

## EL DERECHO INTERNACIONAL GLOBAL: UNA RETÓRICA ÚTIL PARA UNA TRANSFORMACIÓN NECESARIA

Alicia CEBADA ROMERO

Profesora titular de Derecho internacional público  
Universidad Carlos III de Madrid

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONCEPTO DE DERECHO GLOBAL.—2.1. Un Derecho con un apoyo global como fundamento de un nuevo ordenamiento jurídico internacional.—2.2. La trascendencia constitucional del Derecho global.—2.3. La relación entre Derecho global y democracia.—2.3.1. Derecho global y democracia estatal.—*a)* Instrumentos internacionales para promover y salvaguardar la democracia.—*b)* El Derecho internacional y la calidad democrática estatal.—2.3.2. Derecho global y democracia global.—3. DERECHO INTERNACIONAL GLOBAL: AVANCES Y RETROCESOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL.—3.1. Prevenir las regresiones.—3.2. Impulsar los avances.—3.2.1. ¿Hacia un Derecho internacional más humano: la sentencia del TIJ en el caso de las Inmunidades (*Alemania c. Italia*)?—3.2.2. La asignatura pendiente: hacia un Derecho internacional más social.—4. REFLEXIONES FINALES.

### 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es describir cómo en el marco del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico internacional se está gestando un Derecho internacional global<sup>1</sup>, que representa un paso más en la superación del paradigma intergubernamental<sup>2</sup> y una adaptación del Derecho internacional a la transmutación de la sociedad internacional en una sociedad

<sup>1</sup> MARIÑO MENÉNZ, F., *Derecho internacional público. Parte general*, Madrid, Trotta, 2005, p. 77.

<sup>2</sup> En la doctrina española, ORTEGA CARCELÉN, M., *Introducción al Derecho global*, Madrid, Sial Ediciones, 2009. Y recientemente, DOMINGO, R., «Gaius, Vattel, and the new global law paradigm», *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 22/3, 2011, pp. 627-647. Véase también ZICCARDI CAPALDO, G., *The pillars of global law*, Hampshire, Ashgate, 2008. Destacando que el Estado ha perdido su mono-

global<sup>3</sup>. En un contexto de cambios formidables, se vuelve a prestar atención a la idea de humanidad<sup>4</sup>, que se presenta como un bien común global, cuya protección exige de los Estados un ejercicio responsable de la soberanía<sup>5</sup>. El Derecho global ilustra perfectamente el proceso de humanización del ordenamiento jurídico internacional<sup>6</sup> y puede servir además para impulsar el desarrollo de la dimensión social de éste.

En el apartado 2 de este trabajo se analizará el concepto de Derecho global, destacando su trascendencia constitucional y su dimensión democrática, así como la fortaleza que adquieren sus normas como consecuencia de su interiorización por parte de la sociedad global. El Derecho global es la expresión de una mutación necesaria del Derecho internacional, con la que éste adquiere una «ventaja evolutiva» para adaptarse y responder a los cambios en la sociedad internacional<sup>7</sup>. Además, en el apartado 3 se examinará cómo el Derecho global puede inspirar, no sin dificultad, avances y prevenir retrocesos en la evolución del orden jurídico internacional. Se incluye un breve comentario de la reciente sentencia del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en el asunto de las inmunidades de jurisdicción (*Alemania c. Italia*) porque ilustra perfectamente que los avances no son sencillos. El trabajo se cerrará con unas reflexiones finales.

## 2. EL CONCEPTO DE DERECHO GLOBAL

Aunque el origen del concepto de Derecho global se podría remontar al pensamiento de la Escuela Española de Derecho Internacional, y en concreto a la idea de *communitas orbis* desarrollada por Francisco de Vitoria<sup>8</sup>, no podemos realizar aquí, por razones de espacio, un análisis histórico de los

---

polio en la creación normativa y resaltando el papel de los actores privados, TEUBNER, G. (ed.), *Global Law beyond a State*, Aldershot, Brookfield, Ashgate Publishing Company, 1997.

<sup>3</sup> Sobre el concepto de sociedad global o mundial, véase BRUNKHORST, H., «Dialectical snare: human rights and democracy in the world society», *Ethics & Global Politics*, núm. 3, vol. 2, 2009, p. 219. Un componente de la sociedad global sería la sociedad civil global, definida por: FALK, R., «The pathways of global constitutionalism», en FALK, R. A., JOHANSEN, R. C. y KIM, S. S., *The constitutional foundations of World Peace*, Albany, Nueva York, State University of New York Press, 1993, p. 14.

<sup>4</sup> Cançado Trindade expone la postura más radical: CANÇADO TRINDADE, A., «International Law for Humankind: towards a New Ius Gentium», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (en adelante *RdC*), vols. 316 y 317, 2005.

<sup>5</sup> A este respecto, véase FALK, R. A., «The pathways...», *op. cit.*, nota 3, pp. 24 y ss. Centrándose en la relación entre la humanización del Derecho internacional y la aparición de conceptos como el de «responsabilidad para proteger», PETERS, A., «Humanity as the Alfa and Omega of Sovereignty», *EJIL*, vol. 20/3, 2009, pp. 513-544.

<sup>6</sup> CANÇADO TRINDADE, A., «International...», *op. cit.*, vol. 316, nota 4, pp. 11 y ss.; RATNER, S. R., «International law: the trials of global norm», *Foreign Policy*, 1998, núm. 110, pp. 65 y ss. También se refirió al proceso «quizás irreversible» de humanización de la sociedad internacional y de su Derecho, RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 61 y ss.

<sup>7</sup> BRUNKHORST, H., «EU as a Cosmopolitan Order», en ERIKSEN, E. O. y FOSSUM, J. E. (eds.), *What democracy for Europe?*, ARENA Report núm. 3/10; RECON Report núm. 11, Oslo, 2010, pp. 135 y ss.

<sup>8</sup> VITORIA, F. DE, *Corolario*, párr. 21. Este aspecto aparece desarrollado en DÍAZ, B., «El internacionalismo de Vitoria en la era de la globalización», *Cuadernos de Pensamiento Español*, 27, 2005, disponible en: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/7071/1/27.pdf>.

fundamentos doctrinales del concepto. Nuestro objetivo, más limitado, es examinarlo a la luz de las dinámicas que gobiernan la evolución del ordenamiento jurídico internacional en el momento presente. No pretendemos ser neutrales. Asumiendo que la neutralidad no es posible en el análisis del Derecho internacional, imbuido de consideraciones jurídicas, políticas, sociológicas y axiológicas<sup>9</sup>, el concepto de Derecho global está lejos de ser neutral. Aquí se utilizará, en el marco de una aproximación constitucionalista al Derecho internacional<sup>10</sup>, para impulsar la idea de que es necesario, por un lado, seguir profundizando en una dinámica de humanización de las normas internacionales y, por otro, progresar en la consolidación de la dimensión social del ordenamiento internacional.

En el Derecho global quedarían englobados los desarrollos más inclusivos y *humanos* del Derecho internacional hasta la fecha. Estaría integrado, de una parte, por normas internacionales imperativas y, de otra, por los principios constitucionales y normas de trascendencia constitucional, que reflejan valores compartidos por la comunidad internacional en su conjunto<sup>11</sup>. Así, el Derecho global se corresponde con el núcleo constitucional del ordenamiento jurídico internacional, pues incluye el conjunto de normas y principios que deben servir de referencia para hacer una interpretación integrada de ese ordenamiento. El Derecho imperativo internacional se ha ido consolidando al compás de los avances del Derecho internacional en el ámbito de la protección de los derechos humanos<sup>12</sup>, el Derecho humanitario<sup>13</sup> y la responsabilidad penal internacional<sup>14</sup>. A su vez, estos desarrollos han producido un

<sup>9</sup> ABELLÁN HONRUBIA, V., «Sobre el método y los conceptos en Derecho internacional público», en RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. y PÉREZ VERA, E. (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje a J. A. Carrillo Salcedo*, vol. I, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, Servicio de Publicaciones, 2005, p. 55. Sosteniendo, en cambio que la neutralidad es uno de los elementos esenciales del Derecho internacional, WEIL, P., «Towards Relative Normativity in International Law?», *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, p. 420.

<sup>10</sup> Para bibliografía sobre la interpretación constitucionalista del Derecho internacional, véase *infra*, nota 39. En cambio, para una visión crítica del constitucionalismo global, véase YOUNG, E. A., «The trouble with global constitutionalism», *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003, p. 527.

<sup>11</sup> Se supone aquí que las normas imperativas tienen naturaleza constitucional. En esta línea, ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, OUP, 2006, p. 10; BYERS, M., «Conceptualising the Relationship Between *Ius cogens* and *Erga Omnes Rules*», *Nordic Journal of International Law*, vol. 66, 2007, p. 212. En cambio, sostiene que tienen un carácter penal, HANNIKAINEN, L., *Peremptory Norms (*Ius cogens*) in International Law: Historical Development, Criteria, Basic Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1988, p. 1.

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, la labor de los órganos de control internacionales ha resultado fundamental para definir la relación entre *ius cogens* y derechos humanos. «Comentario General 29 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sobre estados de emergencia», UN Doc A/56.40, vol. 1, 202, julio de 2001. Por otro lado, en cuanto a la delimitación precisa del contenido y del alcance de las normas imperativas, la labor de los órganos de control, así como de los tribunales regionales de derechos humanos ha sido fundamental.

<sup>13</sup> THÜRER, D., «International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context», *Recueil des Cours*, vol. 338, 2008, p. 65.

<sup>14</sup> Aunque el Derecho penal internacional regula la responsabilidad de los individuos, los avances que se están produciendo en este ámbito contribuyen, sin duda, a la consolidación y expansión de conceptos como el de crimen contra la humanidad, lo que tiene también repercusiones en la definición del Derecho imperativo internacional. Sobre la relación entre la noción de crimen contra la humanidad

reforzamiento de los principios constitucionales orientados a la protección de la persona y a su pleno desarrollo humano. La protección universal de los derechos humanos<sup>15</sup> y la dignidad humana<sup>16</sup> serían principios constitucionales que quedarían integrados en el Derecho global. En caso de colisión con otros principios fundamentales se debería optar por los globales. La íntima conexión entre las normas imperativas y los derechos humanos es evidente<sup>17</sup>. Así, en las ocasiones en que los tribunales internacionales han invocado el concepto de *iustitia cogens* se comprueba su relación directa con la protección de los derechos humanos<sup>18</sup>. Además, el bloque de constitucionalidad del ordenamiento jurídico internacional estaría integrado por los instrumentos que conforman la llamada Carta internacional de los derechos humanos: la Declaración Universal y los Pactos de Naciones Unidas de 1966. Estas normas tienen naturaleza constitucional, con independencia de su carácter imperativo<sup>19</sup>. El resto de normas internacionales de derechos humanos tendrían trascendencia constitucional, pues contribuyen en definitiva a robustecer los principios constitucionales globales.

Para profundizar en el concepto de Derecho global, vamos ahora a examinar tres rasgos fundamentales que lo caracterizan, a saber, su reconocimiento global, su dimensión y trascendencia constitucionales, así como sus connotaciones democráticas.

---

y *Ius Cogens*: BASSIOUNI, Ch., «International Crimes, Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes», *Law & Contemporary Problems*, vol. 59, 1996, p. 63. ICTY As. IT-95-17/1-T, *Fiscal c. Anto Furundžija*, Sentencia de 10 diciembre de 1998, párrs. 146 y ss.

<sup>15</sup> KAELBACH, S. y KLEINLEIN, T., «International Law - a Constitution for Mankind? An attempt at re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles», *German Yearbook of International Law*, vol. 50, 2007, p. 338.

<sup>16</sup> CARRILLO SALCEDO, A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 100-106.

<sup>17</sup> Sobre la relación intrínseca entre Derecho imperativo y derechos humanos, véase BIANCHI, A., «Human Rights and the Magic of Ius Cogens», *EJIL*, 19/3, 2008, pp. 491-508.

<sup>18</sup> En el ámbito del Derecho humanitario el Tribunal Internacional de Justicia, no se refirió al *iustitia cogens*, sino a «*intransgressible principles of international customary law*», TIJ, Opinión consultiva en el caso de la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, *ICJ Reports*, 1996, 226, párr. 79 (aunque Thürer señalaba el paralelismo entre los dos conceptos, THÜRER, D., «International Humanitarian Law...», *op. cit.*, nota 23, p. 264). En relación con la prohibición del genocidio: TIJ, Actividades armadas en el territorio del Congo (*RDC c. Ruanda*), Jurisdicción y Admisibilidad, *ICJ Reports*, 2006/1, párrs. 64 y 125. Sobre el carácter imperativo de la prohibición de la tortura y sus consecuencias: ICTY As. IT-95-17/1-T, *Fiscal c. Anto Furundžija*, Sentencia de 10 diciembre de 1998, párrs. 155-156.

<sup>19</sup> No todos los derechos humanos están protegidos por normas imperativas: Comentario General 29 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *op. cit.*, nota 12, párr. 11; MARIÑO, F., «Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el Derecho internacional», *III Cursos Euromediterráneos Bancja de Derecho Internacional*, 1999, p. 337. Para una posición opuesta, VERDROSS, A., «*Ius Dispositivum and Ius cogens in International Law*», *Am. J. Int'l L.*, 60, 1966, p. 59. El juez Tanaka en su voto discrepante en el asunto del sudoeste africano, también declaró que «*surely the law concerning the protection of human rights may be considered to belong to the jus cogens*», *South West Africa (Ethiopia c. S. Afr.; Liberia c. S. Afr.)*, Second Phase, *ICJ Reports*, 1996, 250, 298 (Sentencia de 18 de julio de 1996).

## 2.1. Un Derecho con un apoyo global como fundamento de un nuevo orden jurídico internacional

Como consecuencia de la consolidación de nuevas formas de subjetividad internacional y del empoderamiento<sup>20</sup> de los nuevos sujetos y actores, la iniciativa de modernizar el Derecho internacional consuetudinario tiene cada vez más adherentes<sup>21</sup>. Puesto que las normas imperativas tienen una naturaleza consuetudinaria, esta propuesta les podría ser aplicable<sup>22</sup>. A. Cançado Trindade ha llevado el enfoque modernizador al extremo, relegando el papel de la práctica estatal en el proceso consuetudinario y sosteniendo que la costumbre internacional deriva principalmente de la *opinio iuris communis* de todos los sujetos de Derecho internacional, entre los que incluye a los seres humanos, a los pueblos y a la humanidad en su conjunto<sup>23</sup>. Esta descripción del proceso consuetudinario, aunque muy atractiva, no es convincente. Siendo verdad que el peso de la *opinio iuris* en el proceso de creación de la costumbre se ha ido acrecentando<sup>24</sup>, no podemos ignorar que la práctica estatal es un componente todavía esencial de ese proceso<sup>25</sup>. Además, la *opinio iuris* sigue derivando fundamentalmente de la conciencia de los Estados<sup>26</sup>. Esto no quiere decir que no haya espacio para la participación de actores no estatales en el proceso de creación y transformación de las normas imperativas, en particular, y de las normas consuetudinarias, en general. En primer lugar, en lo que se refiere a la creación, el consenso global sobre la necesidad y oportunidad de una norma puede orientar la práctica de los Estados y puede contribuir al mismo tiempo a crear en éstos la conciencia de su obligatoriedad. Piénsese en el movimiento internacional para la abolición de la pena de muerte, que está favoreciendo, sin duda, la formación de una norma consuetudinaria internacional o en el impulso que desde la sociedad

<sup>20</sup> Aunque entendemos a aquellos a quienes disgusta profundamente el anglicismo «empoderar», hemos decidido usarlo pues las palabras que nuestro idioma ofrece como sinónimos: «apoderar» o «potenciar», no encierran todos los matices que tiene el vocablo inglés «empower».

<sup>21</sup> Isabelle Gunning sugería que los actores no soberanos, incluyendo a las ONG, deberían poder participar en el proceso de creación de normas consuetudinarias, GUNNING, I., «Modernizing Customary International Law: the Challenge of Human Rights», *Virginia Journal of International Law*, vol. 31, 1991, p. 211. Expresando su desconfianza hacia este tipo de propuestas, SIMMA, B. y ALSTON, P., «The Sources of Human Rights Law: Custom, *Ius cogens* and General Principles», *Aust. YBI*, vol. 12, 1988-1989, p. 82.

<sup>22</sup> Se asume aquí que las normas imperativas tienen naturaleza consuetudinaria aunque los principios generales también pueden ser una referencia relevante. Véanse VERHOEVEN, J., «Considérations sur ce qui est commun», *Cours Générale Droit International Public*, *RdC*, vol. 334, 2008, p. 231; JUSTE RUIZ, J., «Las obligaciones *erga omnes* en Derecho internacional público», en *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1979, p. 224.

<sup>23</sup> CANÇADO TRINDADE, A., «International...», *op. cit.*, vol. 316, nota 4, p. 336.

<sup>24</sup> En línea con aquellos que defienden la *modernización* del proceso consuetudinario, ROBERTS, A. E., «Traditional and Modern Approaches to Customary International Law», *American Journal of Int. L.*, vol. 95, 2001, pp. 757-791.

<sup>25</sup> Confirmado por el TIJ en la Sentencia de 3 de febrero de 2012, *Jurisdictional immunities of the State: Germany c. Italy: Greece intervening*, párr. 55.

<sup>26</sup> *Ibid.*, párr. 55. Véase también *Plataforma continental, Libyan Arab Jamahiriya c. Malta*, Sentencia, *ICJ Reports*, 1985, pp. 29-30, párr. 27.

civil organizada se ha dado a los avances en el área del Derecho penal internacional<sup>27</sup>. Es importante destacar la transparencia de este tipo de movimientos, frente a otros impulsados por intereses espurios y que desde la opacidad promueven la realización de distintos objetivos que no siempre son respetuosos con el ideal de protección de los derechos humanos<sup>28</sup>. Así mismo, una vez que la norma consuetudinaria ha surgido, una conciencia global inspiraría la conformación del carácter *cogentis* de la *opinio iuris*. Podemos encontrar un ejemplo, de nuevo, en el ámbito de la lucha por la abolición de la pena de muerte, más en concreto, por la supresión de la pena capital en el caso de los menores<sup>29</sup>. Por otro lado, una vez que ha surgido una norma imperativa, ésta resulta fortalecida como consecuencia de su interiorización por la comunidad internacional global, incluyendo no sólo a los Estados. Es decir, puede que no sea necesario un consenso global en torno a una norma imperativa para su formación, pero sí puede impulsarla. Además, la norma resultante estaría más protegida frente a futuras transformaciones de carácter regresivo. El resultado de este apoyo global sería, por tanto, una *normatividad reforzada*<sup>30</sup>. En efecto, ahora que los valores protegidos por las normas imperativas han sido asumidos globalmente<sup>31</sup>, parece razonable esperar una reacción de la sociedad internacional para oponerse a cualquier intento de cercenar la protección de esos valores<sup>32</sup>. Piénsese, por ejemplo, en las infruc-

<sup>27</sup> SCHABAS, W., *The abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

<sup>28</sup> Piénsese, por ejemplo, en los Acuerdos TRIP Plus, impulsados desde países desarrollados. En estos acuerdos el objetivo prioritario es la protección de los intereses de la poderosa industria farmacéutica, aun a costa de ignorar las limitaciones de los derechos de propiedad intelectual acordadas en el marco multilateral (OMC) con el objetivo de proteger la salud pública mundial y ayudar a los países subdesarrollados. Véase MAYNE, R., «Regionalism, Bilateralism and TRIP plus Agreements», *UNDP, Human Development Report Office*, Occasional Paper, 2005.

<sup>29</sup> La prohibición de la aplicación de la pena de muerte en el caso de menores se puede haber consolidado como norma imperativa de Derecho internacional una vez que Estados Unidos se sumó al consenso global. Lo hizo el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la controvertida sentencia *Roper c. Simmons* [del 1 de marzo de 2005, 543 U.S. 551 (2005)] en la que se separaba de su línea jurisprudencial anterior y declaraba inconstitucional la pena capital aplicada a chicos entre dieciséis y dieciocho años. El Tribunal Supremo se basó en el surgimiento de un nuevo consenso nacional en contra de la aplicación de la pena capital en esos casos. A la consolidación de ese nuevo consenso contribuyeron sin duda los llamamientos de las organizaciones de derechos humanos que habían venido sosteniendo que la prohibición de la pena de muerte en el caso de menores tenía carácter absoluto y estaba recogida en el ordenamiento jurídico internacional. El Tribunal se refiere en su sentencia a la *opinión internacional*, como apoyo de su decisión. En 1988, en el asunto *Thompson c. Oklahoma* el Tribunal ya había declarado inadmisible la pena de muerte en el caso de los menores de dieciséis años (487 U. S. 815, de 29 de junio de 1988).

<sup>30</sup> Esto sin duda contribuye a consolidar el carácter de «supercostumbres» que tienen estas normas: DUPUY P. M., «L'unité de l'ordre juridique international, Course General de Droit International», *Recueil des Cours*, 297, 2002, Second Section, Chapter III, p. 275. Los detractores del *ius cogens* hablan de su normatividad relativa: WEIL P., «Towards...», *op. cit.*, nota 9.

<sup>31</sup> CANCADO TRINDADE, A., «International...», *op. cit.*, vol. 316, nota 4, p. 41; GALISONGA, A., «El reconocimiento de los principios jurídicos en el Derecho internacional contemporáneo y el desarrollo de la conciencia jurídica universal», en RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. y PÉREZ VERA, E. (coord.), *Soberanía...*, *op. cit.*, nota 9, p. 649.

<sup>32</sup> BRYDE, B. O., «International Democratic Constitutionalism», en MACDONALD, R. J. y JOHNSTON, D. M., *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 110.

tuosas maniobras a las que hemos asistido en los últimos años con objeto de restringir el alcance de la protección conferida por la norma imperativa que prohíbe la tortura<sup>33</sup>. En claro contraste, el debate sobre la responsabilidad de proteger ilustra cómo se está impulsando la modificación de una norma imperativa precisamente a la luz de los principios constitucionales relativos a la protección de los derechos humanos, desarrollados a su vez por otras normas imperativas<sup>34</sup>.

Este reforzamiento de algunas normas internacionales derivado del consenso global que se proyecta sobre ellas, no afecta únicamente a las normas imperativas, sino que se extiende también a los principios y a las normas de trascendencia constitucional, que protegen valores universales. Todos ellos resultan robustecidos como consecuencia de la internalización global de los valores que encarnan.

El consenso global revela, en definitiva, una alianza con una base social más amplia<sup>35</sup>, que le confiere una fuerza especial al Derecho global, convirtiéndolo en el cimiento de la construcción constitucional del ordenamiento jurídico internacional<sup>36</sup> y haciendo de él una referencia ineludible para definir el Derecho internacional.

Antonio Carrillo aludía a un *cambio ideológico* de la sociedad internacional que, en su opinión, estaba a punto de verse traducido en un cambio en la naturaleza del Derecho internacional<sup>37</sup>. El Derecho global, que sería el desa-

<sup>33</sup> La literatura sobre este tema es extensísima. En España, véase GARCÍA SAN JOSÉ, D., *El Derecho internacional postcontemporáneo. Un nuevo orden normativo internacional en formación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 84-97. Sobre la posición de la Administración Bush, POWELL, C., «Tinkering with torture in the aftermath of Hamdan: testing the relationship between internationalism and constitutionalism», *International Law and Politics*, vol. 40, 2008, p. 739. Los intentos regresivos han fracasado hasta el momento en parte por el eco que han tenido las campañas de denuncia organizadas por distintas organizaciones no gubernamentales. Además de por la acción de órganos internacionales, como el comité de Naciones Unidas contra la tortura (Conclusiones y Recomendaciones sobre Estados Unidos: UN DOC CAT/C/USA/CO/2, 18 mayo de 2006) o los tribunales de derechos humanos. Véase por ejemplo, la Sentencia del TEDH, de 12 de marzo de 2003, asunto *Öcalan c. Turquía*, párr. 238. Los escenarios regresivos, sin embargo, no han sido completamente descartados. Véase, en este sentido, este artículo de *El País*, publicado el 13 de noviembre de 2011: «La mayoría de los candidatos republicanos apoyan el waterboarding», [http://internacional.elpais.com/internacional/2011/11/13/actualidad/1321204922\\_066166.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2011/11/13/actualidad/1321204922_066166.html).

<sup>34</sup> Primero el debate se centró en el concepto de intervención humanitaria: RAMÓN CHORNET, C., *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en Derecho internacional*, Madrid, Trotta, 1995, 120 pp. Sobre la responsabilidad de proteger: *Report of the International Commission on intervention and State sovereignty (ICISS)*, December 2001; ESPÓSITO, C. y ALMQVIST, J. (eds.), *Building a New Role for the United Nations: the Responsibility to Protect*, Madrid, FRIDE, 2005; CERVELL, M. J., «La responsabilidad de proteger: cuando el sistema falla», en BLANC ALTEMIR, A., *El proceso de reforma de las Naciones Unidas*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 336. La Resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad en relación con la crisis libia se ha encuadrado en el marco de la responsabilidad de proteger, LÓPEZ-JACOSTE, E., «La crisis de Libia desde la responsabilidad de proteger», *ADI*, 2011, pp. 109-152.

<sup>35</sup> KENNEDY, D. «El Derecho internacional: un vocabulario disciplinar para la crítica y la reforma», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 4, 2002, p. 19.

<sup>36</sup> CANÇADO TRINDADE, A., «International...», *op. cit.*, vol. 316, nota 4, pp. 9-14.

<sup>37</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., «Droit international et souveraineté des États», *Cour général de droit international public*, *Recueil des Cours*, vol. 257, 1996, p. 132.

rrollo más inclusivo del Derecho internacional que se ha producido hasta el momento<sup>38</sup>, ilustra perfectamente ese cambio.

## 2.2. La trascendencia constitucional del Derecho global

Ya hemos dicho que el concepto de Derecho global es un elemento de la retórica constitucionalista aplicada al estudio del ordenamiento jurídico internacional<sup>39</sup>, una retórica que aspira de modo prioritario a impulsar el proceso de humanización del ordenamiento jurídico internacional<sup>40</sup>. El paradigma constitucional implica la adopción de un determinado enfoque interpretativo, que propone la utilización de criterios teleológicos para avanzar en el desarrollo de principios constitucionales básicos<sup>41</sup>. Desde esta perspectiva, de un lado, se da relevancia a las funciones que el Derecho internacional debe cumplir y, de otro, se propugna una interpretación integrada del ordenamiento jurídico internacional con el objetivo de dar en cada caso concreto prioridad al reconocimiento de los valores protegidos por las normas imperativas y constitucionales<sup>42</sup>. En este paradigma la identificación de los principios fundamentales que reflejan los valores compartidos por la comu-

<sup>38</sup> Se puede seguir avanzando hacia una mayor inclusividad, no obstante. Véase, en este sentido, CHARLESWORTH, H. y CHINKIN, C., «The Gender of Ius Cogens», *Hum. Rts. Q.*, vol. 15, 1993, p. 63. Otros autores sugieren que las normas imperativas deben ganar sensibilidad cultural. RAJAGOPAL, B., *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, CUP, 2003, pp. 183-184. Más matizadamente Onuma Yasuaki apunta hacia un proceso de transformación mutua del Derecho y las culturas. YASUAKI, O., «A Transcivilizational Perspective on International Law», *RdC*, vol. 342, 2009, pp. 351-357.

<sup>39</sup> Imposible abarcar toda la doctrina. Sirvan de muestra: TOMUSCHAT, C., «Obligations Arising for States Without or Against their Will», *RdC*, vol. 241, 1993, pp. 209-240; DUPUY, P.-M., «The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited», *Max Planck UNYB*, vol. 1, 1997, p. 1; FASSBENDER, B., «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998, pp. 529-619; COTTIER, T. y HERTIG, M., «The prospects of 21<sup>st</sup> Century Constitutionalism», *Max Planck UNYB*, vol. 7, 2003, pp. 261-328; SIMMA, B., «From bilateralism to Community interests», *RdC*, vol. 250, 2004, pp. 217-384; PETERS, A., «Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures», *Leiden J. Int'l L.*, vol. 19, 2006; VON BOGDANDY, A., «Constitutionalism in International Law: Comments on a Proposal from Germany», *Harvard. Int'l L.J.*, vol. 47, 2006, p. 223.

<sup>40</sup> WALTER, C., «International law in a Process of Constitutionalization», en NOLKAEMPER, A. y NIJMAN, J. E., *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, OUP, 2007, pp. 291-215.

<sup>41</sup> Brun-Otto Bryde subraya que «an important consequence of the constitutionalisation of international law is the change in methodology [...]. With a changed structure of international law in which the interest of mankind is paramount and in which lawmaking is subjected to constitutional principles, the methodology, too, can be and must be constitutionalised. Interpretation of international law must be directed towards the attainment of the constitutional principles». BRYDE, B.-O., «International Democratic Constitutionalism...», *op. cit.*, nota 32, p. 109. En el mismo sentido, DUPUY, P. M., «Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi», *EJIL*, 16, 2005, pp. 134-135.

<sup>42</sup> Andrea Bianchi habla de «purposeful interpretation» y propone practicarla no sólo en el marco de la interpretación de los tratados internacionales, sobre la base del art. 31(3)c de la CV69. Subraya también el papel que se reconoce a esta «systemic interpretation» en el informe de la CDI sobre fragmentación del Derecho internacional (A/CN.4/L 682, p. 213, párr. 423). Véase BIANCHI, A., «Human...», *op. cit.*, nota 17, p. 504.

nidad internacional tiene, por tanto, una importancia crucial<sup>43</sup>. Y lo mismo se puede decir de las normas imperativas y otras normas que aun careciendo de carácter imperativo tienen trascendencia constitucional. Es bien sabido que en estos principios y normas se produce una intersección entre Derecho y moral, y la referencia moral es el fundamento último de su fuerza<sup>44</sup>. Ya hemos señalado que la dignidad humana sería uno de los principios constitucionales básicos, junto con la protección universal de los derechos humanos. De estos principios se infiere que la protección de la persona y la promoción de su desarrollo humano deben considerarse funciones primordiales del Derecho internacional<sup>45</sup>.

En lo que concierne a Europa, destacan las contribuciones que se han hecho desde la Unión Europea y el Consejo de Europa a la consolidación de los principios y normas relacionados con la protección de los derechos humanos, que en ambos casos ha derivado en un discurso de naturaleza constitucional. En efecto, en el caso de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia ha llegado a aplicar, en el caso *Kadi*, un enfoque constitucional para impedir la aplicación de una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas por entrar en conflicto con derechos fundamentales<sup>46</sup>. En lo que se refiere al Consejo de Europa, la Convención europea de derechos humanos

<sup>43</sup> Sobre la importancia de los principios para el Derecho internacional, véanse SCHACHTER, O., *International Law in theory and practice*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991; CORBETT, P. E., «The search for General Principles of Law», *Virginia Law Review*, 47, 1961, pp. 811-812; VERDROS, A., «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale», *Recueil des Cours*, 52, 1935-II, p. 203.

<sup>44</sup> Verdross calificó el *ius cogens* como la ética de la comunidad internacional: VERDROSS, A., «Forbidden Treaties in International Law», *AJIL*, 1937, p. 572. Cassese destacó que la fuerza del *ius cogens* derivaba de su peso moral: CASSESE, A., *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, CUP, 1995, p. 174. En el mismo sentido, TOMUSCHAT, C., «Obligations Arising for States...», *op. cit.*, nota 1, p. 307.

<sup>45</sup> Toda la construcción constitucional debe ponerse al servicio de los valores vinculados al núcleo de la dignidad humana. ALZINA, J. P., «Human Dignity According to International Instruments on Human Rights», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2011, núm. 22. Sobre su núcleo irreducible, véase JOHANSEN, R. C., *The national interest and the human interest: an analysis of US Foreign Policy*, New Jersey, Princeton University Press, 1980, pp. 3-17; DWORKIN, R., *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Barcelona, Paidós, 2008, pp. 55 y ss. En España, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que «sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal» (FJ 8.º, STC 91/2000, de 5 de abril de 2000). Véase a este respecto, ROLDÁN BARBERO, J., «La política exterior española en materia de Derechos Humanos», en RAMÓN CHORNET, C. (coord.), *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 253.

<sup>46</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-402/05 and C-415/05, *Kadi y Al Barakaat International Foundation*, Sentencia de 3 de septiembre de 2008 [2008] ECR I-6351. Sobre el asunto *Kadi*, véanse ANDRÉS SAINZ DE SANTA MARÍA, P., «Sistema de listas y derechos humanos en las sanciones del Consejo de Seguridad: la perspectiva europea», en BLANC ALTEMIR, A. (ed.), *El proceso..., op. cit.*, nota 34, pp. 265-292; SANTOS VARA, J., «El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 32, 2009, pp. 91-120; ESPÓSITO, C. y BLÁZQUEZ, I., «Los límites al control judicial de las medidas de aplicación de la política exterior en los asuntos Ahmed Ali Yusuf/Al Barakaat International Foundation y Yassin Abdullah Kadi», *Revista Española de Derecho Comunitario*, vol. 17, 2006, pp. 123-148; HINOJOSA, L., «Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaida y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?», *REDI*, núm. 2, vol. LVIII, 2006, p. 773. Para más detalles sobre este caso, véase *infra*, nota 58.

se ha convertido en un elemento fundamental del orden público europeo. Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a pesar de la crisis en la que está sumido y de la controversia que a menudo originan algunas de sus sentencias, no sólo ha contribuido a elevar el nivel de protección en Europa, sino que también ha participado en la elaboración del discurso global sobre derechos humanos. También el TEDH se puede concebir como un tribunal de naturaleza constitucional<sup>47</sup>. La adopción del enfoque constitucionalista por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la consolidación de dinámicas constitucionales en la aplicación por el TEDH de la Convención europea coadyuvan, sin duda, a la consolidación del paradigma constitucional global.

El enfoque constitucionalista es particularmente adecuado en un orden jurídico, como el internacional, tributario de los graves déficits democráticos de la sociedad internacional, en el que la adecuada representación de todos los sujetos internacionales en los procesos de creación de normas no está garantizada. Es suficientemente ilustrativo, en este sentido, que el discurso constitucionalista autoconsciente —calificado por Neil Walker como una condición «*sine qua non of constitutional status in all circumstances*»<sup>48</sup>—, esté siendo asumido no tanto por los Estados, cuanto por otros sujetos internacionales y actores de gobernanza transnacional.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico internacional contribuye, sin duda, al debilitamiento del vínculo entre el consentimiento del Estado y la existencia de normas internacionales. Esa debilitación es inherente al concepto de Derecho imperativo, pero se podría hacer extensiva a otras normas que integran también el bloque de constitucionalidad internacional. Si seguimos la aproximación liberal de Dworkin, un sistema constitucional se definiría como aquel que «*establishes individual legal rights that the dominant legislature does not have the power to override or compromise*»<sup>49</sup>. En el ámbito internacional, aunque el poder para crear normas sigue siendo formalmente patrimonio de los Estados y de otros sujetos estatales —de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, en el caso del *ius cogens*— lo cierto es que una vez que en estas normas se han consagrado derechos individuales y colectivos, en beneficio de otros sujetos y actores, los titulares del poder legislativo se arriesgan a ver gravemente mermada su legitimidad si las modifican en un sentido involutivo, propiciando una regresión. Es verdad que si aplicamos la concepción de Dworkin en sentido estricto, puesto que los sujetos estatales siguen conservando formalmente el poder para cambiar las normas, éstas carecerían de naturaleza constitucional. Pero esos sujetos han perdido la legitimidad para ejercer su poder si de este ejercicio resulta una merma de

<sup>47</sup> Sobre la constitucionalización de la Convención Europea y del Tribunal, véase GREER, S. C., *The European Convention of Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, CUP, 2006.

<sup>48</sup> WALKER, N., «The idea of constitutional pluralism», *The Modern Law Review*, vol. 65/3, 2002, p. 343.

<sup>49</sup> DWORKIN, R., «Constitutionalism and Democracy», *European Journal of Philosophy*, vol. 3, 1995, p. 2.

derechos y, en consecuencia, en la práctica encontrarán graves dificultades para ejercerlo. En este sentido también se puede hablar de la *constitucionalidad* del Derecho internacional global.

## 2.3. La relación entre Derecho global y democracia

Para explicar las connotaciones democráticas del Derecho global hay que subrayar, de un lado, la conexión entre Derecho global y democracia estatal y, de otro lado, el avance que en términos democráticos se deriva de la mayor inclusividad de las normas globales.

### 2.3.1. Derecho global y democracia estatal

Siendo cierto que la democracia no puede ser impuesta desde fuera, no se puede negar, sin embargo, que su implantación y consolidación puede ser apoyada por el Derecho internacional. Se ha demostrado que en países en transición hacia la democracia, la apertura del ordenamiento jurídico interno al Derecho internacional y más concretamente a su núcleo constitucional puede ser muy beneficiosa<sup>50</sup>. Además, en el marco del Derecho internacional se pueden prevenir o condonar las regresiones democráticas más graves.

El incremento de Estados democráticos tiene consecuencias muy positivas para el Derecho internacional, pues desde sistemas democráticos se puede contribuir más fácilmente a su evolución en la dirección apuntada por el Derecho global<sup>51</sup>. Cuanto más democrático es un Estado, de más y mejores oportunidades gozará su población y la sociedad civil organizada, para orientar el comportamiento (la práctica) estatal, que, además, estará sometido a un escrutinio más eficaz tanto en el plano internacional —un Estado democrático es más receptivo a las recomendaciones de los órganos de control internacional— como en el plano interno —la transparencia favorece el escrutinio por parte de las organizaciones de la sociedad civil—. En definitiva, se favorece la rendición de cuentas. En este sentido, las normas internacionales pueden ser invocadas, de un lado, para impugnar la validez de acciones y normas estatales (en diferentes grados dependiendo del modelo constitucional de relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y el interno); y, de otro, como parámetro de legitimidad de tales acciones y normas<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> FOX, G. H. y BRAD, C. R., «Democracy and International Law», *Review of International Studies*, vol. 27, 2001, pp. 327-332; GINSBURG, T., «Locking in Democracy: Constitutions, commitment and International Law», *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 38, 2005-2006, pp. 707 y ss.; COHEN, J., «A Global State of Emergency or the Further Constitutionalization of International Law: A Pluralist Approach», *Constellations*, vol. 15, 2008, p. 456.

<sup>51</sup> No obstante, también hay que señalar que en contextos democráticos, la opinión pública puede apoyar o incluso solicitar el incumplimiento de ciertas normas internacionales. Véase *infra*, en este mismo apartado la referencia al nacionalismo constitucional en Estados Unidos.

<sup>52</sup> FRANCK, T., *The Power Of Legitimacy Among Nations*, Nueva York/Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 12.

Además, el Derecho internacional coadyuva al fortalecimiento del Estado de Derecho, pues es un factor más que contribuye a equilibrar las relaciones entre los poderes estatales. Cuanto más interiorizada esté una norma internacional y de más apoyo goce, más legitimados estarán los representantes del poder legislativo y, especialmente, los del poder judicial para remitirse a ella con objeto de cuestionar las acciones del poder ejecutivo<sup>53</sup>. De otro lado, los tribunales pueden referirse a las normas internacionales incluso para reinterpretar el consenso plasmado en las normas constitucionales nacionales<sup>54</sup>.

No obstante, estos procesos de «internacionalización» de los discursos constitucionales no se están produciendo sin resistencia. Un ejemplo de ello lo encontramos en Estados Unidos, donde se ha consolidado un movimiento judicial contrario a las referencias por parte de los tribunales al Derecho internacional y al Derecho constitucional comparado, movimiento que podría ser considerado como una especie de manifestación de un *nacionalismo constitucionalista*<sup>55</sup>. En Estados Unidos, la repulsa hacia la remisión judicial al Derecho internacional se ha visto traducida en propuestas para la introducción de enmiendas en las Constituciones de algunos Estados con objeto de prohibir a los jueces remitirse al Derecho internacional<sup>56</sup>.

De prevalecer las tesis más reacias a aceptar que las normas internacionales pueden contribuir a conformar el consenso constitucional interno, se produciría una especie de ensimismamiento constitucional que resulta in-

<sup>53</sup> KUMM, M., «The legitimacy of International Law: a Framework of Analysis», *EJIL*, vol. 15/5, 2004, p. 919. Un ejemplo, las medidas adoptadas por el Gobierno estadounidense en su lucha contra el terrorismo internacional: BOLLO AROCENA, M. D., «*Hamdan c. Rumsfeld*. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006», *REEI*, 2006, núm. 12; POWELL, C., «Tinkering...», *op. cit.*, nota 33, p. 723.

<sup>54</sup> BENVENISTI, E., «Reclaiming democracy: the strategic uses of foreign and international law by national courts», *AJIL*, vol. 102, 2008, p. 241. Tenemos un ejemplo muy claro en el ámbito de la lucha por la abolición de la pena de muerte. Piénsese en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, en relación con la aplicación de la pena capital a los menores de edad. Véanse las referencias jurisprudenciales en nota 29. Aquí la referencia fue a la «opinión internacional». En el caso de la Sentencia de la Corte constitucional sudafricana en relación con la inconstitucionalidad de la pena de muerte la referencia es al Derecho internacional: Sentencia *Mkwanyane and another*, 6 de junio de 1995, 1995 (3) SA 391 (CC), párr. 33 y ss.

<sup>55</sup> Quizás el que se ha destacado de manera más clara en esta línea es el juez Scalia, cuya posición queda claramente reflejada en su opinión discrepante en el asunto *Thompson c. Oklahoma*, 487 US 815, 826-830 (1988) en p. 864, núm. 4, donde se declaró la inconstitucionalidad de la pena capital aplicada a menores de 16 años. Hay otros jueces que se han mostrado, por el contrario, claramente favorables a las referencias al Derecho internacional y al Derecho constitucional comparado: O'CONNOR, S. D., *The Majesty of the Law: Reflections of a Supreme Court Justice*, Random House Trade Paperbacks, 2003, p. 234. Se puede encontrar una descripción detallada de este debate entre los jueces estadounidenses en KEITNER, C. I., *International and Foreign Law Sources: Siren songs for U. S. Judges?*, disponible en <http://www.acslaw.org/Advance%20Spring%202009/International%20and%20Foreign%20Law%20Sources.pdf>.

<sup>56</sup> Movimientos en este sentido se han producido en Arizona, Carolina del Sur y Oklahoma. En este último Estado, la cuestión fue sometida a referéndum legislativo núm. 355, pregunta núm. 755, celebrado el 2 de noviembre de 2010, disponible en <https://www.sos.ok.gov/documents/questions/755.pdf>. El 70 por 100 de los ciudadanos se mostró favorable a la propuesta de modificar la Constitución del Estado para prohibir a los jueces que se refieran al Derecho internacional. No está claro cuál será el destino final de estas reformas y si sobrevivirán al eventual escrutinio del Tribunal Supremo.

admisible en un contexto global<sup>57</sup>, además de que empobrecería la calidad democrática<sup>58</sup> del país al frenar los avances en la protección de los derechos humanos<sup>59</sup>.

Llegados a este punto habría que referirse a lo que se hace desde el ámbito del ordenamiento jurídico internacional para promover, cimentar, sustentar o extender la democracia entre los Estados<sup>60</sup>. En primer lugar, examinaremos brevemente algunas medidas concretas que se pueden tomar, mediante instrumentos internacionales, para promover y salvaguardar la democracia. A continuación, se analizará cómo desde el ámbito del ordenamiento jurídico internacional se puede contribuir a mejorar la calidad democrática.

a) *Instrumentos internacionales para promover y salvaguardar la democracia*

Las medidas que se toman en relación con la promoción y la salvaguardia de la democracia pueden ir desde la observación electoral hasta el no reconocimiento de Gobiernos<sup>61</sup>. Aunque no existe ninguna norma de Derecho internacional general que prohíba reconocer a Gobiernos antidemocráticos, en el marco de una organización internacional se puede pedir a los Estados miembros que no reconozcan a un nuevo Gobierno que haya surgido mediante la ruptura del orden constitucional democrático vigente<sup>62</sup>. La comunidad internacional no permanece impasible ante las regresiones democráticas. De

<sup>57</sup> HONGJU KOH, H., «Bringing international law home», *Hous. L. Review*, vol. 35, 1998, pp. 641-642, defendiendo que los Estados no pueden aislarse para siempre del Derecho internacional.

<sup>58</sup> Por el contrario, hay quien considera que la referencia al Derecho internacional es antidemocrática. BRADLEY, C. A. y GOLDSMITH, J. L., «Customary International Law as Federal Common Law: a critique of the modern position», *Harvard Law Review*, vol. 110, 1997, p. 815.

<sup>59</sup> Éste es un aspecto fundamental que permite distinguir estos casos de otros como *Kadi* (cit., nota 45) en que la decisión final del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) redonda en una mejora en la protección de los derechos humanos. Aunque la posición del TJUE en este caso ha sido comparada a la actitud contraria al Derecho internacional de algunos jueces norteamericanos (DE BURCA, G., «The European Court of Justice and the international legal order after *Kadi*», *Harvard International Law Review*, vol. 52, 2009, pp. 1-49), lo cierto es que el TJUE no actúa, en este asunto, sólo como un tribunal constitucional supranacional que aplica un constitucionalismo xenofóbico, sino que en realidad contribuye en última instancia al reforzamiento de los principios constitucionales globales. El caso ilustra cómo ante la ausencia de un tribunal constitucional global, la interiorización de los principios constitucionales globales por parte de los tribunales nacionales, regionales y supranacionales, resulta fundamental. DE WET, E., «The Emerging international Constitutional order: the implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision making», PER, 2007 (2), disponible en <http://www.ajol.info/index.php/pelj/article/viewFile/43435/26971>.

<sup>60</sup> D'ASPREMONT, J., *L'Etat non Démocratique en Droit international. Étude Critique du Droit International Positif et de la Pratique Contemporaine*, París, Pedone, 2008; ROLDÁN BARBERO, J., «Democracia y Derecho internacional: algunos datos y reflexiones nuevas», *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 3, 2002, pp. 13-28; ROLDÁN BARBERO, J., *Democracia y Derecho internacional*, Madrid, Civitas, 1994.

<sup>61</sup> MARIÑO, F., *Derecho..., op. cit.*, nota 1, p. 152; CRAWFORD, J., «Democracy and International Law», *British Yearbook of International Law*, vol. 64, 1993, pp. 128-130; BEUTZ, M., «Functional Democracy: responding to failures of accountability», *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, p. 422.

<sup>62</sup> En el caso de Honduras, la Asamblea General de Naciones Unidas condenó el golpe de Estado y pidió el no reconocimiento del nuevo Gobierno: UN DOC A/RES/63/301, 1 de julio de 2009, párr. 2.

hecho, como es bien sabido el Consejo de Seguridad ya ha declarado que un golpe de Estado o cualquier acción violenta dirigida al derrocamiento de un régimen democrático para sustituirlo por uno de cariz autoritario, pueden constituir una amenaza a la paz y a la seguridad internacional<sup>63</sup>. Es razonable, pues, que como apuntaba Franck, se haya generado en los Estados democráticos la expectativa de ser apoyados por la comunidad internacional frente a un eventual golpe de Estado<sup>64</sup>.

Además desde las organizaciones internacionales multilaterales y regionales (la Unión Europea es un ejemplo de ellos) se pueden adoptar numerosas iniciativas para promover la democracia. Pueden participar y colaborar en la construcción de Estados democráticos, en situaciones posconflicto. Pueden organizar programas para mejorar la calidad democrática de sus miembros y de Estados terceros, cubriendo aspectos muy variados como el fortalecimiento del Estado de Derecho, la reforma del sector de la seguridad, la lucha contra la corrupción, los derechos humanos, etc. Obviamente no podemos examinar estos aspectos en detalle.

Sí nos queremos referir en particular a las políticas de condicionalidad negativa usadas para reaccionar ante los retrocesos democráticos y expresadas en las cláusulas de condicionalidad democracia/derechos humanos incluidas en acuerdos de cooperación o de asociación<sup>65</sup>. La Unión Europea ha sido especialmente activa en este terreno y sobre la base de su experiencia se puede observar que en la aplicación de la condicionalidad se ha puesto énfasis en la protección de los derechos civiles y políticos y se ha prestado escasa atención al respeto de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>66</sup>. Esto podría ser indicativo de que se está promoviendo una concepción más procedural, que verdaderamente sustantiva de democracia. En realidad, aunque nadie duda de que se deben reforzar las garantías en relación con los derechos económicos, sociales y culturales<sup>67</sup>, cabe preguntarse si la condicionalidad negativa es un instrumento adecuado. Si las sanciones deben ser «inteligentes»<sup>68</sup>,

<sup>63</sup> Haití: Resolución del Consejo de Seguridad 940 (1994); Sierra Leona: especialmente, Resoluciones del Consejo de Seguridad 1132 (1997) 1156 (1998) y 1171 (1998). Véase también el Informe del secretario general: S/1998/112, de 10 de febrero de 1998.

<sup>64</sup> FRANCK, T., «The emerging right to democratic governance», *AJIL*, vol. 86, 1992, p. 47.

<sup>65</sup> BARTELS, L., *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements. Oxford Studies in European Law*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2005; UBEDA DE TORRES, A., «La evolución de la condicionalidad política en el seno de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 32, 2009, pp. 49-88.

<sup>66</sup> CEBADA, A., «La cláusula democracia/derechos humanos como instrumento de condicionalidad en las relaciones exteriores de la CE», en: *La Unión Europea ante el siglo xxi: los retos de Niza*. Actas de las XIX Jornadas de la AEPDIRI, Madrid, BOE, Universidad de Cantabria, AEPDIRI, 2003, pp. 86-105.

<sup>67</sup> Véanse BEYANI, Ch., «The legal premises for the International Protection of Human Rights», en GOODWIN-GILL, G. S. y TALMON, S. (eds.), *The reality of International Law Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 22. Ni siquiera las ONG están libres de esta clase de comportamiento, véase ABAD CASTELOS, M., *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie? Las ONG en la nueva sociedad global*, Madrid, CIDEAL, 2004, p. 41.

<sup>68</sup> Sobre las deficiencias en el sistema de sanciones inteligentes, véase SANTOS VARA, J., «El control...», op. cit., nota 45, pp. 91-120.

la condicionalidad también se debe administrar juiciosamente, pues sería inaceptable que su aplicación condujera a un agravamiento del sufrimiento de la población. En cualquier caso, lo cierto es que la práctica demuestra que las cláusulas de condicionalidad funcionan más como un gesto o una señal que como una herramienta adecuada para garantizar la protección de los derechos humanos en general<sup>69</sup>.

Teniendo en cuenta el alcance limitado y los problemas que se derivan de la aplicación de las políticas de condicionalidad negativa, se ha insistido en la necesidad de cambiar el enfoque para promover una idea más sustantiva de democracia. La condicionalidad, en esta línea, debe ser fundamentalmente positiva<sup>70</sup>.

Son muchas las medidas que se pueden adoptar para promover la democracia. Pero también hay límites en relación con lo que se puede hacer. En este sentido, la prohibición del uso de la fuerza marca una clara línea roja, que no se puede traspasar sin poner en peligro los mismos fundamentos democráticos del orden internacional. En los últimos años hemos sido testigos de numerosos intentos de ampliar el alcance de las excepciones a la prohibición del uso de la fuerza<sup>71</sup>. En el fragor de debate, algunos autores han argumentado que existe un derecho a la democracia para, a continuación, defender la posibilidad de usar la fuerza para hacerlo efectivo<sup>72</sup>. De debates como los centrados en la intervención humanitaria y la responsabilidad de proteger, se han querido aprovechar los defensores de la intervención prodemocrática<sup>73</sup>,

<sup>69</sup> Hasta mediados de 2009 se había invocado en unos 20 casos. *Joint paper. Commission/Council General Secretariat on Democracy Building in EU External Relations*, Bruselas, 27 de julio de 2009, SEC (2009) 1095.

<sup>70</sup> Bartels sostiene que incluso las cláusulas de condicionalidad pueden también ser un instrumento de condicionalidad positiva: BARTELS, L., *Human Rights Conditionality...*, *op. cit.*, nota 64, p. 123. La condicionalidad positiva ha sido empleada abundantemente por la Unión Europea en el contexto de los últimos procesos de ampliación para impulsar reformas democráticas en los candidatos. SMITH, K. E., «The evolution and application of EU membership conditionality», en CREMONA, M. (ed.), *The enlargement of the European Union, Collected courses of the academy of European law* (12), Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 105-140.

<sup>71</sup> ABELLÁN HONRUBIA, V., «Sobre el método y los conceptos en Derecho internacional público», en RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. y PÉREZ VERA, E., *Soberanía...*, *op. cit.*, nota 9, p. 69. En concreto, están las aportaciones recogidas en la *REDI*, 2001, núms. 1 y 2, bajo el epígrafe «El orden internacional tras los atentados del 11 de septiembre de 2001», entre las que se encuentran las de PONS RAFOLS, RAMÓN CHORNET, ALCÁIDE FERNÁNDEZ, GONZÁLEZ VEGA, FERNÁNDEZ TOMÁS, GUTIÉRREZ ESPADA o REMIRO BROTÓNS. Además, FARAMIÑÁN GILBERT, J. M., ha escrito recientemente sobre el tema: «Ratio belli versus Ratio Iuris (sobre la guerra de Irak)», en RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. y PÉREZ VERA, E., *Soberanía...*, *op. cit.*, nota 9, pp. 415-430; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «El Consejo de Seguridad en la guerra contra Irak: ¿ONG privilegiada, convalidador complaciente u órgano primordial?», *REDI*, vol. LV, 2003, pp. 205-222. Y en el mismo volumen de la *REDI*, CASTILLO DAUDÍ, M., «La ocupación militar de Irak ante el Derecho internacional», pp. 223-243; FRANCK, T., «Collective Security and UN Reform: between the necessary and the possible», *Chicago Journal of International Law*, vol. 6, 2005-2006, pp. 597 y ss.

<sup>72</sup> ELSHTAIN, J. B., «The just war tradition and natural law», *Fordham International Law Journal*, vol. 28, 2005, p. 742; REISMAN, W. M., «Democratic intervention and fledgling democracies», *Fordham International Law Journal*, vol. 18, 1995, pp. 804-805.

<sup>73</sup> REISMAN, W. M., «Democratic...», *op. cit.*, nota 65, p. 804; D'AMATO, A., «The invasion of Panama was a lawful response to tyranny», *AJIL*, vol. 84, 1990, pp. 516-524; ROTH, B. R., *Governmental Illegitimacy in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 426 y ss.

que invocando un paralelismo con la intervención humanitaria, proponen que se conceda prioridad a la protección del derecho a la democracia frente a la prohibición del uso de la fuerza<sup>74</sup>. Se entienden, pues, las cautelas de los que consideran que la democracia no debería ser conceptualizada como un derecho humano<sup>75</sup>.

La intervención prodemocrática nos conduciría, además, a una situación paradójica, porque un debilitamiento de la prohibición del uso de la fuerza podría provocar un retroceso en términos democráticos en el orden internacional<sup>76</sup>. Hay pocas dudas de que la aceptación de la intervención armada como medio para promover la democracia conduciría a un orden internacional más inestable y menos democrático<sup>77</sup>.

#### b) *El Derecho internacional y la calidad democrática estatal*

Por otro lado, ciertos desarrollos en el ámbito internacional pueden contribuir a corregir los déficits democráticos estatales. En efecto, la proliferación de organizaciones internacionales se puede presentar como un fenómeno que favorece el carácter inclusivo de la toma de decisiones. Las organizaciones internacionales aparecen como marcos internacionales institucionalizados, más inclusivos, en los que las decisiones se adoptan de manera colectiva y, por tanto, con una representación más extensa de los posibles afectados por tales decisiones. Esto, en sí mismo, tal y como establece Christian Joerges en su análisis de la Unión Europea, puede suponer una corrección de un déficit democrático estatal<sup>78</sup>. En efecto, desde un enfoque *habermasiano* se puede establecer una relación entre la mayor inclusividad del proceso de adopción de decisiones en el ámbito de las organizaciones internacionales supranacionales y el progreso democrático<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> FRANCK, T., «The power...», *op. cit.*, nota 51, pp. 88-106.

<sup>75</sup> FOX, G. H. y ROTH, B. R., «Democracy and International Law», *Review of International Studies*, vol. 27, 2001, pp. 335-336; COHEN, J., «Whose sovereignty? Empire versus International Law», *Ethics and International affairs*, vol. 18/3, 2004, pp. 1-24.

<sup>76</sup> En esta línea, Wheatley subraya que uno de los rasgos más característicos de la democracia es que la violencia se descarta como medio para resolver conflictos. WHEATLEY, S., «Democracy in International Law: a European Perspective», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, pp. 225-248. Véanse también, DIXON, W. J., «Democracy and the peaceful settlement of international conflict», *American Political Science Review*, vol. 88/1, 2004, p. 14; FRANCK, T., «The emerging...», *op. cit.*, nota 63, p. 87. En relación con la democracia estatal, el TEDH ha establecido en esta misma línea que se debe poder esperar de un Gobierno democrático que resuelva los problemas del país a través del diálogo, sin recurrir a la violencia. TEDH, *Socialist Party and others c. Turkey*, Sentencia de 25 de mayo de 1998, párr. 45.

<sup>77</sup> FOX, G. H. y ROTH, B. R., «Democracy...», *op. cit.*, nota 68, p. 339. En la misma línea, BYERS, M. y CHESTERMAN, S., «You the People: pro-democratic intervention in International Law», en FOX, G. H. y ROTH, B. R. (eds.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 259-293.

<sup>78</sup> JOERGES, C., «European Law as Conflicts of Law», en JOERGES, C. y NEYER, J., «Deliberative supranationalism: revisited», *EUI Working Papers Law*, 20/2006, pp. 21 y 22.

<sup>79</sup> HABERMAS, J., «On the internal relation between the rule of law and democracy», *European Journal of Philosophy*, vol. 3, 1995, p. 12. Para un análisis de esta posición y más referencias sobre obras que

La verdad es, no obstante, que ni siquiera aplicando esta lógica se puede llegar a pensar que los déficits democráticos de los Estados se corrigen en marcos supranacionales, como la Unión Europea. En un contexto global, los marcos institucionales deben ser también globales<sup>80</sup>. De ahí la importancia crucial del multilateralismo<sup>81</sup>. Un desafío de primer orden es, lógicamente, articular «democráticamente» las estructuras multilaterales, de manera que la mayor inclusividad no se vea traducida únicamente en fórmulas meramente virtuales, sino reales<sup>82</sup>. El desarrollo y la expansión de la democracia estatal contribuirían, sin duda, a paliar el déficit democrático de las organizaciones internacionales y otras instituciones de gobernanza global<sup>83</sup>.

### **2.3.2. Derecho global y democracia global**

Evidentemente la democratización de las organizaciones internacionales y de otras estructuras de gobernanza transnacional, así como la extensión de la democracia estatal, son ambos factores que contribuirían a la democratización del ordenamiento jurídico internacional. Pero no es el objeto de este epígrafe analizar ninguna de estas dos cuestiones.

Lo que aquí se propone es que para evaluar la calidad democrática de las normas internacionales no hay que concentrarse únicamente en los procesos de creación normativa, sino que hay también que estudiar el impacto de las normas<sup>84</sup>. En este sentido, un Derecho global que pone el acento en la protección de la dignidad humana y los derechos humanos, se convierte en el fundamento necesario de cualquier desarrollo democrático del orden internacional<sup>85</sup>. Desde esta perspectiva, y sin desconocer que la participación en los procedimientos de creación normativa tiene una gran trascendencia democrática, se trata de contemplar a las personas y otros sujetos no estata-

abundan en esta idea, véase VON BOGDANDY, A., «Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization and International Law», *EJIL*, 15/5/2004, p. 901.

<sup>80</sup> CEBADA ROMERO, A., «The EU and “otherness”: Can the European Union reinforce global justice? A view from International Law», en NICKEL, R. (ed.), *Conflict of Laws and Laws of Conflict in Europe and beyond*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2010, pp. 91 y ss.

<sup>81</sup> En el marco del paradigma cosmopolita se ha propuesto la creación de instituciones globales: ARCHIBUGI, D., «Principi di democrazia cosmopolita», en ARCHIBUGI, D. y BEETHAM, D., *Diritti Umani e Democrazia Cosmopolita*, Milano, Feltrinelli Editore, 1998, pp. 98 y ss. Por ejemplo, se ha sugerido la creación de un tribunal mundial de derechos humanos en un informe auspiciado por el Gobierno suizo: Panel on Human Dignity, *Protecting Dignity: An agenda for Human Rights*, 2011 Report, disponible en [http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity\\_rapport2011.pdf](http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity_rapport2011.pdf).

<sup>82</sup> DE BURCA, G., «Developing democracy beyond the State», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46/2, 2007/2008, p. 221.

<sup>83</sup> WHEATLEY, S., «A democratic rule of International Law», *EJIL*, vol. 22/2, 2011, p. 547.

<sup>84</sup> El impacto es señalado como un elemento determinante en la legitimidad de las normas internacionales por BRUNNÉE, J. y TOOPE, S. J., *Legitimacy and Legality in International Law: An International Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 7.

<sup>85</sup> Incluso refiriéndose a la democracia interna, Dworkin ha escrito: «Los principios éticos básicos de la dignidad humana [...] son la fuente de los valores democráticos»; DWORKIN, R., «La democracia...», *op. cit.*, nota 44, p. 194. Para una descripción de la conceptualización de la democracia desde los derechos humanos: VON BOGDANDY, A., «Globalization...», *op. cit.*, nota 78, p. 899.

les como beneficiarios de esas normas. Si en el ámbito estatal las categorías democráticas fundamentales son el ciudadano y la ciudadanía<sup>86</sup>, en el ámbito internacional lo serían la persona y la humanidad. En esta línea, el Derecho global goza de una mayor calidad democrática porque estaría al servicio de las personas, con el objetivo de protegerlas y promover su pleno desarrollo humano<sup>87</sup>. Y esta conexión con los derechos humanos permite que las normas globales actúen como un «*medium of emancipation*», una cualidad muy necesaria, sobre todo si tenemos en cuenta que en la sociedad internacional actual los Estados no democráticos o con escasa calidad democrática siguen siendo mayoría<sup>88</sup>. En el ámbito del orden internacional, por tanto, la democracia no puede ser entendida por el momento sino desde los derechos humanos. No olvidemos, además, que de acuerdo con el art. 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todos tenemos derecho a un orden social e internacional en que los derechos y libertades recogidos en la Declaración puedan desarrollarse<sup>89</sup>. La afirmación de estos derechos y libertades es, pues, una base sólida desde la que seguir promoviendo la democratización del orden internacional.

### **3. DERECHO INTERNACIONAL GLOBAL: AVANCES Y RETROCESOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL**

La referencia al Derecho internacional global puede servir para prevenir regresiones y también para inspirar avances en la evolución del ordenamiento jurídico internacional.

#### **3.1. Prevenir las regresiones**

En lo que se refiere a las regresiones, especialmente en los últimos tiempos habíamos venido asistiendo a una preocupante concentración de indicios de que se podía estar forjando un retroceso en el proceso de humanización del ordenamiento jurídico internacional. En esta línea ya se ha aludido a los intentos de modificar el contenido de norma de *ius cogens*, que prohíbe la tortura<sup>90</sup>. Igualmente preocupantes fueron las fuertes presiones para mo-

<sup>86</sup> WOLIN, S. S., «Democracy, difference and recognition», *Political Theory*, vol. 21/3, 1993, p. 465.

<sup>87</sup> WHEATLEY, S., «A democratic...», *op. cit.*, nota 82, p. 544, señala que «la aplicación del modelo deliberativo al ejercicio de la autoridad política más allá del Estado, sugiere una serie de indicadores de legitimidad», entre los que señala, «la consistencia de las normas con los estándares de protección de los derechos humanos».

<sup>88</sup> BRUNKHORST, H., «Dialectical...», *op. cit.*, nota 3, p. 220; KINGSBURY, B., «The concept of compliance as a function of competing conceptions of International Law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 19/2, 1997-1998, pp. 357-358.

<sup>89</sup> ABELLÁN HONRUBIA, V., «Artículo 28», en PONS RAFOLS, X. (coord.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Barcelona, Icaria-Antrazyt, 1998, pp. 443-452.

<sup>90</sup> RAMÓN CHORNET, C. (ed.), *Derechos y libertades ante la nueva amenaza a la seguridad global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 276 pp. Véase también la excelente tesis doctoral de RODRÍGUEZ DE LAS

dificar el Derecho humanitario en vigor con objeto de limitar su ámbito de protección<sup>91</sup>.

La prohibición del uso de la fuerza también está recogida en una norma imperativa. Aquí se ha dicho que hay propuestas de limitar la prohibición que no tienen carácter regresivo porque vienen inspiradas por la necesidad de proteger a la población de violaciones graves de los derechos humanos. Estas propuestas, aunque con muchas cautelas, son percibidas como legítimas<sup>92</sup>. En cambio hay proyectos de limitación de la prohibición que tienen un cariz claramente regresivo. Es el caso de la intervención prodemocrática, a la que ya nos hemos referido. En esta línea, también se puede hacer referencia a las presiones para extender el ámbito de aplicación de una de las excepciones a la prohibición: la legítima defensa, mediante el reconocimiento de la institución de la legítima defensa preventiva<sup>93</sup>. El Derecho global, el núcleo constitucional del ordenamiento jurídico internacional, tiene que jugar un papel fundamental para deslegitimar estos movimientos regresivos. Y la sociedad civil global, tiene una importante misión que cumplir, la de denunciar los impulsos involucionistas que seguramente seguirán apareciendo en el futuro.

### **3.2. Impulsar los avances**

Como se ha señalado a lo largo de este trabajo, hay dos líneas que marcan el progreso del Derecho internacional: su humanización y el desarrollo de su dimensión social. A pesar de los avances que ya se han producido, quedan todavía muchas cosas por hacer, por ejemplo, para eliminar la discriminación contra la mujer, en la lucha contra la pobreza, para el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, para una gestión más humana de la inmigración, etc. En algunos de estos ámbitos la dimensión humana y

HERAS, L., *La protección de los derechos fundamentales en el marco jurídico internacional aplicable a las medidas antiterroristas*, diciembre de 2010, Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>91</sup> SASSOLI, M., «La “guerre contre le terrorisme”, le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre», *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 34, 2001, pp. 211-251; ABRIL, R., «De Guantánamo a Bagdad. Estatuto jurídico y trato a los detenidos en la lucha contra el terrorismo», *REEI*, 2005, núm. 9, pp. 1-33; PÉREZ GONZÁLEZ, M. y RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos», *REDI*, vol. LIV, 2002, p. 28.

<sup>92</sup> Recuérdense, por ejemplo todas las cautelas con que Antonio Cassese aceptaba el argumento de la intervención humanitaria en el caso de Kosovo: CASSESE, A. «Ex Indira ius oritur: are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community?», *EJIL*, vol. 10/1, 1999, p. 23. En la actualidad, la última intervención en Libia con referencia a la responsabilidad de proteger del Estado, ilustra cómo a veces la frontera entre responsabilidad de proteger e intervención pro-democrática no están claras: BERMEJO, R., «La protección de la población civil en libia como coartada para derrocar un Gobierno: un mal inicio para la responsabilidad de proteger», *ADI*, vol. 27, 2011, pp. 9-55.

<sup>93</sup> RAMÓN CHORNET, C. (ed.), *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en el nuevo orden internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006; PÉREZ GONZÁLEZ, M., «La legítima defensa puesta en su sitio», *REDI*, vol. 55, 2003, núm. 1, pp. 187-204; GARCÍA RICO, E., «La legítima defensa en el Derecho internacional ¿Algo nuevo bajo el sol tras la sentencia de la CIJ sobre el asunto de las plataformas petrolíferas?», *REDI*, vol. 55, 2003, núm. 2, pp. 819-838.

la social se entrecruzan. Los retos son enormes y los principios y normas de Derecho global pueden inspirarnos y servir de guía.

Vamos a referirnos a continuación, por un lado, a un área en la que parecía haberse presentado una oportunidad para seguir progresando en el proceso de humanización del ordenamiento jurídico internacional, oportunidad que, sin embargo, ha sido desaprovechada por el Tribunal Internacional de Justicia. De otro lado, subrayaremos la importancia del principio de solidaridad para impulsar el avance del ordenamiento jurídico internacional en su dimensión social.

### **3.2.1. ¿Hacia un Derecho internacional más humano: la sentencia del TIJ en el caso de las Inmunidades (Alemania c. Italia)?**

En este asunto se planteaba el alcance de la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros en supuestos de comisión de crímenes internacionales. La demanda planteada por Alemania contra Italia ante el Tribunal Internacional de Justicia parecía una oportunidad para introducir una nueva limitación a las inmunidades<sup>94</sup>. La gravedad de los crímenes, cuya responsabilidad había asumido Alemania y otras circunstancias particulares del caso habían generado la expectativa de que se modificase el estricto enfoque procesal que hasta el momento había sido aplicado por el propio TIJ, así como por otros tribunales a la hora de abordar esta cuestión<sup>95</sup>. Esta expectativa, sin embargo, se ha visto defraudada por una sentencia en la que el Tribunal se resiste a realizar una interpretación constitucional integrada del ordenamiento jurídico internacional en la que se hubiera dado prioridad a la protección de los derechos humanos.

La lógica de los derechos humanos no nos debe llevar a pensar que lo adecuado es denegar la inmunidad a un Estado extranjero en todos los casos en que se reclama la responsabilidad por crímenes internacionales<sup>96</sup>. Esta opción sería muy difícil de justificar en escenarios no democráticos o de escasa calidad democrática, en los que la actuación de los tribunales nacionales no ofrecería las garantías inherentes a un Estado de Derecho. Además, como advierte el juez Yusuf en su voto discrepante, si se abriese esta caja de Pandora

<sup>94</sup> *Jurisdictional immunities of the State: Germany c. Italy: Greece intervening*, ICJ, Sentencia de 3 de febrero de 2012. La sentencia, así como los votos particulares se pueden obtener en la página web del Tribunal: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&case=143>.

<sup>95</sup> Véase *infra*, nota 107.

<sup>96</sup> El juez Cançado Trindade defiende enérgicamente esta posición —supresión de las inmunidades cuando se han cometido crímenes internacionales— en su extenso voto particular discrepante, cit., nota 93. Véase también REIMANN, M., «A Human Rights Exception to State Immunities: Some Thoughts on *Princz c. Federal Republic of Germany*», *Mich. J. Int'l L.*, vol. 16, 1994-1995, p. 403. Más matizado, Bianchi, que da relevancia a las circunstancias del caso concreto, BIANCHI, A., «*Innunity versus Human rights: the Pinochet case*», *EJIL*, vol. 10, 1999, p. 237; BIANCHI, A., «*Human...»*, *op. cit.*, nota 17, p. 155. Proponiendo la limitación en caso de violación de normas de *ius cogens*: ORAKHELASHVILI, A., «*State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong?*», *EJIL*, vol. 18, 2007, p. 955.

se podría acabar bloqueando los tribunales nacionales, muchos de los cuales podrían quedar inundados por demandas de este tipo<sup>97</sup>. Por tanto, una supresión general de la inmunidad en todos los casos de crímenes internacionales no es aconsejable e incluso podría resultar contraproducente para avanzar en la causa de los derechos humanos<sup>98</sup>.

La oportunidad de aceptar nuevos motivos para descartar la inmunidad debe ser sopesada cuidadosamente, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso<sup>99</sup>. Y en éste, tal y como destaca Yusuf en su voto discrepante, tenía gran relevancia el hecho de que los tribunales italianos constituyan el último recurso para que las víctimas pudiesen obtener una adecuada reparación<sup>100</sup>. Particularmente preocupante, en este sentido, era la situación de un grupo de militares italianos que habían sido apresados fuera de Italia por las tropas alemanas y que habían resultado víctimas de una doble injusticia. Por un lado, el Reich les denegó el tratamiento reservado a los prisioneros de guerra y, por otro, el Gobierno alemán se basó en su condición de prisioneros de guerra para negarles el derecho a beneficiarse de las indemnizaciones<sup>101</sup>.

Además, en el asunto planteado ante el TIJ —cuyos fundamentos de hecho son suficientemente conocidos— había razones adicionales para justificar la denegación de la inmunidad de jurisdicción. En primer lugar, la existencia y la autoría de los crímenes había sido aceptada por Alemania, por lo que los tribunales italianos no estaban llamados a determinar si se habían cometido esos crímenes, ni a quién habría que atribuir la responsabilidad, en su caso. En segundo lugar, y en relación con los procedimientos referidos a crímenes cometidos por las fuerzas armadas alemanas en territorio italiano, se podría haber reinterpretado el régimen jurídico de las inmunidades a la luz de la excepción por lesiones a las personas o daños a los bienes (*tort exception*), y de los desarrollos del Derecho internacional humanitario, para llegar a la conclusión de que es posible acudir a los tribunales para pedir que se declare la responsabilidad civil de un Estado por los crímenes internacionales cometidos por sus fuerzas armadas<sup>102</sup>.

<sup>97</sup> YUSUF, voto discrepante, párr. 54.

<sup>98</sup> ZIMMERMANN, A., «Sovereign Immunity and Violations of International *Ius cogens*: Some Critical Remarks», *Michigan Journal of International Law*, vol. 16, 1994-1995, p. 430; DE WET, E., «The Prohibition of Torture as an International Norm of *Ius cogens* and its Implications for National and Customary Law», *EJIL*, vol. 15, 2004, p. 105.

<sup>99</sup> BIANCHI, A., «Human...», *op. cit.*, nota 17, p. 155.

<sup>100</sup> YUSUF, voto discrepante, párrs. 42 y 52.

<sup>101</sup> TIJ, sentencia cit., nota 93, párr. 26.

<sup>102</sup> El art. 11 del Convenio Europeo sobre Inmunidad de los Estados (1972) y el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas podían haber sido un punto de apoyo adicional. En estas disposiciones se recoge la *tort exception*, es decir, la supresión de la inmunidad en los casos de responsabilidad civil por daños personales o patrimoniales perpetrados en el territorio del Estado del Foro. Es cierto que el art. 31 del Convenio europeo exime los actos de las fuerzas armadas del ámbito de aplicación del art. 11, pero estos preceptos deben leerse a la luz del Derecho internacional humanitario. De este modo, se podía haber sostenido que los actos de las Fuerzas Armadas quedan cubiertos por la inmunidad de jurisdicción, siempre y cuando no constituyan crímenes internacionales. Para un análisis de la práctica internacional en relación con la *tort exception*, véase SALAMANCA, E., «Inmunidad de jurisdicción del Estado y el derecho de acceso a un tribunal a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de

En lo que toca al objeto de este artículo, lo más decepcionante de la sentencia es la aproximación limitada que hace el TIJ al asunto que se le plantea y su apego a unas herramientas de análisis, que han dejado de ser válidas para explicar la mecánica de funcionamiento del Derecho internacional actual<sup>103</sup>. Tal y como el juez Bennouna subraya en su voto particular, al enfocar el asunto desde una perspectiva meramente procesal, el TIJ elude problemas fundamentales de carácter ético y no otorga la debida consideración a la transformación gradual del principio de soberanía a la luz de la exigencia de un ejercicio responsable de la misma, incluyendo no sólo la obligación de proteger a su población, sino también la de no causar daños a la población de otros países<sup>104</sup>. Se puede decir que el Tribunal adopta una posición excesivamente cautelosa, ignorando, por un lado, que el Derecho imperativo internacional puede ser un «*instrument de la transformation du droit international*»<sup>105</sup>, y, por otro, que ya existe una dinámica de limitación de las inmunidades<sup>106</sup>.

De acuerdo con el análisis aplicado por el TIJ, no había en este caso un conflicto directo entre las normas de *iustitia cogens* y las normas reguladoras de la inmunidad<sup>107</sup>. Recurre para justificar esta aserción a un enfoque meramente procesal de las inmunidades, que ya había sido utilizado por el Tribunal con anterioridad<sup>108</sup>. De este modo el TIJ ignora que tanto el *iustitia cogens* como los principios en los que éste encuentra fundamento son un punto de referencia crucial para interpretar de manera integrada el ordenamiento jurídico internacional. Si el Tribunal hubiese aplicado, en cambio, una lógica constitucional, le habría sido posible apreciar que sí que hay un conflicto en este caso. Puede que no sea entre las normas de *iustitia cogens* y la norma consuetudinaria que regula las inmunidades, pero sí es ciertamente una pugna entre principios fundamentales: soberanía frente a derechos humanos. En un contexto de creciente limitación de la soberanía estatal, el Tribunal podría haber optado en este caso por los derechos humanos para reinterpretar la norma que regula las inmunidades, sin invalidar el principio de soberanía<sup>109</sup>. El hecho

Derechos Humanos en el asunto *McElhinney c. Irlanda*», *Anuario Español de Derecho Internacional*, XVIII, 2002, p. 347.

<sup>103</sup> Véanse los párrs. 161 y ss., en la opinión discrepante del juez Cançado Trindade.

<sup>104</sup> BENNOUNA, voto particular separado, párrs. 9 y 7. Bennouna está de acuerdo con la decisión, pero no comparte el razonamiento, ni la lógica de la sentencia.

<sup>105</sup> DUPUY, P. M., «L'unité...», *op. cit.*, nota 30, p. 312.

<sup>106</sup> SCHREUER, C. H., *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, Grotius Publications, 1988; SORIA JIMÉNEZ, A., *La excepción por actividades comerciales a las inmunidades estatales*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1999. El juez Yusuf también hace referencia a la consolidación de la *tort exception* como un paso más en la limitación de las inmunidades (párr. 23).

<sup>107</sup> Párr. 93. Para una crítica sólida de este tipo de enfoque, véase ORAKHELASHVILI, A., «State...», *op. cit.*, nota 95, pp. 963 y ss.

<sup>108</sup> TIJ, *RDC c. Bélgica*, Sentencia de 14 de febrero de 2008, párr. 60. Como pone de relieve Lorna McGregor, con este planteamiento el TIJ deja sin resolver un problema fundamental: que la inmunidad deriva en impunidad. McGREGOR, L., «Torture and State Immunity, Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty», *EJIL*, vol. 18/5, 2008, p. 907. El mismo enfoque procesal es aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Al-Adsani c. Reino Unido*, app. 35763/97, Sentencia de 21 de noviembre de 2001.

<sup>109</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1997, p. 13.

de que las inmunidades deriven del principio de igualdad soberana, invita a actuar con cautela en este terreno y es una razón adicional para rechazar, como ya se ha aclarado, una supresión generalizada de las inmunidades en todos los litigios relativos a crímenes internacionales. Pero la aplicación del principio de igualdad soberana debe sopesarse considerando la relevancia de otros principios fundamentales referidos a la protección de los derechos humanos. En este asunto concreto, la aplicación de la regla de la inmunidad entraba en conflicto con el derecho de acceso a la justicia para reclamar el derecho a obtener una reparación adecuada por los crímenes internacionales cometidos, siendo los tribunales italianos el único recurso que les quedaba a las víctimas. La norma que regula la inmunidad no es inmutable y si el Tribunal hubiese realizado una interpretación integrada del ordenamiento jurídico, contextualizando la norma y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, habría llegado a una decisión final diferente.

Desafortunadamente, el TIJ se limita a llevar a cabo un análisis formal en el que, por un lado, destaca la naturaleza preliminar de la inmunidad y, por otro, define el contenido de la norma consuetudinaria sobre la base del número de precedentes. En lo que se refiere al primer aspecto, compartimos plenamente las reflexiones del juez Yusuf, que señalan que el carácter preliminar de la inmunidad no debe impedir una contextualización de la demanda<sup>110</sup>. Esa contextualización es necesaria, por otro lado, para aplicar la *tort exception* y el carácter preliminar de la inmunidad no ha sido un obstáculo para ello. En lo concerniente al análisis de los precedentes, tal y como señala también Yusuf, no se debería dar importancia únicamente a la cantidad, porque al hacerlo se puede estar frenando la evolución del ordenamiento jurídico internacional. En efecto, el Tribunal podría estar no sólo renunciando a avanzar, sino poniendo coto al progreso futuro. Tendría mucho más sentido referirse y analizar esos precedentes en relación con los principios fundamentales, desarrollados por normas de Derecho imperativo, entre los que el principio de protección de los derechos humanos ocupa un lugar privilegiado<sup>111</sup>.

Pues bien, como consecuencia del enfoque aplicado por el TIJ, ni siquiera el efecto combinado de todas las circunstancias que se daban en este asunto ha sido considerado suficiente para privar a Alemania de su inmunidad de jurisdicción<sup>112</sup>. En lugar de optar por hacer un tímido llamamiento final a las partes para negociar un posible acuerdo dirigido a satisfacer la legítima aspiración de las víctimas a una indemnización<sup>113</sup>, es razonable preguntarse

<sup>110</sup> YUSUF, voto discrepante, párr. 37.

<sup>111</sup> YUSUF, voto discrepante, párrs. 27-30.

<sup>112</sup> Bennouna sostiene que se debería privar de inmunidad a los Estados que no asumen su responsabilidad por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, voto separado, párrs. 15-20. De acuerdo con Bennouna, en este caso concreto, como Alemania había asumido su responsabilidad tenía derecho a invocar su inmunidad, párr. 13. Nos parece que en todo caso la asunción de responsabilidad no debería ser suficiente si no va acompañada de un compromiso de indemnizar adecuadamente a las víctimas. El mismo juez Bennouna apunta en esta dirección, véase *infra*, nota 116.

<sup>113</sup> TIJ, sentencia cit., nota 93, párr. 104.

si no habría sido más adecuado que el TIJ hubiese declarado que en el estado actual de evolución del ordenamiento jurídico internacional, no hay ninguna norma que prohíba a los tribunales de un Estado denegar la inmunidad a otro Estado cuando se dan las circunstancias específicas que se daban en este caso<sup>114</sup>.

Está por ver si en el futuro, y como reacción hacia esta sentencia, se genera una nueva práctica estatal en relación con la limitación de las inmunidades; o si, por el contrario, la sentencia tiene el efecto de detener el desarrollo del Derecho internacional en este ámbito<sup>115</sup>. Esperemos que este segundo escenario no se materialice y que el debate sobre el alcance de las inmunidades siga abierto<sup>116</sup>. En cualquier caso, a la vista de cómo se ha resuelto este asunto, las únicas salidas aceptables, en términos de justicia, serían bien que las dos partes en este litigio entablen negociaciones para llegar a un acuerdo que satisfaga los intereses de las víctimas, o que Italia ejerza la protección diplomática y reclame a Alemania una compensación, con la posibilidad de acudir al TIJ en caso de que el Gobierno alemán no conceda una indemnización adecuada a las víctimas de los crímenes nazis<sup>117</sup>.

### **3.2.2. *La asignatura pendiente: hacia un Derecho internacional más social***

Para concluir esta reflexión sobre el Derecho global, queremos hacer alusión a la necesidad de seguir desarrollando la dimensión social del ordenamiento jurídico internacional. Dada la situación actual de la comunidad internacional, la urgencia de progresar en la materialización de la solidaridad es evidente. El Derecho internacional debería tener como otra de sus funciones primordiales la de intentar acabar con lo que Fernando Mariño denomina «las situaciones de desigualdad que se consideran injustas»<sup>118</sup>. La proyección social del ordenamiento internacional exige el reconocimiento de la solidaridad global como un valor fundamental<sup>119</sup>. Sobre la base del principio de solidaridad, hoy muy debilitado como consecuencia de la grave crisis económica y financiera que estamos padeciendo, se han producido desarrollos jurídicos

<sup>114</sup> Nótese que esto es menos problemático que considerar que, reconociendo la inmunidad, Italia estaría vulnerando el derecho de acceso a la justicia de las víctimas. Esto último es sostenido por Cançado Trindade en su voto discrepante (párrs. 130 y ss). Es bien sabido que en esta disyuntiva el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el reconocimiento de la inmunidad no iba reñido con el derecho de acceso a la justicia: *Al-Adsani c. United Kingdom*, cit., nota 108.

<sup>115</sup> Véanse las reflexiones del juez Yusuf a este respecto, en su voto particular discrepante, párrs. 44-45.

<sup>116</sup> Koroma en su voto separado también apunta esta cuestión, cit., nota 133, párr. 7.

<sup>117</sup> Bennouna incluso propone que si Alemania no cumple con su obligación de compensar a las víctimas, se podría plantear de nuevo la cuestión de las inmunidades ante el TIJ, sugiriendo que en ese caso él votaría a favor de levantarlas, voto separado, párr. 25.

<sup>118</sup> MARIÑO, F., *Derecho..., op. cit.*, nota 1, p. 83.

<sup>119</sup> ABELLÁN HONRUBIA, V., «Nuevos parámetros para una estrategia internacional de cooperación para el desarrollo», en MENÉNDEZ, F. M. (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo xxi. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 17-44.

e institucionales sin precedentes en el marco del proceso de integración europea. Hay que continuar buscando fórmulas para aplicar este principio en otros marcos regionales y en el contexto global<sup>120</sup>. Desde esta perspectiva tiene gran importancia el análisis del principio de discriminación positiva<sup>121</sup>. Además, el tratamiento diferenciado como expresión de solidaridad debería consolidarse como una regla de juego global<sup>122</sup>. En el contexto de la crisis económica mundial que estamos padeciendo con especial virulencia en Europa, las llamadas a impulsar políticas solidarias parecen destinadas a caer en saco roto. Los recortes en las políticas de cooperación para el desarrollo, por ejemplo, ilustran un retroceso en términos de solidaridad. Tampoco el fracaso de la Ronda Doha para el desarrollo, que marca un futuro incierto para la Organización Mundial del Comercio, es un buen augurio<sup>123</sup>.

Aunque se podría sostener que el principio de solidaridad debería integrar el contenido de lo que en este artículo se ha venido llamando Derecho global, nos tememos que no es el caso todavía. El desarrollo de la «cara social» del Derecho global es el gran desafío democrático pendiente, un desafío que no es, empero, exclusivo del orden internacional.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de las secciones precedentes se ha expuesto que las dinámicas asociadas a la constitucionalización del ordenamiento jurídico internacional y al desarrollo de los principios constitucionales más inclusivos a través de normas imperativas que cuentan con el apoyo de la comunidad internacional en su conjunto, han tenido como resultado la transformación del Derecho internacional, que ahora cuenta con un núcleo verdaderamente global. Se ha sugerido que la metodología interpretativa se debe adecuar a la naturaleza constitucional del ordenamiento jurídico internacional, de modo que las normas internacionales sean interpretadas de manera que se favorezca la realización de los principios constitucionales. Los que gozan de un mayor

<sup>120</sup> Sobre la posibilidad de promover la solidaridad en los procesos de integración latinoamericanos: CEBADA, A., «Una contextualización de las relaciones entre la Unión Europea y la Comunidad Andina», en VON BOGDANDY, A., LANDA, C. y MORALES, M. (eds.), *Integración suramericana a través del Derecho*, Madrid, Max Planck Institute, CEPC, 2009, pp. 413-441.

<sup>121</sup> O «desigualdad compensadora», VIRALLY, M., «La Charté des droits et devoirs économiques», *AFDI*, vol. 20, 1974, p. 75.

<sup>122</sup> SCHACHTHER, O., «Towards a theory of international obligation», en SCHWEBEL, S. M. (ed.), *The effectiveness of International Decisions*, Leiden, Sijthoff, 1971, p. 14. En ámbitos materiales concretos se puede considerar que el tratamiento diferenciado es ya una regla de juego. Piénsese en la Organización Mundial del Comercio. Al respecto véase MANERO, A., *OMC y desarrollo. Evolución y perspectivas del trato desigual en el Derecho del comercio internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. También LINÁN NOGUERAS, D. J., «El Derecho internacional económico. El comercio internacional», en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, 15.<sup>a</sup> ed., Tecnos, 2005, p. 730.

<sup>123</sup> Véanse las declaraciones realizadas en Davos por el premier británico, D. Cameron, pidiendo el abandono del marco multilateral para volver al bilateralismo: <http://noticiasmontreal.com/19969/davos-cameron-presiona-para-que-se-establezcan-acuerdos-comerciales-con-canada/>. Es ilustrativo también que el Foro Público de la OMC 2012, que tendrá lugar en septiembre de este año, lleva por título «¿Está en crisis el multilateralismo?».

potencial inspirador son los desarrollados por medio de normas imperativas que han sido interiorizadas por los sujetos internacionales y que apuntan a la protección de la persona como la primera función del Derecho internacional. Un Derecho internacional que evolucione y se siga transformando en aras del ideal humano verá acrecentada su legitimidad. La sentencia del TIJ en el asunto de las inmunidades jurisdiccionales ilustra, sin embargo, las resistencias a aplicar este tipo de paradigma interpretativo de cariz constitucional.

A algunos todo lo expuesto aquí les puede parecer excesivamente idealista e incongruente con la realidad de un mundo confuso y de una sociedad internacional que parece virar hacia la multipolaridad en un preocupante contexto de debilitamiento del multilateralismo. Pero es precisamente en este escenario de lucha política e ideológica, para definir la estructura de la sociedad internacional y de los mecanismos de gobernanza global, donde el paradigma constitucional inspirado en la protección de las personas alcanza su mayor relevancia. Los internacionalistas, como actores de gobernanza transnacional<sup>124</sup>, sin aspirar a convertir nuestros escritos en una varita mágica que pueda transformar la realidad, no deberíamos sin embargo renunciar a orientar el comportamiento de aquellos que operan en la sociedad internacional.

Las ideas expuestas en estas páginas pueden parecer ingenuas, si observamos la situación existente en muchas zonas del planeta. En terrenos abonados por rivalidades étnicas y discursos nacionalistas profundamente excluyentes es más difícil que fructifique un discurso sobre el carácter humano y, en el futuro, social de un Derecho global de naturaleza constitucional o sobre la sociedad civil global o la humanidad. Habría que hacer una distinción entre diferenciación y diversidad. El constitucionalismo global coexiste con otros constitucionalismos, conformando un paisaje pluralista<sup>125</sup>. La humanidad es intrínsecamente diversa y aceptar que existe un Derecho global no debería poner esa diversidad en entredicho. La diversidad, sin embargo, no está reñida con el reconocimiento de las notas básicas que definen la condición humana y que deben ser protegidas en todo caso.

Y conviene recordar que también en Estados que se consideran democráticos, incluso de alta calidad democrática, existen bolsas de ciudadanos excluidos, a los que les puede parecer paradójica toda alusión a la igualdad o a los derechos sociales, y que esto no obsta a que se clasifique a estos Estados como democráticos. En definitiva, la calidad democrática del Derecho global es manifestamente mejorable, igual que lo es la calidad democrática de la mayoría de los Estados y de los mecanismos de gobernanza global. La dimen-

<sup>124</sup> Inger-Johanne Sand diferencia entre gobernanza internacional y transnacional, incluyendo en esta última las redes científicas. SAND, I.-J., «Polycontextuality as an Alternative to Constitutionalism», en JOERGES, Ch., SAND, I.-J. y TEUBNER, G. (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2004, p. 47.

<sup>125</sup> WALKER, N., «The idea of constitutional pluralism», *The Modern Law Review*, vol. 65/3, 2002, p. 343.

sión humana del Derecho global se ha ido consolidando, pero queda mucho por hacer, no sólo para evitar regresiones y seguir avanzando, sino también para construir su cara social.

## RESUMEN

### EL DERECHO INTERNACIONAL GLOBAL: UNA RETÓRICA ÚTIL PARA UNA TRANSFORMACIÓN NECESARIA

En el momento actual asistimos a la gestación de un Derecho internacional global, derivada del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico internacional, que a su vez viene impulsado por el desarrollo de las normas imperativas en áreas relacionadas con la protección de las personas. Los principios constitucionales orientados a la protección del ser humano adquieren una relevancia fundamental y debe inspirar la interpretación y la transformación del ordenamiento jurídico internacional. Este proceso está conduciendo a un Derecho más humano, más inclusivo y más democrático. Falta, sin embargo, por desarrollar la cara social del Derecho internacional y terminar de consolidar la aproximación constitucional al mismo.

**Palabras clave:** Derecho global, constitucionalización del ordenamiento jurídico internacional, humanidad y Derecho internacional.

## ABSTRACT

### GLOBAL INTERNATIONAL LAW: A USEFUL RHETORIC FOR A MUCH NEEDED TRANSFORMATION

We are witnessing the birth of a global international law, the outcome of the constitutionalisation of the international legal system, which in turn is the result of the development and strengthening of *iustitia cogens* norms in issues related to the international protection of human beings. In this framework the constitutional principles designed to protect people are acquiring a fundamental importance and they should serve to inspire the interpretation and transformation of the international legal order. The result to date is an increasingly human-oriented international law, a law that is more inclusive and ultimately with even democratic connotations. What has yet to be achieved, however, is the development of the social face of international law and the full consolidation of the constitutional approach to the international legal order.

**Keywords:** Global Law, constitutionalisation of international Law, humanity and international Law.

## RÉSUMÉ

### DROIT INTERNATIONAL GLOBAL: RHÉTORIQUE UTILE POUR UNE TRANSFORMATION NÉCESSAIRE

Nous assistons à la naissance d'un droit global international, découlant de la constitutionnalisation de l'ordre juridique international et du développement et renforcement des normes de *jus cogens* dans des domaines directement liés à la protection des personnes. Dans ce cadre, les principes constitutionnels relatifs à la protection des personnes deviennent des principes fondamentaux qui inspirent l'interprétation et la transformation

de l'ordre juridique international. Le résultat à ce jour est un Droit international plus humain, plus inclusif et, finalement, plus démocratique. Reste néanmoins à mettre en œuvre la dimension sociale du droit international et àachever de consolider l'approche constitutionnelle de l'ordre juridique international.

**Mots clés:** Droit global, constitutionnalisation de l'ordre juridique international, humanité et Droit international.