

La preeminencia del derecho en derecho internacional: elementos para una definición

The Rule of Law Among Nations: Elements for a Definition

César Villegas Delgado*

SUMARIO: I. Introducción. II. El marco conceptual de referencia: la definición de Estado de Derecho propuesta por el secretario general de las Naciones Unidas y sus elementos estructurales. III. Exteriorizando el marco conceptual de referencia: los presupuestos básicos del Estado de derecho extrapolables al ámbito internacional. IV. La conceptualización del principio de la preeminencia del derecho en derecho internacional: nuestra propuesta. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

* Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla. Licenciado y Doctor en Derecho. Master en Jurisdicción Penal Internacional. Actualmente se encuentra desarrollando —como visiting researcher— un proyecto de investigación en el *Erik Castren Institute of International Law and Human Rights* de Helsinki (Finlandia). E-mail: *cvillegas@us.es*.

Artículo recibido el 10 de julio de 2012

Aprobado para publicación el 4 de septiembre de 2012

RESUMEN: Con la aprobación de la Resolución 61/39 titulada *El Estado de derecho en los planos nacional e internacional*, de 4 de diciembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció por vez primera una distinción expresa entre los aspectos interno e internacional de este principio. A partir de esta Resolución, la Asamblea General ha centrado de lleno el debate sobre el estudio de la vertiente internacional del Estado de derecho tomando como referencia la única definición expresa que de este principio se ha elaborado en el seno de las Naciones Unidas y que consta en el informe del secretario general *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. El objeto del presente artículo es el de identificar y analizar aquellos elementos o componentes del Estado de derecho interno que se han extrapolado al ámbito internacional, en el seno de la práctica de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con el propósito de elaborar una definición *ad hoc* de la vertiente internacional de este principio que, a efectos del presente trabajo, denominaremos *preeminencia del derecho* en derecho internacional.

Palabras clave: Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Secretaría General, Sexta Comisión, Estado de derecho, preeminencia del derecho.

ABSTRACT: With the adoption of the Resolution 61/39 *The Rule of Law at the national and international levels*, the General Assembly of the United Nations established, for the first time, an express distinction between domestic and international aspects of the Rule of Law. Since the adoption of this Resolution, the General Assembly has focused the debate on the study of the international aspects of the Rule of Law from the definition proposed by the Secretary General of the United Nations in his Report *the Rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict Societies*. In this paper the author analyzes those elements of the Rule of Law which have been extrapolated to the international level, within the practice of the General Assembly, in order to develop an *ad hoc* definition of the international aspect of this principle that, for the purposes of this paper, will be identify as the *Rule of Law among Nations*.

Descriptors: United Nations, General Assembly, Secretary General, Sixth Committee, Rule of Law, International Rule of Law, Rule of Law among nations.

RÉSUMÉ: Avec l'adoption de la Résolution 61/39 *L'état de Droit aux niveaux national et international*, l'Assemblée Générale des Nations Unies a établi, pour la première fois, une distinction expresse entre les aspects nationaux et internationaux de l'État de Droit. Depuis l'adoption de cette résolution, l'Assemblée Générale a mis en œuvre au détour de soi le débat sur l'étude des aspects internationaux de l'État de Droit conforme la définition proposée par le Secrétaire Général de l'Organisation des Nations Unies dans son rapport «Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit». Dans cet article, l'auteur analyse les éléments de l'État de Droit qui ont été extrapolés à l'échelle internationale, dans la pratique de l'Assemblée Générale, avec le but d'élaborer une définition *ad hoc* de l'aspect international de ce principe que, pour les fins de ce travail, sera identifié en tant que prééminence du Droit en Droit international.

Mots-clés: l'Organisation des Nations Unies, l'Assemblée Générale, Secrétaire Général des Nations unies, Sixième Commission, l'État de Droit, Prééminence du Droit.

I. INTRODUCCIÓN

Con la aprobación de la Resolución 61/39 titulada *El Estado de derecho en los planos nacional e internacional*, del 4 de diciembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció por vez primera una distinción expresa entre los aspectos interno e internacional del Estado de derecho. A partir de esta Resolución, la Asamblea General ha centrado de lleno el debate sobre el estudio de la vertiente internacional del Estado de derecho tomando como referencia la única definición expresa que de este principio se ha elaborado en el seno de las Naciones Unidas y que consta en el informe del secretario general *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*.

Partiendo de esta definición, la Asamblea General de las Naciones Unidas habría trasladado al plano internacional determinados elementos o parámetros analíticos del Estado de derecho interno para ser aplicados directamente al ámbito de las relaciones internacionales. El objeto del presente artículo es el de identificar y analizar, dentro de la práctica de la Organización de las Naciones Unidas —sobre todo, aunque no exclusivamente, de la Asamblea General— aquellos elementos o componentes del Estado de derecho interno que se han extrapolado al ámbito internacional, con el propósito de elaborar una definición *ad hoc* de la vertiente internacional de este principio que, a efectos del presente estudio, denominaremos *preeminencia del derecho en derecho internacional* o *the Rule of Law among nations*.

II. EL MARCO CONCEPTUAL DE REFERENCIA: LA DEFINICIÓN DE ESTADO DE DERECHO PROPUESTA POR EL SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS Y SUS ELEMENTOS ESTRUCTURALES

En su sesión del 26 de enero de 2004, relativa a *la reconciliación nacional después de los conflictos: el papel de las Naciones Unidas*,¹ el Consejo de Seguridad solicitó al secretario general que elaborara un informe so-

¹ En este sentido, véase el documento S/PRST/2004/2, del 26 de enero de 2004.

bre la práctica de la Organización de las Naciones Unidas relativa a las operaciones desplegadas después de un conflicto armado, centrando la atención en la promoción de la justicia y el Estado de derecho.

En respuesta a tal petición, el entonces secretario general de la Organización, señor Kofi Annan, presentó el informe titulado: *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*.² En dicho informe, el secretario general afirmaba que no era posible consolidar la paz en el periodo inmediatamente posterior a un conflicto, ni mantenerla a largo plazo, si la población afectada no confiaba en obtener una reparación de las injusticias sufridas por parte de las instituciones encargadas del arreglo pacífico de las controversias y la administración de justicia. Además, el secretario general recalca que la vulnerabilidad de las minorías, las mujeres, los niños, los reclusos, detenidos, desplazados y refugiados, en las situaciones de conflicto o post conflicto, introducía un elemento de urgencia en la necesidad de restablecer el Estado de derecho.³

Dentro de su informe, Kofi Annan reconocía que, desafortunadamente, términos tan esenciales para el restablecimiento de la paz y la seguridad en el seno de las sociedades que habían padecido un conflicto armado, como, por ejemplo, “justicia”, “Estado de derecho” y “justicia de transición” tenían, dentro de la práctica de las Naciones Unidas, interpretaciones muy diversas, lo que obstaculizaba seriamente la eficacia de las acciones implementadas por la Organización en la materia.⁴

En virtud de lo anterior, el secretario general articulaba, como uno de los objetivos prioritarios de su informe, una terminología común, consciente de la imperiosa necesidad de unificar criterios y de la exigencia práctica de optimizar las acciones desplegadas por la Organización en el terreno.

Respecto al Estado de derecho, el secretario general manifestaba que:

... se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas

² Doc. S/2004/616, del 3 de agosto de 2004.

³ Al respecto, véase el párrafo 2 del documento S/2004/616, del 3 de agosto de 2004.

⁴ En este sentido, véase el párrafo 5 del documento S/2004/616, del 3 de agosto de 2004.

a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal.⁵

Con esta definición, el funcionario de más alto nivel en la Organización trató de armonizar toda esa amplia gama de ideas generales que giraban en torno al alcance y contenido del Estado de derecho dentro de un sector concreto de la práctica internacional de la Organización: el de las operaciones desplegadas después de un conflicto armado pues, como el propio secretario general había reconocido, la proliferación de nociones e interpretaciones tan heterogéneas respecto a su alcance y contenido había originado que, en algunos casos, las actividades que se venían desarrollando bajo el paraguas del Estado de derecho llegasen a ser, por lo menos, incoherentes.⁶

Así, por ejemplo, el aumento de la capacidad de la policía para efectuar arrestos no podía considerarse como una contribución al fortalecimiento del Estado de derecho si al mismo tiempo faltaban instituciones de detención debidamente habilitadas y supervisadas para alojar, en condiciones humanitarias, a los detenidos, o no existía un sistema judicial en funcionamiento para procesarlos sin dilación y con arreglo a derecho, o no habían abogados defensores que los representasen.⁷

En este contexto, el secretario general proporcionó una definición común del Estado de derecho con la intención de que todos los agentes

⁵ Véase el párrafo 6 del informe del secretario general al Consejo de Seguridad denominado *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, del 3 de agosto de 2004. Doc. S/2004/616.

⁶ En este sentido, véase el informe del secretario general de las Naciones Unidas titulado *El Estado de derecho en los plano nacional e internacional*, del 12 de junio de 2008, que contiene una lista detallada de todas aquellas actividades promovidas y ejecutadas por los diversos órganos, entidades, oficinas, departamentos, fondos y programas del sistema de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del Estado de derecho. Doc. A/63/64.

⁷ Al respecto, véase el párrafo 30 del informe del secretario general al Consejo de Seguridad denominado *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, del 3 de agosto de 2004. Doc. S/2004/616.

implicados en las operaciones desplegadas dentro de las sociedades que habían padecido un conflicto armado pudiesen articular estrategias coherentes para promover dicho principio.⁸

En su definición, el secretario general de las Naciones Unidas adoptó una postura sustancial o material sobre el Estado de derecho,⁹ en el sentido de que, además de los elementos formales de la norma,¹⁰ exige que su contenido sea compatible con una serie de valores y principios jerárquicamente superiores como, por ejemplo, la protección de los derechos humanos —derivada del principio de la dignidad intrínseca del ser humano—.

En esta misma tesitura, y más allá de la formulación meramente abstracta del principio, el secretario general manifiesta en su referido informe que la existencia misma del Estado de derecho requiere la adopción de determinadas acciones y medidas destinadas a garantizar el respeto de algunos principios conexos a dicha institución, como son la rendición de cuentas, la equidad en la aplicación de la ley, la separación

⁸ Dentro de la práctica de la Organización, como ha puesto de manifiesto la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, es posible identificar hasta cuarenta órganos, entidades, oficinas, departamentos, fondos y programas del sistema de las Naciones Unidas que organizan, dirigen y ejecutan una amplia gama de medidas y acciones concretas destinadas, entre otras cosas, a promover el Estado de derecho. En este sentido, véase el párrafo 8 del informe *El Estado de derecho en los planos nacional e internacional: informe relativo a la lista de actividades actuales de los diversos órganos, entidades, oficinas, departamentos, fondos y programas del sistema de las Naciones Unidas dedicadas a la promoción del Estado de Derecho* (doc. A/62/261, del 15 de agosto de 2007).

⁹ De acuerdo con las teorías sustanciales o materiales, la legalidad a la que se encuentra sometido el poder público dentro de un Estado de derecho está orientada por un orden superior de normas, fundamentadas sobre la base de la soberanía popular y la protección de los derechos fundamentales. Por tanto, se considerará un Estado de derecho sustancial o material aquel Estado que también garantice el compromiso del contenido de la legislación con normas superiores y lo asegure con una Constitución que normativice los derechos fundamentales del individuo mediante una legislación subordinada a esa Constitución. *Cfr.* Stein, T., “Estado de derecho, Poder público y Legitimación desde la perspectiva alemana”, *Working Papers*, núm. 88, 1994, Institut de Ciències Polítiques i Socials, pp. 11 y ss.

¹⁰ Es decir, que la norma sea general, clara, abstracta, irretroactiva y que haya sido públicamente promulgada, etcétera. Sobre el tema, véase Craig, P., “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”, *Public Law*, 1997, p. 473. Igualmente, Summers, R., “A Formal Theory of the Rule of Law”, *Ratio Juris*, vol. 6, núm. 2, 1993, pp. 127-142.

de poderes, la participación en la adopción de decisiones, la legalidad, la no arbitrariedad, la transparencia procesal y legal, entre otros.¹¹

Ahora bien, es preciso destacar que al construir su definición, el secretario general de las Naciones Unidas parte de una concepción interna del Estado de derecho. En realidad, esta situación determina que al hablar de la promoción del Estado de derecho en las sociedades post conflicto armado, estemos ante un supuesto de internacionalización de un modelo interno en la práctica de la Organización¹² y no ante un modelo internacional del Estado de derecho propiamente dicho.

El elemento de internacionalización del Estado de derecho, en este caso concreto, no provendría de la adaptación de su contenido a la realidad social imperante en el ámbito internacional, sino, simplemente, de su promoción a nivel internacional desde el marco institucional de la Organización. En otras palabras, lo que se estaría promoviendo en el seno de las Naciones Unidas no sería un “Estado de derecho internacional”¹³ sino, más bien, una versión interna de dicho principio a nivel internacional.

¹¹ Véase parágrafo 6 del informe del secretario general de las Naciones Unidas titulado *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, del 3 de agosto de 2004. Doc. S/2004/616.

¹² Para Stéphane Beaulac, este proceso de internacionalización implica que, partiendo de una base dicotómica interno-internacional, las características de la institución interna sean proyectadas al ámbito internacional. En este sentido, véase Beaulac, S., “An Inquiry into the International Rule of Law”, *European University Institute Working Papers*, núm. 14, 2007, p. 8.

¹³ Cabe destacar que la utilización del término “Estado de derecho internacional”, como manifestación internacional del Estado de derecho, genera, para algún sector de la doctrina —con el que coincidimos—, cierto escepticismo. Para estos autores, las diferencias estructurales que existen entre el orden jurídico estatal interno y el internacional, constituyen un gran obstáculo para la construcción de una teoría del Estado de derecho internacional. Sirvan como ejemplo de este sector de la doctrina, entre otros, Endicott, T., “The Impossibility of the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1999, pp. 1-18; Frank, T., *Political Questions Judicial Answers: Does the Rule of Law apply to Foreign Affairs*, New Jersey, Princeton University Press, 1992; Higgins, R., “The ICJ and the Rule of Law”, discurso pronunciado el 11 de abril de 2007, p. 15, en: http://www.unu.edu/events/files/2007/20070411_Higgins_speech.pdf, visitada el 13 de agosto de 2012; Marmor, A., “The Rule of Law and its limits”, *Law and Philosophy*, vol. 23, 2004, pp. 1-43; Silverstein, G., “Globalization and the Rule of Law: a Machine that Runs of Itself?”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 3, 2003, pp. 427-445; Waldron, J., “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”, *Law and Philosophy*, vol. 21, núm. 2, 2002, pp. 137-164; Williams, S., “Indeterminacy and the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, núm. 3, 2004, pp. 539-562.

Como consecuencia de lo anterior, los parámetros de análisis —así como el contenido de la versión interna del Estado de derecho— limitarán considerablemente la posibilidad de examinar, a través de sus postulados, la sumisión del poder al derecho en el ámbito internacional pues, como es sabido, el medio social internacional es sustancialmente distinto al nacional.

No obstante, y a pesar de las limitaciones inherentes a la concepción interna del Estado de derecho —de la que parte el secretario general en su definición—, lo cierto es que, salvo error u omisión por nuestra parte, dicha definición constituye el único marco conceptual —expreso y concreto— que se ha elaborado en la práctica internacional de las Naciones Unidas y que podemos utilizar como referencia para nuestro estudio.

Dentro de la definición propuesta por el secretario general de las Naciones Unidas, es posible identificar una serie de elementos —tanto formales como materiales— que, por cuestiones metodológicas y a efectos del presente trabajo, denominaremos “estructurales”. Estos elementos, interpretados en su conjunto, serán la base que nos permita descifrar el alcance y contenido del principio del Estado de derecho promovido por la Organización de las Naciones Unidas en el marco de aquellas sociedades que sufren o han sufrido un conflicto armado.¹⁴ De forma paralela a dichos elementos, identificamos —en la definición propuesta por el secretario general— una serie de principios afines, cuya protección constituye lo que denominamos “las exigencias del Estado de derecho”.

Desde esta perspectiva, habremos de distinguir entre los elementos estructurales del Estado de derecho, de una parte, y sus principios afines de otra. Los elementos estructurales, representan el núcleo mínimo indispensable de un régimen basado en el Estado de derecho, es decir, actúan como una base o estructura mínima sobre la cual se erige dicha institución jurídica. En otras palabras, los elementos estructurales serían *conditio sine qua non* para la existencia de un Estado de derecho. Los principios afines, por su lado, serían accesorios a dicha institución, en

¹⁴ Debe recordarse que estos elementos giran en torno a una concepción interna del Estado de derecho y, por tanto, su prisma analítico está orientado hacia el estudio de una realidad socio-jurídica sustancialmente distinta a la internacional.

el sentido de que su presencia facilitaría la consecución de sus objetivos pero su ausencia no supondría su inexistencia.

En nuestra opinión, los elementos estructurales del principio del Estado de derecho, presentes en la definición propuesta por el secretario general de las Naciones Unidas, son cuatro:

- a) En primer lugar, la existencia de un ordenamiento jurídico al que todos los sujetos del derecho, incluido el propio Estado y sus agentes, están sometidos.
- b) En segundo lugar, la igualdad de todos los sujetos del derecho frente al cumplimiento de la ley.
- c) En tercer lugar, la aplicación independiente y efectiva de dicho ordenamiento jurídico y, por último,
- d) La compatibilidad de ese ordenamiento jurídico con las normas y principios relativos a la protección internacional de los derechos humanos.

El primer elemento de la definición planteada por el secretario general, individualmente considerado, gira en torno a la existencia de un ordenamiento jurídico al que todos los sujetos del derecho, incluido el propio Estado y sus agentes, deben estar sometidos, sin prejuzgar sobre el contenido material de las disposiciones jurídicas que integran dicho ordenamiento.

Desde esta perspectiva, el primer elemento de la definición tendría una naturaleza eminentemente formal, toda vez que demandaría de la norma una serie de requisitos tales como el de irretroactividad, el de generalidad, el de publicidad, el de claridad y el de estabilidad,¹⁵ sin prejuzgar sobre el contenido de la misma.

Dentro del segundo elemento estructural de la definición, el secretario general reivindica la igualdad de todos los sujetos ante la ley —como base del principio del Estado de derecho—. En efecto, uno de los requisitos indispensables para que podamos hablar de la existencia del Estado de derecho es, sin duda alguna, que todos los sujetos regi-

¹⁵ Raz, J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 214 y 215.

dos por un mismo ordenamiento jurídico sean tratados como iguales de cara a la aplicación de la ley. Resulta difícil concebir una comunidad, dentro de la que se presume la existencia del Estado de derecho, en la que, a la luz de la aplicación de la norma, determinada categoría de sus miembros, injustificadamente, posea un estatus distinto a los demás.¹⁶

La igualdad de todos los sujetos del derecho ante la ley constituye uno de los presupuestos básicos de todo ordenamiento jurídico en el marco de un Estado de derecho; es, por otra parte, una exigencia común en las Constituciones europeas que proclaman derechos fundamentales. En este sentido, por ejemplo, la Constitución Española consagra la igualdad —ante la ley— como un valor supremo del ordenamiento jurídico interno.¹⁷

Ahora bien, el principio de igualdad de todos los sujetos ante la ley no entraña una igualdad de trato por parte del Estado a todos los sujetos en términos absolutos, sino, más bien, se traduce en un trato igualitario sin discriminación —que, en sentido técnico, implica que los destinatarios de la norma deben ser tratados de la misma manera— y la obligación, por parte de los poderes públicos, de aplicar de igual forma las normas generales a los casos concretos regulados por ellas.¹⁸

Como tercer elemento estructural del Estado de derecho, identificamos a la aplicación independiente y efectiva de las disposiciones del ordenamiento jurídico.

Dentro de su informe, el secretario general reconoce que la existencia de un ordenamiento jurídico en el seno de una sociedad determinada —cuyas normas son compatibles con la protección internacional de los derechos humanos—, al que todos los sujetos del derecho —incluido el propio Estado y sus agentes— están sometidos en un plano de igualdad, no constituye, por sí solo, un elemento que permita constatar la presencia de un Estado de derecho, sino que, de forma paralela, debe existir, dentro de esa sociedad, un sistema de administración de la jus-

¹⁶ Watts, A., “The International Rule of Law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 36, 1993, p. 30.

¹⁷ Véase artículo 1.1 de la Constitución Española.

¹⁸ Sobre esta cuestión, véase Serrano González, A., “El principio de igualdad ante la ley en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Martín-Retortillo Baquer, L. (coord.), *De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza, Instituto Fernando el Católico, 1985, p. 36.

ticia encargado de aplicar y hacer cumplir de manera independiente y efectiva las disposiciones que integran dicho ordenamiento,¹⁹ cuestión fundamental para el Estado de derecho pues ante la ausencia de lo que Ferrajoli denomina garantías secundarias, es decir, su accionabilidad en juicio,²⁰ las disposiciones del ordenamiento jurídico no pasarían de ser más que letra muerta y, en consecuencia, sería ilusorio hablar de un régimen basado en tal principio.

Para el secretario general, ese mecanismo de garantía reside en los sistemas nacionales de justicia, cuyo núcleo institucional está, a su vez, integrado por un Poder Judicial sólido e independiente que tiene las atribuciones necesarias y está debidamente financiado, equipado y capacitado para promover el respeto de los derechos humanos y las garantías fundamentales.²¹

Además, el Poder Judicial debe estar facultado no sólo para resolver litigios entre particulares, sino también para supervisar la acción de la administración e incluso la legislación emanada del órgano parlamentario.²²

Por último, y como cuarto elemento estructural de la definición, el secretario general exige que el contenido del ordenamiento jurídico sea compatible con las normas y principios relativos a la protección internacional de los derechos humanos. Es decir, que además de los elementos formales de la norma, su contenido debe estar inspirado y condicionado por una serie de valores y principios jerárquicamente superiores como serían, en este caso concreto, aquellos principios inspiradores de las normas internacionales relativas a la protección de los derechos humanos como, por ejemplo, la dignidad intrínseca del ser humano.

En este sentido, el secretario general, separándose de aquel sector de la doctrina que apuesta por un contenido formal del Estado de derecho y sus elementos, incorpora, en la estructura fundamental de su defini-

¹⁹ *Ibidem*, parágrafos 34 y ss.

²⁰ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías: la Ley del más débil*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 44.

²¹ Al respecto, véanse el parágrafo 35 del informe del secretario general de las Naciones Unidas titulado *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, cit.

²² En este sentido, véase Laporta, F., “Imperio de la ley: reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, en Carbonell, M. y Orozco, W. (coords.), *Estado de derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-Siglo XXI, 2002, pp. 107 y 108.

ción, la compatibilidad del contenido de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico con una serie de principios y valores que inspiran, promueven e impulsan la protección internacional de los derechos humanos. En otras palabras, introduce en la definición del Estado de derecho un elemento estructural de naturaleza sustancial, apostando así por una concepción integradora del Estado de derecho que combina sus dimensiones formal y material.

Ambas vertientes, como señala el profesor Pérez Luño, representarían las dos caras de una misma moneda; entre ambas debe existir un necesario equilibrio pues, como afirma dicho autor, cuando en la lucha por el Estado de derecho se impone el elemento ideológico-material en detrimento del técnico-formal, se corre el peligro de sacrificar, en nombre de determinadas visiones de la justicia, el clima de seguridad imprescindible para el funcionamiento de las instituciones jurídicas, ya que puede ocurrir que ciertas manifestaciones de la lucha por la libertad sean incompatibles con la libertad de los demás, porque los medios para sus logros resultan inconciliables con la forma general de la ley. Por el contrario, cuando se concibe al Estado de derecho como un mero conjunto de técnicas formales, se corre el peligro de que sus estructuras sean incapaces de evitar su transformación autoritaria, y de que llegue a confundirse el respeto por la seguridad jurídica con el mantenimiento del orden público, con el consiguiente deterioro de las libertades fundamentales.²³

Desde esta perspectiva integradora, las normas que conforman el ordenamiento jurídico, dentro de una sociedad regida por el Estado de derecho, además de cumplir con determinados requisitos formales —como la irretroactividad, la generalidad, la publicidad, la claridad y la estabilidad—, deben ser compatibles con una serie de valores y principios sustanciales jerárquicamente superiores que, en este caso concreto, inspiran, promueven, impulsan y fomentan la protección internacional de los derechos humanos.

En suma, podemos afirmar que estos cuatro elementos que hemos denominado estructurales (la irretroactividad, generalidad, publicidad, claridad y estabilidad de la norma; la igualdad de todos los sujetos ante

²³ En este sentido, véase Pérez Luño, E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 2010, p. 249.

la ley; la aplicación independiente y efectiva del ordenamiento jurídico y, por último, que su contenido sea compatible con las normas y principios relativos a la protección internacional de los derechos humanos) constituirán el núcleo mínimo indispensable, la esencia, del Estado de derecho en la definición propuesta por el secretario general de las Naciones Unidas.

Ahora bien, tras haber examinado la definición del Estado de derecho propuesta por el secretario general y haber identificado sus elementos esenciales, analizaremos hasta qué punto dichos elementos podrían ser extrapolados al ámbito internacional. Para tal finalidad, y tomando como punto de partida las diferencias estructurales que existen entre el medio jurídico social interno y el internacional,²⁴ nos cuestionaremos —dentro de los apartados siguientes— si sería posible aplicar el principio de la *preeminencia del derecho* como manifestación de la sumisión del poder público al imperio de la ley —idea subyacente al Estado de derecho— en el ámbito internacional. De ser así, habría que preguntarse, por un lado, si tendría el mismo significado y poseería los mismos elementos que la noción interna del Estado de derecho y, por otro lado, si sería suficiente su adaptación (parcial) o se requeriría de una auténtica transformación (profunda) antes de su aplicación en el plano internacional. Dichas interrogantes serán el eje del análisis que plantearemos a continuación.

III. EXTERIORIZANDO EL MARCO CONCEPTUAL DE REFERENCIA: LOS PRESUPUESTOS BÁSICOS DEL ESTADO DE DERECHO EXTRAPOLABLES AL ÁMBITO INTERNACIONAL

En la definición propuesta por el secretario general de las Naciones Unidas hemos podido identificar una serie de elementos estructurales

²⁴ Dichas diferencias quedarían reflejadas, por ejemplo, en la ausencia de un Poder Ejecutivo, un Legislativo y un Judicial a nivel internacional, en la naturaleza eminentemente política de la solución de las controversias internacionales y en la falta de jurisdicción contenciosa obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. Del mismo modo, la relación asimétrica y vertical que existe entre el Estado y sus gobernados en el plano nacional —esencial dentro de las teorías del Estado de derecho—, se configura, dentro del medio jurídico-social interna-

que, en su conjunto, conforman el núcleo o la estructura mínima de la institución jurídica del Estado de derecho.

Como hemos señalado en líneas anteriores, el secretario general de las Naciones Unidas parte en su definición de una concepción interna del Estado de derecho. Esta situación determina que, en realidad, al hablar de la promoción del Estado de derecho en las sociedades que han padecido un conflicto armado, estemos ante un supuesto de internacionalización de un modelo interno en la práctica de la Organización y no ante un modelo internacional del Estado de derecho en sí.

Esta situación vendría a determinar que los parámetros de análisis de la versión interna del Estado de derecho, resulten poco apropiados para examinar la sumisión del poder al derecho en el ámbito internacional. No obstante, debemos recordar que la definición propuesta por el secretario general, salvo error u omisión de nuestra parte, constituye el único marco conceptual de referencia —expreso y concreto— que se ha elaborado en torno al principio del Estado de derecho dentro de la práctica internacional de la Organización de las Naciones Unidas.

Será a partir de este marco conceptual de referencia que nos plantearemos hasta qué punto los elementos estructurales del Estado de derecho resultan extrapolables al escenario internacional para enunciar la sumisión del poder público al derecho, esencia del principio de la *preeminencia del derecho*. Para tal efecto, será necesario adaptar tanto la denominación como el contenido de dichos elementos a la realidad jurídico-social imperante en el ámbito internacional.

Desde esta perspectiva, podríamos adelantar que los presupuestos básicos del Estado de derecho extrapolados al ámbito internacional en el marco del principio de la *preeminencia del derecho* serán los cinco siguientes:

- a) Un orden internacional basado en el derecho.
- b) La aplicación uniforme del derecho internacional a todos los sujetos en un plano de igualdad.
- c) La prevención del ejercicio arbitrario del poder de los Estados.

cional, de una forma horizontal entre Estados soberanos. En este sentido, véase, entre otros, Chesterman, S., “An International Rule of Law”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, paper núm. 70, 2008, pp. 25 y 26.

- d) La aplicación independiente y efectiva de las normas jurídicas internacionales y, por último,
- e) La compatibilidad de las normas internacionales con el principio de la dignidad intrínseca del ser humano.

El contenido de estos presupuestos, como veremos a continuación, estará determinado necesariamente a partir de la realidad social imperante en el ámbito internacional.

1. *Un orden internacional basado en el derecho*

En el plano interno, el elemento correlativo a un orden internacional basado en el derecho está vinculado a la existencia de un ordenamiento jurídico al que todos los sujetos del derecho, incluido el propio Estado y sus agentes, están sometidos.

La existencia de un cuerpo normativo reconocido como derecho que regule la conducta de los miembros de la comunidad y constituya la base legal de sus relaciones recíprocas, será el punto de partida —*conditio sine qua non*— para toda discusión relativa tanto a la *preeminencia del derecho* en plano internacional como al Estado de derecho en el ámbito jurídico estatal interno. Esto es así puesto que, en esencia, ambos principios persiguen un mismo fin que está íntimamente ligado a la existencia de ese cuerpo normativo: la sumisión del poder público al derecho.

Desde esta perspectiva, el principio de la *preeminencia del derecho*, apoyándose en el primer elemento estructural del Estado de derecho extrapolable al ámbito internacional, demandaría del ordenamiento jurídico una serie de requisitos que, en su conjunto, le van a permitir proporcionar estabilidad, previsibilidad y certeza a las relaciones que regula.

Entre estos requisitos debe señalarse, en primer lugar, la exigencia de que el ordenamiento jurídico internacional tenga cierta integridad o plenitud en el sentido de que la aplicación o interpretación de sus normas permita solucionar toda controversia jurídica que pueda suscitarse en el seno de la sociedad internacional.

De acuerdo con lo anterior, y partiendo de la realidad jurídico-social imperante en el ámbito internacional, resultaría pertinente averiguar si

sería suficiente con la existencia de un conjunto de normas que rigiesen una serie limitada de materias para considerar que el ordenamiento jurídico goza de la pretendida plenitud o integridad o si, por el contrario, sería necesario que dicho ordenamiento regulase todas aquellas situaciones jurídicamente relevantes que se pudiesen suscitar a partir de las relaciones que se establecen entre los distintos miembros de la sociedad internacional.²⁵

En este sentido, coincidimos con Watts cuando afirma que el requisito de integridad o plenitud del ordenamiento jurídico internacional pone énfasis en el hecho de que las normas internacionales deben ofrecer a las partes la posibilidad de solucionar, mediante su aplicación o interpretación, todas aquellas controversias jurídicas susceptibles de generarse en el seno de la sociedad internacional.²⁶

Frente al derecho internacional de principios del siglo pasado, el ordenamiento jurídico internacional de nuestros días, como asegura el profesor Carrillo Salcedo, resulta ser menos formalista, menos neutro y menos voluntarista. Menos formalista, como señala dicho autor, porque está más abierto a las exigencias éticas y a la dimensión finalista del derecho. Menos neutro, en segundo lugar, porque es más sensible a los valores comunes colectivamente legitimados por la comunidad internacional. Menos voluntarista, por último, por la aceptación general de la idea de que existen normas imperativas que prevalecen sobre la voluntad de los Estados.²⁷

²⁵ La cuestión no es baladí, como puso de manifiesto la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Licitud de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares*, donde tras declarar la existencia de principios intransgredibles de derecho internacional humanitario, concluyó, sin embargo que, habida cuenta de la situación actual del derecho internacional en su conjunto, no podía pronunciarse definitivamente sobre la licitud o ilicitud de la utilización de las armas nucleares por un Estado en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que su propia supervivencia corriese peligro (CIJ, *Recueil*, 1996, p. 97). Se entienden así las críticas entre los autores. Véase, *inter alia*, Alcaide Fernández, J., “Contribución de la opinión consultiva sobre las armas nucleares al derecho internacional humanitario”, en Fernández Sánchez, P. A. (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados*, Sevilla, Universidad de Huelva-Universidad de Sevilla, 1997, pp. 221-238; Carrillo Salcedo, J. A., “Conclusiones generales”, en Fernández Sánchez, P. A. (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados*, cit., pp. 309-321.

²⁶ Watts, A., “The International Rule of Law”, cit., p. 26.

²⁷ Carrillo Salcedo, J. A., “Influencia de la noción de comunidad internacional en la natu-

En efecto, es posible constatar que hoy en día, gracias a la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, existe una extensa red de normas y tratados que cubre un amplio espectro de la actividad humana en materias relacionadas, por ejemplo, con la propiedad intelectual, las transacciones comerciales, la banca, las inversiones extranjeras, las telecomunicaciones, además, existen normas regionales y universales que regulan el derecho del mar, el espacio, la contaminación, la aviación civil, el trabajo, las disputas territoriales, los viajes transfronterizos, el trato debido a los refugiados y desplazados, la inmigración, las relaciones diplomáticas y consulares, el control de armamento, la conducción de las hostilidades, la protección de las personas que intervienen o se ven afectadas por los conflictos armados, la protección de los derechos humanos tanto civiles como políticos, económicos, sociales y culturales.²⁸

Más aún, en 2001, la Comisión de Derecho Internacional aprobó el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos que refuerza la juridicidad de las obligaciones internacionales de los Estados, cuyo incumplimiento puede acarrear la responsabilidad internacional de éstos y no sólo una mera condena moral. En este mismo sentido, la Comisión de Derecho Internacional aprobaría provisionalmente —a lo largo de sus periodos ordinarios de sesiones 55 (2003) a 60 (2008)— los proyectos de artículos 1 a 53 sobre la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, que inciden en la exigencia de responsabilidad de otras entidades distintas de los Estados en el ámbito internacional.

Esta extensa red de normas internacionales junto al papel instrumental básico que desempeñan los principios generales de derecho, han contribuido de forma considerable a percibir el ordenamiento jurídico internacional contemporáneo como un conjunto normativo más próxi-

raleza del Derecho internacional público”, *Pacis Artes, obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid-Eurolex, 2005, t. I, pp. 183 y 184.

²⁸ En este sentido, véase Jacobs, D., “What is an International Rule of Law?”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 30, núm. 1, 2007, p. 3. En el seno de la Organización de las Naciones Unidas, por ejemplo, el número de tratados multilaterales depositados ante el secretario general asciende a más de quinientos. Al respecto, consúltese la base de datos de dicha Organización. Disponible en: <http://untreaty.un.org>, visitada el 2 de julio de 2012.

mo a la plenitud e integridad que demandaría el principio de la *preeminencia del derecho*.²⁹

Los principios generales de derecho —tanto los contemplados por el artículo 38.1.c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como los principios generales de derecho internacional, ambos como fuentes formales o auxiliares de dicho ordenamiento— desempeñarían, en efecto, una función instrumental básica que permitiría a los órganos encargados de dirimir las diferencias entre Estados suplir las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico³⁰ y evitar, en consecuencia, que se declarase un *non liquet*.³¹

En suma, la aplicación de estos principios en la solución de las controversias internacionales junto a esa extensa red de normas y tratados —fruto de la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional— contribuirían a percibir al ordenamiento jurídico internacional como un sistema en el que:

... todas aquellas cuestiones internacionales pueden ser consideradas como cuestiones de Derecho, ya sea a través de la aplicación de las normas existentes o mediante la aplicación de disposiciones derivadas de otras normas o principios.³²

Este sería uno de los sentidos de la plenitud e integridad del ordenamiento jurídico internacional que demandaría el principio de la *preeminencia del derecho*, es decir, un derecho capaz de regular toda esa amplia gama de relaciones que se entablan entre los distintos sujetos del de-

²⁹ Sobre este punto, véase Kohona, P., “The International Rule of Law and the Role of the United Nations”, *The International Lawyer*, vol. 36, núm. 4, 2002, p. 1133.

³⁰ Para un estudio detallado en torno a la polémica doctrinal que versa sobre las lagunas del derecho internacional, véase, entre otros, Pérez González, M., “A vueltas con las lagunas: contribución al debate sobre la plenitud del orden jurídico internacional”, en Drnas de Clément, Z. (coord.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, t. I, Córdoba, Drnas-Lerner Editores, 2002, pp. 3-21 y la bibliografía citada en dicho trabajo por el autor.

³¹ Como reconoce el profesor Pastor Ridruejo, dada la plenitud del derecho internacional y la consiguiente posibilidad de colmar lagunas a través de dichos principios, en las jurisdicciones internacionales, como en las nacionales, no existe el *non liquet*. Sobre esta cuestión, véase Pastor Ridruejo, J. A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 14a. ed., Madrid, Tecnos, 2010, p. 571.

³² Jennings, R. *et al.*, *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9a. ed., Londres, Harlow, 1992, p. 13.

recho en el seno de la sociedad internacional. La plenitud e integridad que exigiría el principio de la *preeminencia del derecho* tendería a limitar, por otra parte, los rasgos de voluntarismo y discrecionalidad, de subjetivismo y relativismo que caracterizan a un ordenamiento jurídico, el derecho internacional, en el que la soberanía de los Estados sigue siendo un principio básico de su estructura.³³

En definitiva, podríamos concluir que, a la luz de su desarrollo actual, el ordenamiento jurídico internacional cumpliría con el requisito de plenitud e integridad que demandaría el principio de la *preeminencia del derecho* en el sentido antes señalado. Otra cuestión bien distinta es que en el seno de la sociedad internacional, como afirma el profesor Alcaide Fernández, siga existiendo un déficit institucional³⁴ o, como asegura el profesor Ferrajoli, siga faltando una esfera pública internacional³⁵ que dificulta la percepción de plenitud e integridad que demanda de dicho ordenamiento el principio de la *preeminencia del derecho*.

2. La aplicación uniforme del derecho internacional a todos los sujetos en un plano de igualdad

El segundo de los presupuestos básicos del Estado de derecho extrapolado al ámbito internacional, en el marco de la *preeminencia del derecho*, está relacionado con la igualdad de todos los sujetos ante la ley. Por consideraciones metodológicas, y para los efectos de este trabajo, de-

³³ Carrillo Salcedo, J. A., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1976, p. 17.

³⁴ En este sentido, véase Alcaide Fernández, J., “Orden público y derecho internacional: desarrollo normativo y déficit institucional”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de las Universidades de Málaga, Sevilla y Córdoba, 2005, pp. 107 y ss.

³⁵ Por esfera pública internacional Ferrajoli entiende el conjunto de instituciones y funciones destinadas a la tutela de intereses generales como la paz, la seguridad y los derechos fundamentales, que constituyen el espacio y el presupuesto tanto de la política como de la democracia. Para este autor, a la crisis del Estado y del papel, por tanto, de las esferas públicas nacionales, no ha correspondido la construcción de una esfera pública a la altura de los procesos de globalización que están teniendo lugar. Sobre este particular, véase Ferrajoli, L., *Principia iuris: teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, t. 2, p. 516.

nominaremos a este segundo elemento como “la aplicación uniforme del derecho internacional a todos los sujetos en un plano de igualdad”.

En efecto, la idea de que todos los sujetos del derecho son iguales ante la ley y que la ley debe ser aplicada a todos ellos en un plano de igualdad y sin discriminación, constituye otro de los ejes esenciales del principio de la *preeminencia del derecho* en el ámbito internacional puesto que resultaría muy difícil concebir una comunidad, dentro de la que se presuponga la existencia de dicho principio, en la que, a la luz de la aplicación de la norma, determinada categoría de miembros, injustificadamente, gozara de un estatus jurídico distinto a los demás.³⁶

En este sentido, resulta indispensable señalar que el concepto de igualdad en términos absolutos —igualdad de facto o real— no es, desde luego, la cuestión que interesa al principio de la *preeminencia del derecho*, sino la igualdad de todos los sujetos del derecho en un plano general y abstracto. Como es sabido, en el seno de la sociedad internacional, las circunstancias históricas, económicas y geográficas han influido para que una concepción de igualdad real y absoluta entre los Estados —que abarque a la totalidad de los miembros de la comunidad internacional— no constituya más que un ideal que no se corresponde con el mundo real.

De hecho, como es de sobra conocido, tanto la Carta de las Naciones Unidas como la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General,³⁷ reconocen expresamente las diferencias reales que existen entre los distintos miembros de la sociedad internacional, como es el caso, por ejemplo, de la consideración del estatuto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

El concepto de igualdad que interesa al principio de la *preeminencia del derecho* es el de la igualdad en un plano general y abstracto, según el cual, todos los Estados, por el mero hecho de ser soberanos —y al margen de las desigualdades reales que puedan existir entre ellos— son por igual miembros de la sociedad internacional y, por tanto, gozan de los mismos derechos y poseen las mismas obligaciones que sus semejantes. Conforme a este principio, las desigualdades reales o de facto

³⁶ Watts, A., “The International Rule of Law”, *cit.*, p. 30.

³⁷ Véase el Anexo al documento A/RES/2625 (XXV), del 24 de octubre de 1970, particularmente en lo relativo al principio de igualdad soberana de los Estados.

no deben afectar la igualdad de todos los sujetos del derecho frente al ordenamiento jurídico internacional y, sobre todo, no deben trascender al ámbito de su aplicación. Es decir, que en virtud de este principio tanto los Estados poderosos como los no poderosos —e, incluso, los más débiles— están obligados y deben cumplir en la misma medida las disposiciones del ordenamiento jurídico internacional.

Ahora bien, para el principio de la *preeminencia del derecho*, la igualdad jurídica abstracta de todos los Estados no implica necesariamente que las normas internacionales deban ser aplicadas a todos los Estados de forma idéntica. En este sentido, cabe recordar que existen determinados sectores del derecho internacional que resultan aplicables exclusivamente a cierta categoría de Estados como, por ejemplo, Estados con litoral, Estados que están involucrados en algún conflicto armado, las potencias ocupantes sobre un territorio, el régimen de la Carta de las Naciones Unidas para los territorios no autónomos, fideicometidos y las obligaciones de la potencia administradora. En el mismo sentido, puede señalarse, dentro del ámbito de las relaciones económicas internacionales, el papel que ha venido jugando el sistema de preferencias generalizadas.

En otras palabras, no sería contrario al principio de la *preeminencia del derecho* que una categoría específica de normas se aplicase exclusivamente a una serie determinada de Estados o sujetos de derecho internacional. Lo opuesto a dicho principio sería, más bien, que tales normas, cuando resultasen aplicables a un caso concreto, dejaran de aplicarse o se aplicasen de forma selectiva.

En resumen, lo que el principio de la *preeminencia del derecho* busca es la igualdad en la aplicación de las normas jurídicas internacionales a todos sus destinatarios.

Para ilustrar lo anterior, podríamos citar el caso —paradigmático— de Israel. Como es sabido, la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado, del 9 de julio de 2004, determinó que dicho Estado había incurrido en responsabilidad internacional debido al carácter ilegal de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados de acuerdo con el derecho internacional.³⁸ En efecto, la Corte Internacional de Justicia precisó, con carácter

³⁸ En este sentido, véase CIJ, *Recueil*, 2004, parágrafos 149, 150, 151 y 153. Para un aná-

consultivo, que el Estado de Israel, como cualquier otro Estado que hubiese actuado en el mismo sentido, había incurrido en responsabilidad internacional.

El principio de la *preeminencia del derecho*, en este sentido, alude al hecho de que el Estado de Israel, como cualquier otro Estado, está obligado por las normas jurídicas internacionales que resultan aplicables, y así lo determinó la Corte Internacional de Justicia. Cuestión distinta es que en ocasiones se ponen de manifiesto ciertas tensiones a la hora de exigir el cumplimiento del derecho internacional. En el caso concreto de Israel, la frecuencia con lo que esto sucede, conlleva el riesgo de creer en la existencia de un doble rasero en la aplicación del derecho internacional.

El ejemplo de Israel, en nuestra opinión, no sería válido para invocar-lo como contrario al principio de la *preeminencia del derecho* en el ámbito internacional puesto que tal principio alude al carácter obligatorio y vinculante por igual del derecho internacional para todos los Estados que conforman la sociedad internacional. Lo que la situación especial de Israel ilustraría, más bien, sería las imperfecciones que en orden a la aplicación forzada de esas obligaciones se perciben en ocasiones y que se explican, como señala el profesor García San José, por la tensión existente entre legitimidad y poder que caracteriza cualquier intento de orden social.³⁹

En este sentido, el principio de la *preeminencia del derecho* no se ve impedido si se dan situaciones en las que, por motivos esencialmente políticos, no se exige el cumplimiento forzado de obligaciones internacionales a los Estados de manera uniforme en la medida en que no afecta a su carácter obligatorio igualmente vinculante para todos sus destinatarios.

En suma, lo que persigue este segundo presupuesto básico del principio de la *preeminencia del derecho*, es que exista un sentido común, asen-

lisis más detallado de la opinión consultiva, véanse, entre otros, Abi Saab, R., “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 855, 2004, pp. 717 y ss.; Orakhelashvili, A., “Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Opinion and Reaction”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 11, núm. 1, 2006, pp. 119-139.

³⁹ García San José, D., “Una teoría cinética del derecho internacional poscontemporáneo: geometría en movimiento”, en Martín y Pérez de Nanclares, J. (coord.), *Estados y Organizaciones Internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel, 2010, p. 497.

tado y generalizado, en torno al carácter vinculante de las disposiciones del ordenamiento jurídico internacional entre todos sus destinatarios y que sus transgresiones sean percibidas como tales.⁴⁰

Por último, debemos apuntar que, al propugnar un orden internacional basado en el derecho y la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico internacional a todos sus destinatarios en un plano de igualdad, el principio de la *preeminencia del derecho*, como veremos en el apartado siguiente, persigue otro objetivo primordial: prevenir el ejercicio arbitrario del poder de los Estados.

3. *La prevención del ejercicio arbitrario del poder de los Estados*

El tercer presupuesto básico del Estado de derecho extrapolado al ámbito internacional, en el marco de la *preeminencia del derecho*, gira en torno a la prevención del ejercicio arbitrario del poder de los Estados.

Prevenir que el Estado ejerza de forma arbitraria el poder público constituye uno de los objetivos primordiales que persiguen tanto el principio del Estado de derecho a nivel interno como el de la *preeminencia del derecho* en el ámbito internacional. La prevención del ejercicio arbitrario del poder público, es decir, el ejercicio del poder al margen de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y en menosprecio de éste, forma parte de la común esencia entre ambos principios.

Tal como hemos venido apuntando a lo largo de estas páginas, la realidad jurídico-política-institucional del medio social internacional va a determinar que, en dicho nivel, el ejercicio del poder adopte una dinámica sustancialmente distinta que dentro del ámbito jurídico estatal interno. Como es bien sabido, en el plano internacional —ante la ausencia de una instancia de autoridad política superior a los Estados— los sujetos primarios de dicho ordenamiento tienden a ejercer su poder de forma unilateral y descentralizada, motivando y fundando su actuación, más que en el cumplimiento estricto de normas jurídicas internacionales, en principios tales como el de oportunidad política.

En virtud de lo anterior, es posible identificar, dentro del ordenamiento jurídico internacional, algunas materias en las que parecería que

⁴⁰ Ferrajoli, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 69.

el Estado actuaría con amplios márgenes de discrecionalidad, como es el caso de la adopción de contramedidas —con las restricciones contempladas por el artículo 50 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos—,⁴¹ la posibilidad de que el Estado receptor —de acuerdo con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961— pueda negar su asentimiento a la persona propuesta como embajador por el Estado acreditante sin la obligación de expresar a este último los motivos de su negativa⁴² o el hecho de que el Estado receptor pueda, en cualquier momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado acreditante que el jefe u otro miembro del personal diplomático de la misión es persona *non grata*, o que cualquier otro miembro del personal de la misión no es aceptable.⁴³ Pero, en todo caso, deben ajustar su conducta al marco legal establecido.

Por otro lado, existe dentro de algunas otras áreas del ordenamiento jurídico internacional una tendencia a restringir progresivamente la posibilidad de que el Estado actúe en ejercicio de su libre albedrío sin la correlativa obligación de rendir cuentas por sus actos internacionalmente.

Esta situación, es particularmente evidente, por ejemplo, en el campo del trato debido a los extranjeros. Como es sabido, la facultad que tenía el Estado para restringir la entrada de extranjeros o expulsarlos ha pasado progresivamente a estar limitada por el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado por expulsiones arbitrarias y, sobre todo, por el impacto del derecho internacional de los derechos humanos. En el mismo sentido, podemos hablar del derecho a no ser privado arbitrariamente de la nacionalidad o del principio de no devolución.

Ahora bien, cabe destacar que la atribución de facultades discrecionales al Estado no sería *per se* contraria al principio de la *preeminencia del derecho*. Antes, al contrario, es una práctica habitual en las relaciones

⁴¹ En este sentido, véase el Anexo a la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 12 de diciembre de 2001.

⁴² Al respecto, véase el artículo 4o. de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

⁴³ *Idem*, artículo 9.

internacionales. Véase, por ejemplo, la potestad que tienen los Estados para decidir si ejercen o no la protección diplomática sobre sus nacionales o si reconocen o no a un nuevo Estado —apoyándose en consideraciones de oportunidad política, cuando el gobierno del Estado entiende que puede favorecer, o al menos no contrariar, los fines de su política general.⁴⁴

Lo que sí sería contrario al principio de la *preeminencia del derecho* sería que el Estado, en ejercicio de sus competencias discrecionales o no, actuase al margen de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico internacional con pleno conocimiento de causa y en absoluto menosprecio de aquel. En definitiva, debemos señalar que la discrecionalidad no se identificaría, indefectiblemente, con la arbitrariedad.

Ciertamente, como señala Arthur Watts, en algunas ocasiones la frontera que divide lo discrecional de lo arbitrario puede llegar a ser muy tenue, pudiéndose incluso afirmar que una facultad discrecional, cuando es demasiado amplia, suele ser el caldo de cultivo idóneo para una actuación arbitraria.⁴⁵

En este sentido, la Corte Internacional de Justicia determinó, en el asunto *Eletronica Sicula* (Estados Unidos contra Italia),⁴⁶ que una actuación arbitraria, además de implicar el quebrantamiento de la norma o exceder los límites establecidos por la ley, comportaba un cierto grado de despotismo o de ejercicio absoluto del poder.

Para la Corte: “... la arbitrariedad no es algo tanto opuesto a la norma en sí como algo opuesto al imperio de la ley”.⁴⁷

Con esta afirmación, la Corte Internacional de Justicia establecía una distinción entre la ilicitud de un acto, por quebrantar una disposición del ordenamiento jurídico, y la arbitrariedad del mismo que, además de violar la norma, requería un plus de intencionalidad, una acción u omisión dolosa que se ejecutaba, por ejemplo, con el fin de obstruir el debido proceso legal. En este sentido, la Corte afirmaba que la arbitra-

⁴⁴ De Visscher, C., *Théories et réalités en Droit International Public*, 4a. ed., París, Pedone, 1970, p. 342.

⁴⁵ Watts, A., “The International Rule of Law”, *cit.*, p. 34.

⁴⁶ CIJ, *Recueil*, 1989, p. 77.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 128.

riedad: “... es una omisión dolosa del debido proceso legal, un acto que hiere, o al menos sorprende, al sentimiento de corrección jurídica”.⁴⁸

En consecuencia, la Corte Internacional de Justicia determinaba que no toda conducta ilícita podía ser considerada *per se* arbitraria pues al identificar la arbitrariedad con el incumplimiento o con la infracción de una norma se estaría vaciando de contenido esta última acepción que exigía, como antes señalábamos, un comportamiento doloso.⁴⁹

Además, la Corte Internacional de Justicia entendía que el hecho de que un acto de la autoridad pública pudiese haber sido ilícito a la luz del derecho interno no significaba necesariamente que dicho acto fuese ilegal a la luz del derecho internacional, en tanto que violación de un tratado o alguna otra obligación del Estado. De igual forma, la Corte sostenía que la conclusión de los tribunales nacionales de que un acto había sido ilícito podía constituir un indicio de la arbitrariedad de tal acto, pero por sí mismo, y sin más, la ilicitud no constituía una prueba concluyente de arbitrariedad.⁵⁰

Ahora bien, la Corte Internacional de Justicia —dentro de su sentencia en el asunto *Elettronica Sicula*— no sólo definió lo que entendía por arbitrariedad sino que, además, puso de manifiesto la antítesis que existe entre dicha concepción y el principio de la *preeminencia del derecho* al señalar que los actos arbitrarios no serían tanto opuestos al ordenamiento jurídico como a dicho principio.

En definitiva, la diferencia sustancial entre lo arbitrario y lo discrecional, desde nuestro punto de vista, se basa en el hecho de que mientras que el ejercicio arbitrario de una facultad supone una acción u omisión al margen del marco legal existente, con pleno conocimiento de causa y en menosprecio de la norma, una facultad discrecional, al margen de la flexibilidad que le caracteriza, obliga siempre al Estado a acatar los límites establecidos por el orden normativo.

Desde esta perspectiva, lo discrecional no se identificaría con lo arbitrario. Serían, precisamente, las manifestaciones despóticas, capricho-

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ En efecto, la Corte Internacional de Justicia señalaba textualmente: “*To identify arbitrariness with mere unlawfulness would be to deprive it of any useful meaning in its own right*”. En este sentido, véase *ibidem*, p. 124.

⁵⁰ *Idem*.

sas e irracionales de conducta que se ejecutan con una actitud dolosa y ponen de manifiesto un menosprecio notorio del ordenamiento jurídico, las contrarias al principio de la *preeminencia del derecho* en el ámbito internacional.⁵¹

En suma, la finalidad última del principio de la *preeminencia del derecho* en el ámbito internacional no es la de evitar el incumplimiento del ordenamiento jurídico internacional, sino asegurar que los Estados en sus relaciones internacionales se comporten o actúen dentro de un marco esencialmente normativo, demostrando cierta deferencia hacia la norma o, lo que es lo mismo, respetando el imperio de la ley asumiendo, en caso contrario, el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional derivada de su incumplimiento.

4. *La aplicación independiente y efectiva de las normas jurídicas internacionales*

El penúltimo presupuesto básico del Estado de derecho extrapolado al ámbito internacional, en el marco de la *preeminencia del derecho*, gira en torno a la aplicación independiente y efectiva de las normas jurídicas internacionales. Dicho elemento pone énfasis en la existencia de una autoridad jurisdiccional con competencia para aplicar —de forma independiente y efectiva— las normas jurídicas y sancionar el incumplimiento de las mismas por parte de sus destinatarios.⁵²

Este cuarto presupuesto del Estado de derecho, proyectado al ámbito internacional, pone de manifiesto —más que nunca— las diferencias

⁵¹ Un claro ejemplo de que la frontera entre discrecionalidad y arbitrariedad en ocasiones es muy tenue (casi inexistente) lo ilustra, en nuestra opinión, la agresión a Irak por parte de Estados Unidos y sus aliados a principios de 2003. En efecto, la intervención armada sin la autorización expresa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas —tal y como está dispuesto en el capítulo VII de la Carta de San Francisco—, alegando una reacción en legítima defensa sin la existencia de un ataque armado previo, constituyó un menosprecio de dos de las instituciones básicas de la sociedad internacional: el multilateralismo y el derecho internacional.

⁵² Que es distinto de la eficacia, en la práctica, de las resoluciones judiciales dictadas por dicha autoridad pues, como es sabido, dicha eficacia depende en última instancia de la voluntad de los Estados.

estructurales que existen entre el medio jurídico estatal interno y el internacional. Dichas diferencias, como es sabido, incidirán particularmente, aunque no de manera exclusiva, sobre los cauces destinados a asegurar el cumplimiento y la aplicación del ordenamiento jurídico.

Dentro del ámbito estatal interno, las normas jurídicas son creadas por el Poder Legislativo; el Poder Judicial las aplica a los casos concretos y examina sus posibles violaciones; el Poder Ejecutivo, finalmente, garantiza la aplicación del derecho y de las decisiones judiciales, ya que, cuando una norma o resolución judicial se incumple por el obligado a acatarla, los órganos del Estado pueden intervenir para asegurar institucionalmente la aplicación del derecho y el cumplimiento de las obligaciones, incluso mediante el empleo de la coerción si fuese necesario. Todo esto es, prácticamente, desconocido por el derecho internacional, en el que son los Estados soberanos los creadores de las normas jurídicas y quienes se encargan, a su vez, de asegurar su cumplimiento. Además, la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y de los tribunales arbitrales es, por otra parte, voluntaria.⁵³ De igual forma, no existe, por último, un ejecutivo mundial encargado de asegurar la aplicación efectiva del derecho y el cumplimiento de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales.⁵⁴

Ahora bien, estas diferencias no implican forzosamente la inexistencia, fuera del ámbito jurídico estatal interno, de mecanismos de aplicación y sanción en los supuestos de incumplimiento o infracción del ordenamiento jurídico, sino, únicamente, que dichos mecanismos sean distintos y más precarios que los existentes a nivel interno.

En este sentido, el carácter eminentemente descentralizado, poco estructurado y escasamente institucionalizado del medio social internacional determina, por ejemplo, que el arreglo pacífico de las controversias no se configure, en la práctica, como una obligación de resultado —como sugeriría el artículo 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas—

⁵³ Como señala Shabtai Rosenne: “It is an uncontroversial principle of general international Law that no State is obliged to submit any dispute with another State or to give an account of itself to any international tribunal”. Al respecto, véase Rosenne, S., *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Vol. II, *Jurisdiction*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 549.

⁵⁴ Carrillo Salcedo, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 140.

sino de comportamiento como evidencia el artículo 33 de dicha Carta, dejando a voluntad de los Estados, como manifestación del principio de igualdad soberana, la libre elección de los medios,⁵⁵ limitada, eso sí, por una frontera infranqueable: la prohibición del recurso a medios no pacíficos.

A mayor abundamiento, determinar el carácter jurídico o no de una controversia a nivel internacional resulta muchas veces complicado ya que, como manifiesta el profesor Carrillo Salcedo, dos factores entran en juego: por una parte, el objeto de la controversia; por la otra, la actitud de los Estados. Si por la misma naturaleza de las cosas el primero de los factores indicados es más objetivable, el segundo en cambio es más subjetivo y variable.⁵⁶

En efecto, como reconoce el profesor Pastor Ridruejo, los Estados adoptan ante determinadas controversias una actitud política, en el sentido de que intentan resolverlas por medios políticos, es decir, mediante procedimientos en que los Estados conservan soberanamente en todo momento su libertad de acción y decisión. Sin embargo, ante otras controversias la disposición de los Estados es jurídica, porque renuncian a esa libertad soberana de acción y decisión y, en uso de su soberanía, consienten que la controversia sea dirimida por medios jurisdiccionales, es decir, por un tercero imparcial que dicta, sobre la base del derecho internacional, una sentencia obligatoria.⁵⁷

Debemos destacar, al hilo de lo anterior, que el recurso a los medios jurisdiccionales para el arreglo de las controversias internacionales, a pesar de sus limitaciones, estaría más en consonancia con la idea de la promoción de un orden internacional basado en el derecho en la medida en que a través de ellos se procuraría la aplicación independiente y

⁵⁵ Como sostuvo la Corte Permanente de Justicia Internacional en su sentencia del 23 de julio de 1923, en el *asunto del Estatuto de Carelia Oriental*, y reiteró la Corte Internacional de Justicia en su sentencia del 19 de mayo de 1953, en el *asunto Ambatielos* (Grecia contra Reino Unido), la regla de la libre elección de los medios no hace sino reconocer un principio fundamental en el derecho internacional: el de la independencia de los Estados, pues está perfectamente establecido en derecho internacional que ningún Estado puede ser obligado a someter sus controversias con otros Estados a un medio de solución pacífica sin su consentimiento.

⁵⁶ Carrillo Salcedo, J. A., *Curso de derecho internacional público*, cit., p. 291.

⁵⁷ Pastor Ridruejo, J. A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, cit., p. 571.

efectiva de las disposiciones del ordenamiento jurídico internacional,⁵⁸ cuarto elemento estructural del principio de la *preeminencia del derecho*.

En este sentido, vamos a centrar nuestra atención en los medios jurisdiccionales para el arreglo pacífico de las controversias internacionales, dado que la existencia de mecanismos independientes que tengan competencia para aplicar, de forma efectiva, las disposiciones del ordenamiento jurídico internacional constituye uno de los presupuestos fundamentales del principio de la *preeminencia del derecho*. De forma particular, nos referiremos a la justicia internacional en tanto que instrumento indispensable para promover un orden internacional basado en el derecho.

Para el profesor Cançado Trindade la jurisdicción internacional constituye un imperativo del orden jurídico internacional contemporáneo y la jurisdicción contenciosa obligatoria de los tribunales encargados de aplicar el derecho a nivel internacional, por otra parte, responde a las necesidades de la comunidad internacional de nuestros días. A pesar de que no haya podido aún ser plenamente establecida en el ámbito internacional, reconoce dicho autor, importantes avances se han logrado a lo largo de las últimas décadas.⁵⁹

En efecto, fuera del ámbito jurídico estatal interno es posible identificar casos en los que la jurisdicción contenciosa de los órganos —judiciales o cuasijudiciales— para el arreglo de las controversias es obligatoria para los Estados, sin poder éstos sustraerse de la misma. Entre dichos casos, podríamos citar, por ejemplo, la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para los Estados miembros de dicha Organización, la jurisdicción contenciosa obligatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para los Estados parte del Convenio Europeo de

⁵⁸ Al respecto, véase Allain, J., *A Century of International Adjudication: the Rule of Law and its Limits*, The Hague, Asser Press, 2000, p. 5. Dicho autor señala textualmente que: “El Estado de derecho se fortalece más a través del arreglo obligatorio de las controversias impuesto por un tercero imparcial, toda vez que si un Estado, sabe que al final del día tendrá que comparecer ante un órgano jurisdiccional, se centrará mejor en resolver sus controversias antes de verse obligado a acatar una decisión impuesta por un tercero”.

⁵⁹ Cançado Trindade, A., *International Law for Humankind: towards a new jus gentium*, *General Course on Public International Law*, RCADI, 2005, t. 317, p. 217.

Derechos Humanos⁶⁰ y el sistema de solución de diferencias establecido por la Organización Mundial del Comercio.⁶¹

Al margen de los límites inherentes a los mecanismos antes señalados, derivados, por ejemplo, del número reducido de Estados miembros de la Organización que los ha instituido —27 en el caso de la Unión Europea y 47 en el caso del Consejo de Europa— o de que el sistema de solución de diferencias implementado en el seno de la Organización Mundial del Comercio, como ha manifestado Chesterman, no pueda asimilarse a los mecanismos existentes en el plano interno,⁶² consideramos, desde nuestra particular apreciación, que lo que dichos ejemplos ilustrarían sería el hecho de que, actualmente, la jurisdicción contenciosa obligatoria de los órganos encargados de solucionar controversias interestatales, al menos en las materias antes indicadas, es una realidad. Esta situación pondría de manifiesto, a su vez, que su existencia sería jurídicamente viable en el ámbito internacional.

Por otra parte, es posible constatar, como señalaba la Corte Internacional de Justicia en su último informe a la Asamblea General de las Naciones Unidas,⁶³ que más de trescientos tratados bilaterales y multilaterales⁶⁴ reconocerían, actualmente, la jurisdicción contenciosa obligatoria de la Corte Internacional de Justicia para el arreglo de las controversias derivadas de su aplicación e interpretación. Al hacerlo, dichos Estados estarían allanando el camino para conseguir una aceptación más amplia de la jurisdicción contenciosa obligatoria de la Corte Internacional de Justicia en el plano universal.

⁶⁰ A partir del 1o. de noviembre de 1998 con la entrada en vigor del Protocolo de enmienda núm. 11, recientemente reformado, el 1 de junio de 2010, por el Protocolo de enmienda núm. 14.

⁶¹ Sobre esta cuestión, véase, World Trade Organization, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge, WTO Secretariat Publication, Cambridge University Press, 2004, pp. 17 y ss.

⁶² Chesterman, S., “An International Rule of Law”, *cit.*, p. 31.

⁶³ En este sentido, véase el Suplemento núm. 4 del documento A/65/4, correspondiente al periodo agosto de 2009-julio de 2010.

⁶⁴ La lista de los tratados multilaterales y bilaterales que contemplan el recurso obligatorio a la Corte Internacional de Justicia como medio para dirimir las controversias que surjan entre sus Estados parte, puede consultarse en: <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=4>, visitada el 2 de julio de 2012.

En efecto, ante la práctica distorsionada que los Estados han generado en torno a la *cláusula opcional*, las cláusulas compromisorias contenidas en dichos tratados, bilaterales y multilaterales, ayudarían a ampliar el alcance de la jurisdicción contenciosa obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, contribuyendo así a paliar, en cierta forma, las deficiencias existentes en el ámbito internacional respecto a la aplicación independiente y efectiva de las normas jurídicas, elemento estructural del principio de la *preeminencia del derecho*.

El hecho de que no se haya podido consolidar aún la jurisdicción contenciosa obligatoria del principal órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas encargado de dirimir las controversias interestatales en el plano universal, no podría ser atribuido a la falta de viabilidad jurídica, sino, más bien, a la infravaloración, por parte de los Estados, del papel que desempeña dicho mecanismo en el marco del fortalecimiento de un orden internacional basado en el derecho o, simplemente, a la falta de conciencia sobre la necesidad de ampliar su ámbito de aplicación para tal finalidad.⁶⁵ No se pueden confundir, en este sentido, los problemas teóricos con los políticos que impiden consolidar la jurisdicción contenciosa obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. No cabe presentar como utópico, asegura el profesor Ferrajoli, lo que simplemente no se quiere hacer o lo que es inverosímil que se haga porque contrasta con los intereses dominantes de unos pocos Estados.⁶⁶

La jurisdicción contenciosa obligatoria del principal órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas, como reconoce el profesor Cançado Trindade, constituye una expresión del principio de la *preeminencia del derecho* en el ámbito internacional que apuesta por un orden jurídico internacional cohesionado, inspirado y guiado por el imperativo de la justicia.⁶⁷

En suma, a nivel internacional, el problema no sería la falta de una estructura judicial suficientemente desarrollada para garantizar la aplicación independiente y efectiva de las normas jurídicas, sino la presencia distorsionadora de la base consensual de la aceptación de la jurisdicción

⁶⁵ Cançado Trindade, A., *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 584.

⁶⁶ Ferrajoli, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., p. 150.

⁶⁷ Cançado Trindade, A., *International Law for Humankind...*, cit., p. 584.

obligatoria de los tribunales que forman parte de ella como consecuencia del principio de la soberanía estatal —y del consentimiento del Estado como principal fuente de asunción de obligaciones internacionales—⁶⁸ que no ha desaparecido aunque sí se ha erosionado y relativizado dentro del derecho internacional contemporáneo.

En este contexto, el principio de la *preeminencia del derecho* tendería a promover, como parte de su esencia, el fortalecimiento de la jurisdicción contenciosa obligatoria de los órganos encargados de dirimir las controversias interestatales en el escenario internacional, especialmente, de la Corte Internacional de Justicia.

En definitiva, consideramos que negar la existencia del principio de la *preeminencia del derecho* por la falta de una jurisdicción contenciosa de carácter obligatorio de la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, nos parecería erróneo por constituir una imagen reduccionista de este principio que creemos se respeta a pesar del carácter voluntario de la jurisdicción contenciosa obligatoria de dicho tribunal.

5. *La compatibilidad de las normas internacionales con la dignidad intrínseca del ser humano*

El último presupuesto básico de la definición del Estado de derecho, propuesta por el secretario general de las Naciones Unidas y extrapolable al ámbito internacional en el marco de la *preeminencia del derecho*, giraría en torno a la compatibilidad de las disposiciones del ordenamiento jurídico con una serie de valores y principios jerárquicamente superiores que inspirarían y condicionarían su contenido.

En efecto, el secretario general, apartándose de aquel sector de la doctrina que apostaría por una concepción meramente formal del Estado de derecho,⁶⁹ introdujo en su definición un elemento sustancial o material al señalar, expresamente, que el contenido de las normas en-

⁶⁸ En este sentido, véase Carrillo Salcedo, J. A., *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, cit., pp. 157 y ss.

⁶⁹ Al respecto, véase, entre otros, Summers, R., “A Formal Theory of the Rule of Law”, cit., pp. 127-142. En el mismo sentido, consúltense los trabajos en torno al Estado de derecho de autores como, por ejemplo, Raz, Fuller, Hayek, Finnis, Stigall y Waldron.

cargadas de limitar y someter el poder, tanto de los particulares como de las instituciones —públicas y privadas— incluido el propio Estado y sus agentes, debía ser compatible, a su vez, con las normas y principios relativos a la protección internacional de los derechos humanos.⁷⁰

Ahora bien, asumiendo que la definición propuesta por el secretario general de las Naciones Unidas había sido elaborada para ser aplicada en el contexto específico de las sociedades que habían padecido un conflicto armado, la introducción de este último elemento resultaba primordial toda vez que, como había puesto de manifiesto el Grupo de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas dentro del *Informe Brahimi*, la Organización había podido comprobar que no era posible consolidar la paz en un escenario tan caótico como el de estas sociedades en el que la negación de los derechos humanos y la ausencia de instituciones públicas fomentaban la vulnerabilidad de las minorías, de las mujeres, de los niños, de los reclusos, de los detenidos, de los desplazados, de los refugiados y, en general, de todas las víctimas de la violencia.⁷¹

El secretario general de las Naciones Unidas, yendo más allá de las observaciones del Grupo de Alto Nivel, además de reconocer que la protección de los derechos humanos constituía un pilar fundamental para la consolidación de la paz después de un conflicto armado, identificaba —a fin de su incorporación en la definición— las normas y los principios relativos a la protección internacional de los derechos humanos como el límite, inspiración y fundamento de las disposiciones del ordenamiento jurídico en el marco de un Estado de derecho. Es decir, para el secretario general de las Naciones Unidas las normas y los principios relativos a la protección internacional de los derechos humanos formarían parte de ese conjunto de valores y principios jerárquicamente superiores que inspirarían y condicionarían el contenido del ordenamiento jurídico a la luz de su definición del Estado de derecho.

Es preciso señalar que, al construir su definición, tal y como sucedió en el contexto de la protección universal de los derechos humanos,

⁷⁰ Cfr. el párrafo 6 del informe del secretario general al Consejo de Seguridad denominado *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, del 3 de agosto de 2004. Doc. S/2004/616.

⁷¹ Al respecto, véase el párrafo 2 del documento S/2004/616, del 3 de agosto de 2004.

el secretario general de las Naciones Unidas partió de una concepción interna del Estado de derecho, encontrándonos nuevamente ante un supuesto de internacionalización de un modelo interno en la práctica de la Organización y no ante un modelo internacional propiamente dicho de este principio.

En virtud de lo anterior, y tomando como punto de partida las diferencias estructurales que existen entre el orden jurídico estatal interno y el internacional, identificaremos, a efectos de este trabajo, la compatibilidad de las disposiciones del ordenamiento jurídico con una serie de valores y principios jerárquicamente superiores que inspiran y condicionan su contenido como último presupuesto básico del Estado de derecho extrapolable al ámbito internacional en el marco de la *preeminencia del derecho*.

A diferencia de lo que ocurre dentro del orden jurídico estatal interno, en el ámbito internacional no existe una jerarquía normativa consagrada por una Constitución.⁷² El carácter descentralizado y escasamente institucionalizado de la sociedad internacional introduce un elemento de dificultad a la hora de comprobar la operatividad de este presupuesto fuera del marco jurídico estatal interno.

No obstante, lo que sí es posible identificar dentro del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo, es la progresiva consolidación de una especie de orden público internacional u orden público de la comunidad internacional —tal como lo denominaba el profesor Mosler—⁷³

⁷² Al margen de que autores como Ferrajoli identifiquen en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los pactos internacionales de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales una “Constitución embrionaria del mundo”, nos referimos, desde luego, a la ausencia, en el plano internacional, de una Constitución en sentido formal —desde el punto de vista jurídico estatal interno—, es decir, a la inexistencia de un instrumento elaborado de manera solemne por una Asamblea Constituyente que no puede ser reformado por los procedimientos legislativos ordinarios. Respecto a la identificación de dichos instrumentos internacionales como una Constitución embrionaria del mundo, véase Ferrajoli, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., p. 59.

⁷³ El profesor Mosler prefiere utilizar el término “orden público de la comunidad internacional” para distinguirlo del orden público o *public policy*, es decir, de los principios y valores fundamentales del foro que impiden el reconocimiento o ejecución de sentencias extranjeras o la inaplicación del derecho extranjero, al que remite la norma de conflicto, por ser contrarios a dichos principios y valores. Sobre esta cuestión, véase Mosler, H., *The International Society as a Legal Community*, RCADI, 1974-IV, t. 140, p. 34.

basado en la existencia de normas y principios de *ius cogens* internacional que se encuentran por encima de la voluntad de los Estados, normas y principios indispensables para la vida internacional y profundamente arraigados en la conciencia internacional, que se refieren a los intereses de toda la humanidad, y que, por ello, tienen carácter imperativo en el sentido de que no pueden ser desconocidos o modificados mediante acuerdos entre los Estados, por ser reglas inherentes a la estructura misma de la comunidad internacional de Estados en su conjunto.⁷⁴

Al margen del debate existente en torno al contenido exacto de ese núcleo de principios básicos, esenciales o estructurales que gozarían de la cualidad de normas imperativas de derecho internacional general, debemos destacar la existencia de algunos cuya vigencia no cabría dudar. Es el caso, por ejemplo, del principio relativo a la dignidad intrínseca del ser humano.⁷⁵

Desde esta perspectiva, identificaremos, a efectos del presente trabajo, la dignidad intrínseca del ser humano como el principio encargado de inspirar, informar, determinar y limitar el contenido de las disposiciones del ordenamiento jurídico dentro del marco de la *preeminencia del derecho* en el ámbito internacional.

El principio de la *preeminencia del derecho* en el ámbito internacional exigiría, en este sentido, que las disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico, además de ser creadas conforme a los cauces nomogenéticos previstos por dicho ordenamiento, fuesen compatibles, en cuanto a su contenido, con la dignidad intrínseca del ser humano, es decir, con un principio reconocido por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como un elemento básico, esencial o estructural del orden jurídico internacional contemporáneo que primaría, en consecuencia, sobre el resto de disposiciones normativas de rango jerárquico inferior.⁷⁶

⁷⁴ Al respecto, véase Carrillo Salcedo, J. A., *Soberanía del Estado y derecho internacional*, cit., p. 258.

⁷⁵ Así lo ha reconocido, entre otros, el profesor Cançado Trindade. Sobre esta cuestión, véase el voto concurrente del juez Cançado Trindade en la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, relativa a la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

⁷⁶ Ello explicaría por qué, con carácter general, se permiten reservas a la mayoría de tra-

Por último, y tras haber identificado los elementos básicos que, desde nuestra perspectiva, subyacen o están presentes en la definición del Estado de derecho propuesta por el secretario general de las Naciones Unidas, cuya traslación al ámbito internacional sería posible en el marco de la *preeminencia del derecho*, presentaremos, dentro del apartado siguiente, una propuesta de definición de este principio en el contexto de la Organización de las Naciones Unidas.

IV. LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PREEMINENCIA DEL DERECHO EN DERECHO INTERNACIONAL: NUESTRA PROPUESTA

Partiendo de los cinco presupuestos básicos, que han sido analizados en los apartados precedentes, podríamos definir a la *preeminencia del derecho* en derecho internacional como: “Aquel principio a la luz del cual el ejercicio del poder estatal, y el de los demás sujetos del derecho internacional, estaría sometido a un ordenamiento jurídico destinado a aplicarse a todos ellos, de manera independiente y efectiva, en un plano de igualdad, siendo sus disposiciones compatibles con las normas y principios internacionales derivados de la dignidad intrínseca del ser humano. Asimismo, exigiría este principio que se adoptasen, en el seno de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, las medidas necesarias para garantizar el respeto de los principios de la primacía de las normas imperativas de derecho internacional general, de la obligación de rendición de cuentas, de la equidad en la aplicación de las disposiciones del ordenamiento jurídico internacional, de la legalidad internacional, de la no arbitrariedad y de la transparencia”.

En esta definición podemos identificar, por un lado, los elementos estructurales de la *preeminencia del derecho* en el ámbito internacional, elementos que enunciarían la esencia y estructura mínima de este prin-

tados de derechos humanos, porque son una consecuencia del principio del consentimiento inherente a la igualdad soberana de los Estados, otro principio estructural del derecho internacional de rango jerárquico similar.

cipio⁷⁷ y, por otro lado, una serie de principios afines a éste como, por ejemplo, el de la primacía de las normas imperativas de derecho internacional general, el de rendición de cuentas, el de equidad en la aplicación de las disposiciones del ordenamiento jurídico internacional, el de legalidad internacional, el de no arbitrariedad y transparencia. Los elementos estructurales serían *conditio sine qua non* para poder hablar de la *preeminencia del derecho* en el ámbito internacional, mientras que los principios afines serían accesorios a dicha institución, en el sentido de que su presencia facilitaría la consecución de sus objetivos pero su ausencia no supondría, de entrada, su inexistencia.

Así, el principio de la *preeminencia del derecho* (*the Rule of Law among nations*), desde el punto de vista de sus elementos estructurales, implicaría que el ejercicio del poder de los Estados, y el de los demás sujetos del derecho internacional, estaría sometido a un ordenamiento jurídico destinado a aplicarse a todos ellos, de manera independiente y efectiva, en un plano de igualdad, siendo sus disposiciones, por otra parte, compatibles con las normas y principios internacionales derivados del principio de la dignidad intrínseca del ser humano.

Entendida así, la estructura mínima de la *preeminencia del derecho* ampararía y fortalecería los principios afines antes mencionados que, por su parte, coadyuvarían en la consecución de uno de los propósitos fundamentales del principio en cuestión: la sumisión del poder al derecho y el imperio de la ley en las relaciones internacionales. En esta tesitura, la *preeminencia del derecho* y sus principios afines no constituirían apartados estancos y distantes sino que, por el contrario, como demuestra la práctica internacional de la Organización de las Naciones Unidas, entablarían una relación estrecha de interacción recíproca y beneficio mutuo.

En suma, podríamos afirmar que el principio de la *preeminencia del derecho* será más eficiente en la medida en que aquellos principios que le son afines se desarrollen y consoliden progresivamente en el seno de la sociedad internacional. Por su parte, los principios afines se beneficia-

⁷⁷ Nos referimos, en concreto, a la sumisión del poder de los sujetos y actores internacionales a un ordenamiento jurídico que se aplica a sus destinatarios en un plano de igualdad de manera independiente y efectiva, cuyas normas resultan, por otra parte, compatibles con la dignidad intrínseca del ser humano.

rán de la estructura mínima de la *preeminencia del derecho* en el sentido de que su existencia exigiría que se adoptasen, en el ámbito internacional, las medidas tendentes a su promoción.

V. CONCLUSIONES

Al finalizar estas páginas, varias ideas pueden servir para resumir lo analizado en el presente trabajo:

Tras la adopción de la Resolución 61/39, del 4 de diciembre de 2006, la Organización de las Naciones Unidas ha centrado de lleno el debate en el estudio de la vertiente internacional del Estado de derecho. Tomando como referencia la única definición expresa que de este principio se ha elaborado en el seno de esta Organización —es decir, la que el secretario general introdujera en su Informe *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*—, la Asamblea General ha extrapolado al plano internacional algunos elementos estructurales del Estado de derecho interno para ser aplicados, *mutatis mutandis*, al ámbito de las relaciones internacionales.

Por nuestra parte, y desde un punto de vista estrictamente terminológico, consideramos que el empleo de la expresión “Estado de derecho internacional” para enunciar la sumisión del poder público al derecho en el ámbito internacional resultaría poco viable, toda vez que, como es sabido, el Estado de derecho se ha nutrido de una realidad socio-jurídica sustancialmente distinta a la internacional. La teoría del Estado de derecho presupone, en este sentido, la existencia de un Estado, es decir, de una organización política estatal centralizada e institucionalizada, inexistente en el ámbito jurídico internacional. En su lugar, proponemos como alternativa lo que hemos denominado *preeminencia del derecho* en derecho internacional (*the Rule of Law among nations*).

En primer lugar, la *preeminencia del derecho* en derecho internacional apostaría por un orden internacional en el que el derecho, además de someter el ejercicio del poder de los Estados y demás sujetos, constituya la base legal de sus relaciones mutuas. En este sentido, la estructura mínima del principio de la *preeminencia del derecho* demandaría del

ordenamiento jurídico internacional una serie de requisitos que, en su conjunto, le permitirían proporcionar estabilidad, previsibilidad y certeza a las relaciones que regula. Entre dichos requisitos, destacaría el de la integridad del ordenamiento jurídico en el sentido de que la aplicación o interpretación de sus normas debería permitir solucionar toda controversia jurídica que se pudiese suscitar en el seno de la sociedad internacional.

En segundo lugar, la *preeminencia del derecho* defendería una aplicación uniforme del derecho internacional a todos sus destinatarios en un plano de igualdad, rechazando, por tanto, la aplicación selectiva de las disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico internacional.

En tercer lugar, la *preeminencia del derecho* trataría de prevenir el ejercicio arbitrario del poder público en el ámbito internacional, esto es, el ejercicio doloso del poder al margen de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

En cuarto lugar, y dentro del marco de la aplicación independiente y efectiva del ordenamiento jurídico internacional, la *preeminencia del derecho* pondría énfasis en la labor que desempeñan los órganos jurisdiccionales con competencias para aplicar el ordenamiento jurídico internacional y sancionar su incumplimiento. Esta sería, quizás, la cuestión más controvertida a la hora de extrapolar al ámbito internacional los elementos básicos de la definición del Estado de derecho elaborada por el secretario general de las Naciones Unidas, puesto que, más que ningún otro elemento, pondría de manifiesto las diferencias estructurales que existen entre el medio jurídico estatal interno y el internacional.

No obstante, estas diferencias no implicarían forzosamente la inexistencia, fuera del ámbito jurídico estatal interno, de mecanismos jurisdiccionales de aplicación y sanción en los supuestos de incumplimiento o infracción del ordenamiento jurídico, sino, en todo caso, que tales mecanismos sean distintos y, eso sí, más precarios que los existentes a nivel interno.

En este contexto, la *preeminencia del derecho* en derecho internacional promovería, como parte de su esencia estructural, el fortalecimiento de la jurisdicción contenciosa obligatoria de los tribunales y órganos encargados de dirimir las controversias en el escenario internacional, especialmente, de la Corte Internacional de Justicia. No en vano, a la luz

de este principio, el arreglo judicial —por parte de un órgano independiente como la Corte Internacional de Justicia— constituye un reflejo fiel del imperio de la ley sobre la voluntad y la fuerza de los Estados en las relaciones internacionales —objetivo primordial del principio de la *preeminencia del derecho*—.

En quinto y último lugar, la *preeminencia del derecho* —*the Rule of Law among nations* tal como se deduce de la definición elaborada en el apartado anterior del presente trabajo— demandaría del ordenamiento jurídico internacional un determinado contenido sustancial. Es decir, que además de ser creadas a través de los cauces nomogenéticos previstos por el mismo y cumplir con sus formalidades, las normas internacionales tendrían que ser compatibles con una serie de principios y valores de naturaleza jerárquica superior que inspirarían, determinarían y limitarían su contenido, entre los que destacamos, a efectos de este trabajo, el principio de la dignidad intrínseca del ser humano.

En definitiva, la *preeminencia del derecho* en derecho internacional se configuraría como un principio moderador del voluntarismo, la discrecionalidad, el subjetivismo y el relativismo inherente a un orden jurídico internacional en el que la igualdad soberana de los Estados sigue siendo un principio de carácter estructural.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABI SAAB, R., “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 855, 2004.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., “Contribución de la Opinión Consultiva sobre las armas nucleares al Derecho internacional humanitario”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados*, Sevilla, Universidad de Huelva-Universidad de Sevilla, 1997.
- , “Orden público y derecho internacional: desarrollo normativo y déficit institucional”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Secretariado

de publicaciones de las Universidades de Málaga, Sevilla y Córdoba, 2005.

ALLAIN, J., *A Century of International Adjudication: the Rule of Law and its Limits*, The Hague, Asser Press, 2000.

BEAULAC, S., "An Inquiry into the International Rule of Law", *European University Institute Working Papers*, núm. 14, 2007.

CANÇADO TRINDADE, A., "International Law for Humankind: towards a new jus gentium, General Course on Public International Law", *RCADI*, 2005, t. 317.

———, *International Law for Humankind: towards a new jus gentium*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.

CARRILLO SALCEDO, J. A., "Conclusiones generales", en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados*, Sevilla, Universidad de Huelva-Universidad de Sevilla, 1997.

———, "Influencia de la noción de comunidad internacional en la naturaleza del Derecho internacional público", en *Pacis Artes, obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid-Eurolex, 2005, t. I.

———, *Curso de Derecho Internacional Público*, 1a. ed., Madrid, Tecnos, 1999.

———, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1976.

CHESTERMAN, S., "An International Rule of Law", *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, paper núm. 70, 2008.

CORELL, H., "A Challenge to the United Nations and the World: Developing the Rule of Law", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 18, núm. 2, Fall 2004.

CRAIG, P., "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", *Public Law*, 1997.

DE VISSCHER, C., *Théories et Réalités en Droit International Public*, 4a. ed., París, Pedone, 1970.

ENDICOTT, T., "The Impossibility of the Rule of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1999.

FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 6a. ed, Madrid, Trotta, 2009.

- , *Principia Iuris: teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, t. 2.
- , *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.
- FRANK, T., *Political Questions Judicial Answers: Does the Rule of Law apply to Foreign Affairs*, New Jersey, Princeton University Press, 1992.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D., “Una teoría cinética del Derecho internacional poscontemporáneo: geometría en movimiento”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *Estados y Organizaciones Internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel, 2010.
- HIGGINS, R., “The ICJ and the Rule of Law”, discurso pronunciado por la entonces Presidenta de la Corte Internacional de Justicia con fecha 11 de abril de 2007, p. 15, http://www.unu.edu/events/files/2007/20070411_Higgins_speech.pdf.
- JACOBS, D., “What is an International Rule of Law?”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 30, núm. 1, 2007.
- JENNINGS, R. et al., *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9a. ed., London, Harlow, 1992.
- KOHONA, P., “The International Rule of Law and the Role of the United Nations”, *The International Lawyer*, vol. 36, núm. 4, 2002.
- LAPORTA, F., “Imperio de la ley: reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, en CARBONELL, M. y OROZCO, W. (coords.), *Estado de derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-Siglo XXI, 2002.
- MARMOR, A., “The Rule of Law and its Limits”, *Law and Philosophy*, vol. 23, 2004.
- MOSLER, H., “The International Society as a Legal Community”, *RCA-DI*, 1974-IV, t. 140.
- ORAKHELASHVILI, A., “Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Opinion and Reaction”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 11, núm. 1.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 14a. ed., Madrid, Tecnos, 2010.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M., “A vueltas con las lagunas: contribución al debate sobre la plenitud del orden jurídico internacional”, en DRNAS DE CLÈMENT, Z. (coord.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al*

- profesor Ernesto J. Rey Caro, Córdoba, Drnas-Lerner Editores, 2002, t. I.
- PÉREZ LUÑO, E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 2010.
- RAZ, J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- ROSENNE, S., *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. II, Jurisdiction, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- SERRANO GONZÁLEZ, A., “El principio de igualdad ante la ley en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (coord.), *De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza, Instituto Fernando el Católico, 1985.
- SILVERSTEIN, G., “Globalization and the Rule of Law: a machine that runs of itself?”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 3, 2003.
- STEIN, T., “Estado de Derecho, Poder público y Legitimación desde la perspectiva alemana”, *Working Papers*, núm. 88, Institut de Ciencies Politiques i Socials, 1994.
- SUMMERS, R., “A Formal Theory of the Rule of Law”, *Ratio Juris*, vol. 6, núm. 2, 1993.
- VARIOS AUTORES, World Trade Organization, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, WTO Secretariat Publication, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- WALDRON, J., “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”, *Law and Philosophy*, vol. 21, núm. 2, 2002.
- WATTS, A., “The International Rule of Law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 36, 1993.
- WILLIAMS, S., “Indeterminacy and the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, núm. 3, 2004.