanos y a sus instrumentos, a través de una institución independiente, como el Poder Judicial. 3) La ley debe aplicarse a todas las personas por igual, ofreciendo la misma protección sin discriminación. La ley debe ser de aplicación general y de implementación consistente; la ley debe ser capaz de ser obedecida. Esto supone que el Estado de derecho es más que un simple conjunto de leyes y principios legales, sino éstos principios suponen la “ley en acción.” Estos elementos de la definición básica pueden resumirse como el gobierno de la ley, la supremacía de la ley, y la igualdad ante la ley. Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 1, p. 15.

⁶⁸ A/RES/2625 (XXV), del 24 de octubre de 1970.

⁶⁹ A/60/L.1, del 24 de octubre de 2005.

cipios destacan, según lo expresado en el Informe del secretario general de la ONU sobre el Fortalecimiento y coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del Estado de derecho (2008):

a) El respeto de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, que son las bases indispensables para un mundo más pacífico, próspero y justo;

b) El reconocimiento de que la paz y la seguridad, el desarrollo, los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia están relacionados entre sí, se refuerzan mutuamente y se cuentan entre los valores y principios fundamentales, universales e indivisibles de las Naciones Unidas;

c) El reconocimiento de que es de vital importancia contar con un sistema multilateral eficaz, en consonancia con el derecho internacional, para enfrentar los problemas y las amenazas polifacéticos e interrelacionados que afectan a nuestro mundo y que lograr progresos en las esferas de la paz y la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos requiere que las Naciones Unidas sean fuertes y eficaces y desempeñen un papel central, mediante la aplicación de sus decisiones y resoluciones;

d) El respeto por la igualdad soberana de los estados y la necesidad de promover la abstención del recurso a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas;

e) La necesidad de solucionar las controversias por medios pacíficos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados, y los principios de justicia y derecho internacional;

f) El respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y su protección, del derecho de los pueblos a la libre determinación y la igualdad de derechos para todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión;

g) El reconocimiento de que la protección contra el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, las depuraciones étnicas y los crímenes de guerra es una obligación que no sólo tienen los estados para con sus poblaciones, sino también hacia la comunidad internacional.⁷⁰

En este sentido, y como complemento de los principios enunciados, se debe destacar que uno de los mayores logros de la ONU es el *corpus* general de normas y principios internacionales elaborados bajo su auspicio. El desarrollo y la codificación graduales del derecho internacional constituyen a la vez una esfuerzo permanente de la Organización y parte esencial de su labor.⁷¹

⁷⁰ A/63/226, pp. 10 y 11.

⁷¹ *Idem.*

Estos valores y principios constituyen entonces la verdadera razón de ser del Estado de derecho internacional. Como destaca Waldron, la soberanía de los Estados no es un valor que deba ser asumido como primer principio del análisis normativo. La soberanía es algo construido, no asumido, y se hace en beneficio de aquellos a cuyos intereses se defiende. Vale la pena insistir en que los Estados no son los portadores de valor final. Existen para el bien de los individuos. Para usar la terminología de Kant, no son fines en sí mismos, sino medios para la protección y la libertad. Como fiduciarios, se supone que los Estados operan legalmente y de manera consciente en el mundo pacífico y ordenado que se solicita en el derecho internacional. Un mundo en el que la violencia es restringida o mitigada, un mundo en el que los viajes, el comercio, y la cooperación son posibles, son algo buscado, no por el bien de los soberanos nacionales en sí mismos, sino por el bien de los millones de hombres, mujeres, comunidades y empresas que se encuentran a su cuidado. Éstos son los que resultan afectados si el orden internacional se interrumpe, son los que ven que su prosperidad está segura cuando el orden internacional es seguro. Su bienestar es el fin último del derecho internacional. En ninguna parte este objetivo resulta más claro que en el papel del derecho internacional en la articulación de un conjunto de normas comunes para la protección de los derechos humanos. En última instancia, el derecho internacional es orientado para el bienestar de los individuos, en lugar de la libertad de los estados.⁷²

Siguiendo con la línea marcada por la ONU, son varios los analistas que vinculan, al igual que la ONU, el Estado de derecho con aspectos sustantivos tales como los derechos humanos,⁷³ el desarrollo económico,⁷⁴ la democracia,⁷⁵ el desarrollo social,⁷⁶ la libertad de expresión,⁷⁷ la gobernan-

⁷² Waldron, Jeremy, *op. cit.*, nota 49, pp. 15-30.

⁷³ Véanse, entre otros, Amnesty International, "Afghanistan: Police Reconstruction Essential for the Protection of Human Rights", 2003, consultado el 12/11/2009 en <http://www.amnesty.org/en/library/info/ASA11/003/2003> (Donnelly, 2006, p. 12).

⁷⁴ Véanse, entre otros, Gorni, Ram, "China: Rule of Law, Sometimes", *Asia Times*, 03-07-2003; Carothers, Thomas, *op. cit.*, nota 31; Hoff, Karla y Stiglitz, Joseph, "After the Big Bang? Obstacles to the Emergence of the Rule of Law in Post-Communist Societies", *American Economic Review* 94 (3), 2004, pp. 753-763.

⁷⁵ Sobre el tema, entre otros, Orts, Eric, *op. cit.*, nota 16.

⁷⁶ Nichols, Philip, "The Rule of law as an International Norm", *World Civic Forum 2009*, Seoul, 2009, consultado el 12-11-2009 en http://www.wcf2009.org/program/program_06.asp; Christenson, Gordon, "World Civil Society and the International Rule of Law", *Human Rights Quarterly* 19 (4), 1997: pp. 724-737.

⁷⁷ Wimmer, Kurt, "Toward a World Rule of law: Freedom of Expression", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 603, 2006, pp. 202-216.

za global,⁷⁸ la lucha contra el terrorismo,⁷⁹ entre otras cuestiones, lo que destaca el consenso que existe en buena parte de la comunidad académica, política y económica, acerca de su importancia.

Como resulta evidente, también en este ámbito existen desafíos de importancia, entre los cuales debemos resaltar las violaciones del derecho internacional, que siguen siendo frecuentes; la falta de mecanismos de rendición de cuentas y escasa voluntad política de velar por el cumplimiento del derecho internacional. A fin de promover el Estado de derecho a nivel internacional, debe fortalecerse la labor de la Corte Internacional de Justicia y de otros mecanismos internacionales de solución de controversias. El fortalecimiento de los mecanismos judiciales y no judiciales, como el arbitraje y la conciliación, mediante los cuales se reafirma la obligatoriedad de los compromisos asumidos en el área del comercio y las inversiones, también contribuyen en gran medida a la promoción del Estado de derecho. Finalmente, y a riesgo de sonar reiterativos, resulta fundamental revisar la composición y el funcionamiento del propio Consejo de Seguridad, a fin de avanzar en la materialización del principio de igualdad de los Estados miembros de la Organización.⁸⁰

3. *Deben existir instituciones de garantía que aseguren los valores impulsados por el derecho internacional. Entre ellas, instituciones de garantía primaria (que protejan directamente la paz, la seguridad, los derechos humanos), y de garantía secundaria (orientadas a reparar y sancionar las violaciones de aquéllos)*

Quien sustenta esta visión sustantiva exigente (extremadamente exigente, a decir verdad) respecto del Estado de derecho internacional es Ferrajoli, entendiendo 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 tam-

⁷⁸ Sobre el tema, Palombella, Gianluigi, “The Rule of Law in Global Governance. Its Normative Construction, Function and Import”, *SSRN eLibrary*, 2010.

⁷⁹ Deflem, Mathieu, “Global Rule of Law or Global Rule of Law Enforcement? International Police Cooperation and Counterterrorism”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 603, 2006, pp. 240-251.

⁸⁰ Chesterman, Simon, “Unaccountable? The United Nations, Emergency Powers, and the Rule of Law in Asia”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 42, 2009, pp. 1509-1542; Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 30.

bién sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a principios de justicia —la igualdad, la paz, la tutela de los derechos fundamentales— positivamente inscritos en las Constituciones.⁸¹

De tal forma, 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 procedimiento de control de constitucionalidad a cargo de tribunales constitucionales, para garantizar tales contenidos sustantivos.

Los derechos fundamentales, recogidos en la Constitución como derechos positivos, se convierten en los límites y vínculos de la potestad legislativa.⁸²

Trasladando estos principios al ámbito internacional, Ferrajoli señala que tanto la Carta de la ONU de 1945 y la Declaración Universal 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.⁸³

Por lo tanto, la idea de Ferrajoli es que más que instituciones de gobierno, el sistema internacional carece de instituciones de garantía. Se trata de crear instituciones de garantía secundarias; esto es, jurisdicciones capaces de sancionar y reparar las violaciones de las garantías primarias. Dichas garantías primarias aluden a la paz y a la seguridad, y a los derechos fundamentales, comenzando por los derechos sociales.

En lo referente a la paz, se debe rehabilitar el papel de la ONU, al tiempo que se prohíbe la guerra. Para ello, se debe crear una policía internacional

⁸¹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 55, p. 99.

⁸² *Ibidem*, p. 100.

⁸³ Ferrajoli, Luigi, “¿Democracia sin Estado?”, en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (eds.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004, pp. 221-234, 227 y 228.

bajo el artículo 47 de la Carta, a fin de que la ONU monopolice la fuerza internacional. También se debe retomar el proceso de desarme iniciado en los ochenta. Pero, por sobre todo, se debe considerar a las armas como bienes ilícitos, y a la tenencia como delito.

En cuanto a los derechos humanos, se deben reformar las instituciones que rigen la economía mundial, dirigiéndolas al fin del desarrollo económico de los países pobres. También se deberían materializar los derechos sociales contenidos en el tratado de 1966. Finalmente, se deben instituir organizaciones referidas a la protección medioambiental, la garantía de la instrucción, la vivienda y otros derechos

Entre las instituciones de garantía secundarias, la instalación de la Corte Penal Internacional señala un avance relevante en el que se debe seguir trabajando.

Pero, a fin de reforzar a las instituciones garantistas, se debe avanzar en la construcción de una esfera pública internacional, entendida como “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”.⁸⁴

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.

Otros autores, a través de caminos en parte convergentes y compatibles con las conclusiones de Ferrajoli, complementan su visión. Por ejemplo, Nichols define al Estado de derecho a partir de cuatro elementos. En primer lugar la existencia de derecho, el que debe responder a ciertos criterios de equidad y funcionalidad (como por ejemplo los señalados por Raz o por Fuller).⁸⁵ En segundo lugar, la ley debe ser aplicada de forma igualitaria tanto a gobernantes como a gobernados. En tercer lugar, en la medida en que la ley puede responder a los criterios anteriores y ser, sin embargo, una ley cruel, tiránica u opresiva, se requiere que la ley responda a algún criterio exógeno, como los derechos humanos. De tal forma, la ley no debe ser “injusta”. Finalmente, el autor agrega un cuarto criterio: la ley debe ser mediada por las normas sociales. Una revisión de los sistemas políticos

⁸⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 55, p. 226.

⁸⁵ Nichols, Philip, *op. cit.*, nota 77.

reconocidos por cumplir con los criterios que definen al Estado de derecho nos muestran que esta mediación no sólo se produce, sino que es un aspecto vital del Estado de derecho. “Una ley en abstracto no es más que una colección de palabras”.⁸⁶ Por lo tanto, hay numerosos caminos a través de los cuales la sociedad media e interviene en la aplicación de la ley. Estas técnicas van más allá del simple proceso de establecer puntualmente el significado de las palabras. Así,

Un oficial de policía, por ejemplo, podría optar por advertir en lugar de arrestar, un fiscal o magistrado podría optar por imponer un delito menor o incluso retirar los cargos, un juez puede declarar una sentencia menor. Si estos poderes se utilizaron para cobrar sobornos u otras formas de enriquecimiento personal constituyen actos de corrupción, si las competencias se ejercen de manera arbitraria o de forma caprichosa pueden constituir actos de tiranía. Sin embargo, cuando estos actos se ejercen en conformidad con normas sociales que sean aceptadas como actos de flexibilidad, constituyen una parte normal y necesaria del sistema de justicia penal.⁸⁷

Justamente, es este cuarto requisito el que genera las dudas más serias sobre la viabilidad del Estado de derecho internacional. El Estado de derecho requiere la mediación social, al menos en dos cuestiones. En primer lugar, se requiere una sociedad capaz de formar y adherirse a normas y valores que la habrán de guiar. No cabe duda de que un número considerable de personas se identifican con la comunidad internacional y sus valores. Sin embargo, el hecho de que algunas personas puedan ser capaces de establecer relaciones e incluso identificarse con la comunidad internacional no prueba la existencia de una comunidad global cohesiva suficiente para generar las mediaciones que requiere el Estado de derecho.

Una segunda pregunta se refiere a los mecanismos de mediación social. Walzer argumenta que la identificación de una sociedad con el concepto de justicia puede ser amplia o estrecha (*thick or thin*). La identificación con un marco jurídico comunitario puede ser estrecha o amplia dependiendo de factores tales como la identificación social con las normas, el grado de preocupación sobre el tema, la cantidad de control percibido en el cumplimiento de ellas, entre otras cuestiones. Si la identificación de la sociedad global con el derecho es débil, si las deliberaciones que tienen lugar dentro de la sociedad mundial son escasas, si el grado de compromiso es insufi-

⁸⁶ *Ibidem*, p. 6.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 5.

ciente, si las normas y valores de la sociedad global no pueden ejercer una influencia suficiente en el derecho, se carecerá de medios para llevar a cabo la mediación social que requiere el Estado de derecho. Esto podría generar que en lugar de un Estado de derecho (*Rule of law*) se obtenga por resultado un orden legal (*Rule by law*). A falta de mediación social, se corre entonces el riesgo de perder los beneficios que aporta el Estado de derecho. En cambio, en el marco de una sociedad internacional vibrante, justa, equitativa, donde la igualdad de oportunidades y la inclusión son objetivos compartidos, el Estado de derecho puede contribuir al logro de esos objetivos. Sin embargo, la aplicación estéril de la ley, sin mediación social, puede generar resultados tan represivos como la aplicación arbitraria de las leyes.⁸⁸

Esta visión, decíamos, entronca directamente con la existencia de una sociedad civil, esfera global internacional, capaz de crear una red densa de relaciones, que medien en la aplicación de las normas que constituyen el Estado de derecho. Constituye una tarea primordial, para avanzar en la edificación del Estado de derecho internacional, desarrollar una sociedad civil internacional (esfera pública internacional) capaz de mediar en la aplicación del derecho internacional.

Como se puede apreciar, las visiones sustantivas del Estado de derecho internacional no sólo deben enfrentar el desafío de garantizar contenidos materiales en el derecho internacional, sino también avanzar en la apropiación efectiva de tales contenidos por parte de los actores internacionales. Este desafío constituye su reto más importante.

VI. ¿CÓMO USAR LA CARTOGRAFÍA PROPUESTA PARA GUIARNOS POR LA GEOGRAFÍA DEL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL?

A esta altura de nuestra indagación el lector puede preguntarse con absoluta propiedad cómo debe ser leída la cartografía propuesta. Por ejemplo, ¿debe ser interpretada en un sentido lineal y progresivo? Es decir, ¿recién cuando se ha cumplido a cabalidad el criterio más básico se pasa al superior inmediato? La respuesta evidentemente es negativa. En primer lugar, a riesgo de sonar convencional, cada criterio supone además de una serie de principios e instituciones concretas, una aspiración normativa. En este sentido, siempre se podrá profundizar el imperio del derecho internacional en las relaciones entre Estados, y entre éstos y los demás actores internaciona-

⁸⁸ Nichols, Philip, *op. cit.*, nota 77, p. 11.

les. La independencia de los tribunales y los jueces siempre puede ser perfeccionada, y así sucesivamente con cada uno de los criterios identificados.

A su vez, esto nos puede llevar a correr el riesgo del conformismo: como nunca conseguiremos una aplicación absoluta de cada criterio, por lo tanto, sería realista conformarse con una aplicación imperfecta del mayor número posible de aquéllos. Sin embargo, Ferrajoli cuestiona esta idea desde una perspectiva exigente. Según el criterio del profesor italiano, debemos impulsar una visión sustancialista, no complaciente, del Estado de derecho internacional. Señala Ferrajoli que 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,

... 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.⁸⁹

Es decir, a pesar de la dificultad que supone, debemos tratar de materializar con la mayor profundidad posible cada criterio definitorio del Estado de derecho internacional. En este sentido, podemos decir que el Estado de derecho internacional es un trabajo en construcción permanente, ajeno a todo conformismo o desánimo.

Por otra parte, resulta evidente también que distintos criterios, con diferentes grados de alcance, se edifican al mismo tiempo. Mientras que el derecho internacional se desarrolla y se aplica a las relaciones interestatales con distintos grados de profundidad, según los Estados implicados, la materia en cuestión y los intereses en juego (como recuerda Waldron, muchas veces cuando los Estados más poderosos pierden el incentivo de respetar el derecho internacional, simplemente lo dejan de lado y conducen sus acciones internacionales de manera más o menos discrecional), al mismo tiempo se está avanzando en la construcción de una jurisdicción internacional cada vez más amplia. Así, a pesar de sus limitaciones, la propia existencia de la Corte Internacional de Justicia y desde 2002 de la Corte Penal Internacio-

⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 55, p. 370.

nal, son avances notables en materia de justicia internacional. En cuanto a la aplicación del derecho internacional a otros actores no estatales, el Estatuto de Roma de 1998 representa un avance significativo en el reconocimiento de la subjetividad internacional en la medida en que hace posible juzgar a personas, no Estados, por sus responsabilidades penales.

Entrando en materia sustantiva, presenta también desarrollos significativos. Independientemente de si el sistema internacional necesita de una Constitución y si algunos documentos rectores de la organización internacional instaurada en 1945 pueden o no asumir el carácter de una Constitución internacional, la Carta de 1945, la Declaración de 1948, los pactos de 1966, la Declaración de 1970, el Estatuto de Roma de 1998 y la Cumbre Mundial de 2005, son hitos fundamentales en materia de principios rectores del régimen internacional. En este punto, desde la posguerra se avanzó significativamente en el reconocimiento de derechos. Finalmente, en el reconocimiento de contenidos sustantivos, un hecho interesante, pero difícil de prever su desarrollo futuro, como ya señalamos, reside en la sentencia del 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*. Éste es uno de los pocos casos en que un tribunal revisó indirectamente la validez de una acción del Consejo de Seguridad. Sin embargo, resta mucho trabajo por delante para llegar a establecer, como establece el último criterio, instituciones que garanticen de manera efectiva tales derechos y principios sustantivos frente a cualquier tipo de amenaza.

VII. LA IMPORTANCIA DE LOS MODELOS

De acuerdo con el análisis realizado, cuando hablamos de Estado de derecho internacional hacemos referencia a un sistema legal (derecho internacional) que intenta controlar, limitar y guiar la acción de los Estados y demás actores de las relaciones internacionales en la consecución y defensa de valores tales como la paz, la seguridad, los derechos humanos, la democracia y el desarrollo económico.

El tema del Estado de derecho internacional aparece explícitamente en el escenario internacional a mediados de la década de 1990, como consecuencia de lo que dio en llamarse “nuevo orden internacional”, surgido a raíz de la caída del bloque soviético. A través de éste se intentó organizar las relaciones internacionales a partir de medios políticos y estratégicos,

reduciendo la apelación a intervenciones armadas para mantener el orden internacional.

Vinculados a este nuevo orden, aparecen valores tales como la democracia, los derechos humanos y el propio Estado de derecho, como principios reguladores de las relaciones internacionales. Esto explica (más allá de su valor intrínseco) el consenso llamativo sobre el Estado de derecho que se constata desde la década de los noventa. Sin embargo, debemos ser cautos en la medida en que dicho consenso no siempre se traduce en acciones concretas. Aunque numerosos gobiernos prometen luchar contra la corrupción, respetar y valorizar el orden legal y otras cuestiones vinculadas con la agenda del Estado de derecho, luego reproducen antiguas prácticas, sin observarse cambios en la materia.

Asimismo, existen diferencias ideológicas significativas acerca de qué se entiende y qué se espera por parte del Estado de derecho. Así, los gobiernos de raíz conservadora apelan al Estado de derecho para asegurar algunas cuestiones que valoran especialmente, como la defensa de los derechos de propiedad, un tratamiento adecuado a las inversiones externas, una policía fuerte y, en general, un énfasis en la ley y el orden. A su vez, la izquierda espera una defensa de los derechos humanos y un tratamiento igualitario ante la ley para todos, poniendo énfasis en los menos favorecidos, aunque se apuesta a un refuerzo de la ciudadanía en general. Mientras tanto, los centristas imaginan al Estado de derecho en una dimensión tecnocrática, reforzando los elementos claves que favorezcan la gobernabilidad, como el incremento de la transparencia, la rendición de cuentas y la lucha anticorrupción.⁹⁰ Según Chesterman, esta ambigüedad sobre el significado del Estado de derecho internacional es lo que permite, paradójicamente, el consenso tan amplio que existe sobre la importancia y el valor del mismo.⁹¹

Por otra parte, mientras que en las décadas de 1980 y 1990 la atención en el desarrollo del Estado de derecho se incrementaba, las definiciones se hacían más inclusivas. Con anterioridad, al hablar de Estado de derecho, en especial entre quienes lo asociaban con el desarrollo económico, se imponían las nociones formales, insistiendo en la limpieza procedimental y en el ineficiencia institucional. Más que un Estado de derecho (*Rule of law*) se aludía a un orden legal (*Rule by law*). La diferencia resulta fundamental. Mientras que el orden legal refuerza el poder del gobierno, el Estado de derecho favorece y realiza el poder de las personas y otros actores, en este caso, internacionales.

⁹⁰ Carothers, Thomas, *op. cit.*, nota 33, p. 52.

⁹¹ Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 1, p. 2.

Sin embargo, como mencionaba, en las décadas siguientes ganó terreno una visión amplia, no sólo procedimental, sino apegada a contenidos sustantivos, especialmente vinculada con los derechos civiles y políticos, como parte esencial de la justicia y del Estado de derecho. En este sentido, la agenda del Estado de derecho coincidió con la de la democratización que acontecía en numerosos países del mundo. Promoviendo entonces el Estado de derecho se reforzaba la institucionalización de un núcleo de derechos basales de la democracia. Sin embargo, en esta primera década del siglo XXI se produjo nuevamente un cambio, ganando terreno la tendencia contraria. En la medida en que algunos gobiernos autoritarios o semiautoritarios debieron abrazar la agenda vinculada con el Estado de derecho, prefirieron adherirse a definiciones mínimas, procedimentales.⁹²

Por lo tanto, aquí se presentan dos cuestiones de suma importancia. En primer lugar, y tal como señalamos, la Carta de San Francisco integra contenidos sustantivos que han sido aceptados por quienes la suscribieron, por lo que luego no pueden ser desconocidos o ignorados. Estos contenidos son vinculantes y no discrecionales de cada Estado. En segundo lugar, apostar por definiciones procedimentales, que no cuestionan ni proponen modificaciones al régimen internacional actual, supone aceptar el orden legal imperante, cristalizando el *statu quo*, sin avanzar en la concreción del Estado de derecho internacional.

Como se puede apreciar, estas cuestiones se traducen en distinta medida en los modelos aquí analizados, los que reflejan estas tendencias históricas y teóricas, al tiempo que nos presentan tres elementos que deben ser destacados.

En primer lugar, los modelos actúan como indicadores de tendencias tanto académicas como políticas e ideológicas, que ayudan a encuadrar el fenómeno. Es importante entonces distinguir de forma crítica entre unas y otras.

En segundo lugar, estas visiones ofrecen también un diagnóstico, una visión crítica acerca de las limitaciones y desafíos a los que se enfrenta el Estado de derecho internacional a fin de lograr su implantación.

En tercer lugar, los modelos presentan opciones teóricas y metodológicas que nos hablan de tradiciones que se proyectan sobre fenómenos nuevos y que, a la larga, pueden marcar su desarrollo. En este sentido, las

⁹² Carothers, Thomas, *op. cit.*, nota 33, pp. 53-55. También, Carothers, Thomas, "Rule of Law Temptations", en Heckman, James; Nelson, Robert y Cabatingan, Lee (eds.), *Global Perspectives on the Rule of Law*, Oxon, Routledge, 2010, pp. 17-27.

categorías que usamos para abordar de forma teórica al Estado de derecho internacional son las mismas que utilizamos para estudiar al viejo Estado de derecho. Como mencionamos a lo largo de este capítulo, esta tendencia constituye un problema analítico (del que este trabajo no está exento), en tanto que aborda la cuestión con herramientas metodológicas y conceptuales no del todo adecuadas. Este hecho ha marcado en buena medida nuestra comprensión sobre el tema, y no debemos perderlo de vista.

Por lo tanto, los modelos, además de brindarnos una aproximación cartográfica, están cargados de información sobre las percepciones y las evaluaciones que se tendrá de los procesos estudiados. En este sentido, el análisis de los modelos que circulan en torno al Estado de derecho internacional resultan tan interesantes como el propio fenómeno.

Sin embargo, tal y como hemos destacado a lo largo de esta reflexión, el Estado de derecho internacional resulta aún una aspiración lejana. En primer lugar, el estado actual del régimen internacional puede garantizar un orden legal (*Rule by law*), pero no aún un Estado de derecho (*Rule of law*). Existen varios desafíos que resolver para lograr la transición que media entre ambos conceptos, entre los que destacan la necesidad de garantizar la igualdad entre los Estados soberanos, avanzar en ensanchar la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Penal Internacional, sólo para nombrar algunos de los más urgentes.

Si conseguimos avanzar en este ámbito, un Estado de derecho efectivo dejará su impronta sobre el proceso legal, sometiendo a los actores políticos a controles procedimentales, legales y constitucionales más estrictos. Un efecto secundario de esta influencia será 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.⁹³

¿Cuándo llegaremos a este punto ideal?

La historia del Estado de derecho es antigua, y su desarrollo, lento. A su vez, la historia del Estado de derecho internacional recién comienza. La

⁹³ 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.

evolución del viejo Estado de derecho puede aportar valiosas enseñanzas al devenir del Estado de derecho internacional, colaborando así en que podamos ahorrar algo de camino. Pero el proceso es largo y tortuoso; requiere de energía y de convicción, aunque muchas veces haya pocos motivos para sostener el ánimo. No debemos perder de vista estas cuestiones, porque nos enfrentamos a una lucha que nos trasciende.