

# EFFECTIVIDAD Y LEGITIMIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO

Christian TOMUSCHAT \*

Berlín

HACE pocas décadas, el derecho internacional era considerado una materia interesante solamente para especialistas, embajadores y miembros de gobierno, tal vez unos profesores con conocimientos particulares en las relaciones internacionales. Tenía un alcance bastante limitado. Esencialmente, sus disposiciones regulaban las relaciones internacionales entre los Estados como entidades soberanas, sobre todo acerca de cuestiones de paz y de guerra, problemas de delimitación territorial y relaciones diplomáticas y consulares.

## I. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DESDE 1945

Esa situación cambió dramáticamente con la emergencia de las Naciones Unidas en 1945, después de la Segunda Guerra Mundial. Desde entonces, la comunidad internacional se ha lanzado en una marcha de extensión del derecho internacional que no cesa de avanzar. Los motivos que impulsan este proceso tienen razones muy diversas. Hasta la Segunda Guerra Mundial, el elemento principal del derecho internacional era la costumbre, constituida por una «práctica generalmente aceptada». Es innegable que la costumbre no perdió su plaza en el ordenamiento internacional cuando entró en vigor la Carta de las Naciones Unidas. En efecto, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que forma parte integrante de la Carta (art. 9), reconoce la costumbre como fuente del derecho internacional, junto con las convenciones internacionales (art. 38(1)(b)). Sin embargo, la costumbre había siempre sido criticada como un producto de las grandes potencias colonialistas del occidente, desarrollado por siglos exclusivamente en interés de esas mismas potencias (1). Por lo tanto, los nuevos Estados emergentes de la decolonización creían que hacía falta crear un nuevo derecho internacional bajo el signo de la igualdad soberana. Después de haber sido marginados de la escena internacional por siglos, querían participar activamente en el proceso de renovación del derecho internacional. En esta perspec-

---

\* Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Humboldt de Berlín.

(1) Véase MOHAMMED BEDJAOUÏ, «General Introduction», en *id.*, *International Law: Achievements and Prospects* (Paris y Dordrecht: UNESCO y Martinus Nijhoff, 1991) 1, 5.

tiva, la Carta le atribuye explícitamente a la Asamblea General la tarea del «desarrollo progresivo del derecho internacional y [de] su codificación» (art. 13(1)(a)).

Además, también desde 1945 se ha ido alargando esencialmente la esfera del derecho internacional. Ha sido desapareciendo aquel «muro» que había sido concebido –o identificado?– por *Heinrich Triepel* (2) y *Dionisio Anzilotti* (3) según quienes el ámbito del derecho internacional y el del derecho interno estaban conceptualmente separados *ratione materiae*. Toda la teoría del «dualismo» se basa en esa distinción que hoy en día se mantiene solamente en fragmentos. El derecho internacional «clásico» se caracterizaba como un juego de billar: sus normas tocaban a los Estados por afuera sin jamás introducirse en su estructura interior (el *billiard ball model of international relations*) (4). La realidad del derecho internacional moderno es diferente. Su ámbito de validez es potencialmente ilimitado. Se ha extendido a todas las materias que los gobiernos consideren necesitadas de regulación. Los problemas ambientales, por ej., a raíz de su carácter transfronterizo, requieren de un régimen jurídico internacional. Sobre todo han hecho su entrada los derechos humanos que antes, si existían, estaban exclusivamente bajo jurisdicción nacional como en general el estatus de la persona física. Para darles fundamentos sólidos, era necesario comenzar un proceso de creación de normas correspondientes a las exigencias de un mundo diferente donde los individuos se encuentran al centro de las políticas nacionales e internacionales (5).

Así, en pocos años, el ordenamiento internacional se ha ido alargando casi explosivamente. Hoy en día, estamos enfrentados a reglas de origen internacional en casi todos los sectores de la vida social. El ciudadano, para quien el derecho internacional era un fenómeno muy lejano, casi invisible, lo encuentra en su vida cotidiana. A raíz de esta situación, la cuestión se hace imprescindible: Vivimos por lo tanto en un mundo mejor? Ya que el derecho internacional es producido en un proceso de cooperación de todas las naciones, reflejando los valores inscritos en la Carta de las Naciones Unidas, no deberíamos gozar de condiciones ideales de vida? Por una parte, los principios fundamentales de paz y seguridad internacionales están asegurados por la Carta. Por otra parte, el proceso de renovación y mejoramiento del derecho internacional continúa sin demora. Así, los juristas han hecho su trabajo y siguen haciéndolo. Hemos logrado el fin de la historia?

## II. LA EFECTIVIDAD Y LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

Está muy claro que la respuesta debe ser: ¡no! Es un asunto de conocimiento general que el paraíso todavía no ha llegado a la tierra. Sabemos que la alegría ini-

(2) *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig: Hirschfeld, 1899).

(3) *Corso di diritto internazionale*, tercera edición, 1927, nueva impresión 1955 (Padova: CEDAM, 1955) 49-63.

(4) Véase MATTIAS KUMM, «The Legitimacy of International Law: A Constitutional Framework for Analysis», *European Journal of International Law* 15 (2004) 907, 912.

(5) ANNE PETERS, «Humanity as the A and Ω of Sovereignty», *EJIL* 20 (2009) 513; CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Human Rights-Between Idealism and Realism*, tercera edición (Oxford: Oxford University Press, 2014) 2.

cial era demasiado optimista cuando, por ejemplo, los primeros instrumentos de ratificación de los dos Pactos Internacionales de los derechos humanos fueron registrados y esos dos Pactos entraron en vigor. Hoy en día contamos 168 ratificaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 164 ratificaciones del Pacto paralelo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre los Derechos del Niño es cabeza de lista con 196 ratificaciones, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación contra la Mujer ha atraído 189 ratificaciones (6). Sabemos hoy en día que estas cifras no significan tanto. En los sectores regulados por las convenciones sobre los derechos humanos raramente se han realizado grandes reformas aunque pequeños pasos han sido dados en la mayoría de los países contratantes.

Por lo tanto, la discusión ha tomado una orientación nueva. Nos preguntamos con gran inquietud qué efectividad pueden alcanzar los instrumentos internacionales. ¿Constituyen los mecanismos establecidos para traducir en realidad concreta todas esas promesas solamente ilusiones o podemos confiar en ellos en cierta medida? Y ¿cómo podemos analizar los elementos positivos y negativos como juristas que somos, sin transformarnos en sociólogos? Es cierto que las consideraciones normativas no bastan jamás en el tema de la efectividad del derecho. Sin embargo, la perspectiva general de las reflexiones siguientes debe quedar la del jurista.

Recientemente, se ha comenzado a discutir más intensamente también el tema de la legitimidad del derecho internacional. Muchos investigadores ponen en cuestión el derecho internacional desde un punto de vista democrático. No hay duda que la producción de normas a nivel internacional sigue otros procedimientos que en el derecho interno. El papel de los cuerpos democráticos se encuentra fuertemente reducido; a nivel diplomático actúan representantes de los gobiernos. Por otra parte, en cuanto alcanzan su existencia, las reglas del derecho internacional ya no se cambian fácilmente. Un Estado no es capaz de corregir en breve tiempo sus decisiones de ayer, aunque sean erróneas. En el caso de los tratados internacionales siempre se requiere del consenso de la otra parte, que así dispone de un derecho de veto. En tiempos tan dinámicos como los actuales estos obstáculos pueden parecer como reminiscencias archivadas de un mundo de ayer, incompatibles con las exigencias del día.

### III. LA EFECTIVIDAD. UN EXAMEN TENTATIVO

En general el derecho pone reglas que parecen contundentes, casi infalibles. Uno de esos ejemplos se encuentra en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado en 2001, del cual la Asamblea General «tomó nota» con su Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001. El artículo 31(1) del Proyecto dice:

El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

---

(6) Todas estas cifras según las estadísticas proporcionadas por las NU, [https://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx?clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en).

Aquí el mundo parece estar en un orden perfecto. Un Estado que haya cometido una violación de las obligaciones que le competen a él, tiene que reparar el daño. Punto. Sin embargo, la regla pertenece más a la ficción que a la realidad. Investigaciones empíricas muestran que en la gran mayoría de los casos que ocurren a nivel internacional un daño queda sin reparación. Las negociaciones no conducen a resultados satisfactorios para la víctima. La controversia se termina sin acuerdo sobre medidas de reparación.

No se puede decir que no sea la tarea del jurista de extender sus investigaciones al tema de la efectividad de las normas. Estamos muy lejos de las posiciones, en derecho constitucional, de *Paul Laband*, el autor del eminente «*Staatsrecht des Deutschen Reiches*» escrito en el esquema del imperio alemán en 1876 (7), y de *Hans Kelsen* que, en sus estudios sobre la «teoría pura» del derecho distinguió exactamente entre las dos esferas del ser («*Sein*») y del deber ser («*Sollen*») (8). Si no tomamos en cuenta los obstáculos que impiden la plena vigencia de las normas no cumplimos con nuestra función de proporcionar ideas y sugerencias para establecer un ordenamiento jurídico capaz de funcionar bien en servicio de la comunidad.

En este sentido, trataremos de identificar unos de los criterios que puedan servir para garantizar la efectividad del derecho internacional.

## 1. LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO POSITIVO Y «SOFT LAW»

En primer lugar, parece interesante esclarecer si las reglas auténticamente jurídicas, que poseen un efecto vinculante, se muestran más efectivas en la práctica que la «soft law», un conjunto de reglas que carecen de ese efecto específico del derecho positivo (9). Para algunos autores, en efecto, no hay una distinción entre reglas jurídicas y recetas de una buena y inteligente política según la teoría del «rational choice». En un estudio publicado hace diez años los americanos *Jack L. Goldsmith* y *Eric A. Posner* afirmaron que para los gobiernos las reglas del derecho positivo son solamente marcos vagos de orientación que dejan de respetar si llegan a la conclusión que un acto de violación les beneficia más que el cumplimiento (10). Esta visión del derecho internacional parece bastante exagerada. Normalmente, gobiernos no toman en cuenta solamente las ventajas y las desventajas del acto que están haciendo en el momento actual sino también su estatus como actor y socio en la comunidad internacional. La reputación es un activo precioso en las relaciones internacionales. Hace décadas, el célebre autor Americano *Louis Henkin* decía que «Almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all the time» (11). Tal vez esta afirmación es demasiado optimista. De todas maneras, en el mundo occidental y también en largos sectores de los otros continentes las reglas jurídicas del derecho internacional

(7) Tübingen: Laupp.

(8) *Reine Rechtslehre* (Wien: Franz Deuticke, 1960).

(9) Véase discusión por ANDREW CLAPHAM, *Brierly's Law of Nations*, séptima edición (Oxford: Oxford University Press, 2012) 74-77.

(10) *The Limits of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010).

(11) *How Nations Behave* (New York: Columbia University Press, 1979) 47.

juegan un papel enorme en la tomas de decisiones, sobre todo porque los gobiernos son continuamente observados por la sociedad civil.

Sin embargo, en las últimas décadas hemos asistido a un crecimiento enorme de la *soft law* y de la preferencia, por los gobiernos, de recurrir a métodos más flexibles para fijar reglas en las materias que requieren de regulación internacional. Tal flexibilidad no significa por nada automáticamente que los resultados sean menos eficaces que los derivados de la aplicación de reglas jurídicas auténticas. Hoy en día llama nuestra atención el procedimiento de Examen Periódico Universal, establecido en 2006 (12), en el cuadro del cual cada Estado debe dar cuenta de sus actividades en el campo de los derechos humanos, independientemente de si ha ratificado o no todos los instrumentos convencionales relevantes. Durante las sesiones del Consejo de Derechos Humanos en relación con el Examen, los gobiernos están confrontados a sus pares, lo que confiere un alto grado de autoridad a las interrogaciones. El procedimiento tiene sus debilidades. Otorga un largo espacio para manipulaciones (13). Sobre todo, no se concluye con una resolución del Consejo mismo: la última palabra le pertenece al gobierno investigado. Sin embargo, permite plantear todas las deficiencias que puedan existir en el Estado interesado, introduciéndolas en la discusión.

Por otra parte, la supervisión de las convenciones sobre la promoción y la protección de los derechos humanos ha sido confiada a comités de expertos que normalmente hacen un trabajo mucho más cuidadoso y detallado. Sus observaciones finales, que institucionalmente reflejan normas vinculantes, no están caracterizadas por timidez o prejuicios políticos. Leyéndolas uno aprende casi todo sobre las deficiencias en el sistema interno del Estado examinado. Sin embargo, esas observaciones finales no parecen producir el mismo impacto que las discusiones en el seno del Examen Periódico Universal donde muchas veces, sobre todo con respecto a China, los participantes pueden solamente referirse a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la fuente del movimiento de derechos humanos pero que es solamente un instrumento de la *soft law*, una resolución de la Asamblea General que expresa deseos y sugerimientos («ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse») y carece de la autoridad de «ordenar». Entonces, hay que concluir que la efectividad no reside necesariamente donde reside la fuerza vinculante del derecho.

## 2. LOS MECANISMOS PARA LA EJECUCIÓN DEL DERECHO

### a) Mecanismos judiciales

En derecho interno, la ejecución del derecho normalmente no plantea grandes problemas. Cada Estado dispone de un sistema judicial. Sin jueces y tribunales, ningún Estado podría existir. Para los ciudadanos, la facultad de poder someter a un juez sus controversias con otras personas y también las con las autoridades

(12) NU Asamblea General, Resolución 60/251, 15 de marzo de 2006.

(13) Véase nuestro estudio «Universal Periodic Review: a New System of International Law with Specific Ground Rules?», en Ulrich Fastenrath y otros (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (Oxford: Oxford University Press, 2011) 609, 623.

públicas, una garantía esencial de una vida en serenidad y tranquilidad (14). En derecho internacional, en relación a controversias interestatales, una garantía similar no existe. Sin embargo, los juristas tienen una inclinación tradicional de ver procedimientos judiciales como el mejor método para el arreglo de controversias en todos los sectores de la vida en sociedad, también a nivel internacional.

aa) *La Corte Internacional de Justicia*

Hasta la fecha, sin embargo, un sistema global de arreglo obligatorio no se ha conseguido. Las disposiciones del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia siguen basándose en el principio del consenso. Una mirada empírica sobre el balance de la Corte después de más de 60 años muestra que las grandes cuestiones de guerra y paz no han sido llevadas a La Haya. Aparecieron más o menos por casualidad cuando cláusulas jurisdiccionales concebidas para otros fines fueron «plagiadas» por un Estado que las usó de manera sorprendente (15), o en el marco de un procedimiento de opinión consultativa (16).

Tenemos que concluir que hace falta asegurar la paz por otros métodos. Le compete al Consejo de Seguridad actuar por el bien de la comunidad internacional en este sector. No es preciso enfatizar que desempeña esta función con poca fiabilidad. Los horrores de la guerra en Siria son la prueba manifiesta de su insuficiencia. Los juristas tienen que dejarles a los expertos de las relaciones internacionales la búsqueda y la investigación de los factores que sean susceptibles o de eliminar el peligro de conflictos armados o de favorecerlos.

bb) *La Corte de la Integración Europea*

Una institución más exitosa es la Corte de la Unión Europea. Por décadas enteras los juristas han afirmado –y no sin razón– que el proceso de integración europea se basa en el derecho. Con su jurisprudencia, la Corte ha contribuido esencialmente a la consolidación de la arquitectura europea. En nuestros días, sin embargo, esa confianza un poco ciega ha sido gravemente afectada. En la crisis monetaria del Euro y hace poco en el tratamiento de los refugiados las consideraciones políticas se pusieron al primer rango. No fue ni siquiera tratado de resolver estos conflictos por la vía judicial.

cc) *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Otro símbolo de la creencia en la fuerza casi mágica del derecho es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). ¿Qué idea seductora de garantizar un espacio de goce sin restricciones de los derechos humanos en un grupo abarcando 47 Estados! Durante décadas esta filosofía funcionó sin contestación. En nuestros

---

(14) Véanse art. 6(1) CEDH, art. 14(1) PIDESC.

(15) En unos casos los demandantes se apoyaban sobre la cláusula jurisdiccional de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. IX), CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports 2007, 43, 108 *et seq.*; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, 3 February 2015.

(16) CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 136, 181-195.

días el sistema vive sus primeros choques graves. Son índices de un malestar más general las fricciones entre el Reino Unido y el Tribunal sobre la suspensión del derecho de voto de los presos (17). Pero el desafío más preocupante viene de la Federación Rusa que se arroga el derecho de examinar cada decisión de Estrasburgo en cuanto a su compatibilidad con los principios fundamentales de la Constitución Rusa (18). Además, lo que pasa actualmente en unos Estados miembros constituye la negación completa de los elementos centrales de la Convención. En la Federación Rusa, p. ej., la libertad de expresión es rigurosamente restringida. Lo mismo pasa en Turquía después del putsch en julio de 2016 el jefe de Estado aprovechó la oportunidad para liberarse de todos sus adversarios políticos. De manera global, los adherentes del movimiento Gülen son sometidos a sanciones extremas que van de la expulsión de sus puestos de trabajo y de la confiscación de sus bienes hasta la condena a la privación de la libertad. Esa estrategia está completamente contraria a la letra y al espíritu de la Convención Europea. Sin embargo, el observador puede constatar un silencio total de los otros Estados Partes de la Convención que, según la lógica de la Convención, deberían ejercer el control sobre el cumplimiento de los compromisos, en última ratio con la demanda colectiva según el art. 44. Europa parece paralizada, sin valentía, preparada a renunciar a sus ideales por el precio de unas pequeñas ventajas momentáneas.

#### dd) *Las Cortes Penales Internacionales*

Sería interesante examinar también las experiencias de los tribunales criminales internacionales que, para muchos, en continuación del proceso de Norimberga, encarnaban la esperanza de un mundo mejor. La práctica nos ha enseñado que no es tan fácil establecer una nueva comunidad humana que sea libre de la delincuencia que afecta las bases de la humanidad.

#### b) **Mecanismos extrajudiciales**

Otras vías se han mostrado más eficientes. Uno de los métodos es activar las instancias nacionales, poniéndolas al servicio de los requerimientos del derecho internacional. Este método ha mostrado su efectividad en el ámbito del derecho europeo donde a través de la doctrina de la supremacía del derecho comunitario, hoy del derecho de la Unión, los jueces nacionales actúan como agentes del proceso de integración.

Las tendencias que originariamente se manifestaron en el derecho de la integración europea han ganado terreno también en algunos sectores del derecho universal. La solución clásica consistía en dejar la ejecución de los compromisos internacionales a la discreción de los gobiernos. El Estado como persona jurídica

---

(17) Véase sobre todo el caso *Hirst v. United Kingdom (No. 2)*, demanda 74025/01, sentencia del 6 de octubre de 2005. Hasta la fecha, el conflicto no ha sido arreglado.

(18) Sentencia de la Corte Suprema de Rusia, 14 de Julio de 2015, véase MAARJA PILD, «Russia v. European Court of Human Rights: Fight for Sovereignty», <http://triniti.eu/2016/01/18/russia-v-european-court-of-human-rights-fight-for-sovereignty/>. En diciembre de 2015, esta jurisprudencia fue consolidada por una Ley de la Duma Nacional. Comentario por Wolfgang Benedek, «Grundlagen und Rahmenbedingungen der Steuerungskraft des Völkerrechts», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 76 (2016), 345, 348.

concluía convenciones internacionales comprometiéndose a ejecutar las obligaciones contraídas a su modo. Era él que seleccionó los métodos que le parecían los más apropiados. Solamente contaba el resultado. En la doctrina se discutía solamente –pero eternamente– sobre la aplicabilidad directa de las estipulaciones convencionales. Las modalidades de implementación, por otra parte, no fueron casi nunca prescritas.

Para salir de ese dilema, dos vías procedimentales fueron concebidas. Por una parte, como se sabe, mecanismos a nivel universal han sido introducidos. Por otra parte, y más interesante, se comienza desde pocos años a prescribir a las partes contratantes las modalidades de ejecución. Uno de los ejemplos más significativos es el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura (19). El Protocolo establece que los Estados Partes tienen la obligación de crear mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura. Esos centros tendrán una gran variedad de facultades. Sobre todo, les está garantizado el acceso a toda la información pertinente en un procedimiento pendiente. Se mueve en una dirección similar la Convención de Aarhus de 1998, en vigencia desde 2001, que prevé, acerca de proyectos ambientales, que las autoridades deben permitir a los ciudadanos afectados y, aún más, a organizaciones no-gubernamentales acceso a toda la información y de esa manera participar en la toma de decisiones. Finalmente, se garantiza el derecho de instaurar procedimientos ante los tribunales competentes.

### 3. DIFERENCIACIÓN SEGÚN LAS MATERIAS

Un pequeño resumen provisional. Hablar en términos generales de la efectividad del derecho internacional no tiene mucho sentido. Mucho depende de los mecanismos establecidos para la implementación. Sobre todo, siempre hay que diferenciar según las materias reguladas dado que el derecho internacional ya no tiene una especificidad *ratione materiae*. Su objeto son las relaciones sociales en toda su amplitud. Por eso, las constelaciones que encontramos en el derecho interno con sus dificultades las encontramos de la misma manera donde se trata de ejecutar las normas internacionales de contenido idéntico o similar. Proteger la libertad de manifestar su opinión en derecho nacional es siempre un desafío para una sociedad. Si los manifestantes invocan por su defensa la libertad de expresión de la Convención Europea de Derechos Humanos o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos nada cambia en sustancia. Si no existe la voluntad de respetar la libre expresión de opinión los adversarios de la discusión pública no se dejarán impresionar en sus acciones represivas por la invocación de un instrumento internacional.

Hay que constatar, finalmente, que los derechos humanos constituyen un terreno de conflicto en la sociedad. En el momento en que el derecho internacional procede a proteger los DH se introduce en las batallas de la sociedad. No puede quedarse «por encima» de esas confrontaciones. Y, en efecto, los derechos humanos deben su origen a la lucha contra los abusos de las autoridades gobernantes.

---

(19) Del 18 de diciembre de 2002. Actualmente, tiene 82 Estados partes, incluyendo Alemania y España.



Sería miope imaginarse que los derechos humanos aseguren automáticamente paz y tranquilidad. Hay que decir abiertamente también que en unos pocos Estados, como actualmente en Siria, los gobiernos no constituyen otro que una pandilla de malhechores que niegan a sus ciudadanos los derechos más fundamentales de libertad e integridad física. En tales circunstancias, el derecho pierde cualquier influencia. La Corte Penal Internacional no es percibida como una amenaza seria por los perpetradores.

En el mundo contemporáneo, asistimos también a una reversión de los DH que ocurre en unas sociedades. Mientras que, en su origen, los DH se dirigían contra los abusos gubernamentales, se han objetivado de tal manera que pueden convertirse en armas del gobierno usadas para combatir prácticas arcaicas del pueblo —o de unos grupos del pueblo—. En este contexto conviene sobre todo mencionar la mutilación genital femenina (FGM). Se trata de una práctica largamente extendida en África. Es sabido que este tipo de operación causa graves daños a las jóvenes mujeres sometidas a ella. Muchos gobiernos han tomado nota de esa calamidad, prohibiendo la circuncisión por ley. Egipto es uno de aquellos países que han procedido a la interdicción de la circuncisión genital de las mujeres. Sin embargo, la presión social, nutrida por prejuicios irracionales, es tal que la ley queda sin efecto práctico. Los médicos mismos no pueden sustraerse a las presiones sociales.

#### 4. CONCLUSIONES

Al escuchar lo dicho, el pesimismo parece ser dominante. El balance general, sin embargo, merece un tono optimista. Sobre todo en Europa encontramos sistemas de supervisión y de implementación muy exitosos. Que no sean perfectos refleja simplemente la *conditio humana*. Incumbe a los juristas propagar y difundir esos modelos exitosos.

#### IV. LA LEGITIMIDAD

La legitimidad es el segundo problema que quisiéramos abordar en esta conferencia. Parece extremadamente difícil acordarse sobre el contenido exacto de la legitimidad. Los juristas son conscientes de la diferencia entre la legalidad y la legitimidad. *Carl Schmitt* es el autor que con su argumentación filosófica ha ampliamente popularizado la distinción categórica que hay que hacer entre las dos nociones (20). Legalidad quiere simplemente decir conformidad con las reglas del derecho positivo mientras que legitimidad implica conformidad con valores fundamentales que prevalecen en la sociedad y que pueden tener su sede en el marco del sistema constitucional pero que también pueden existir afuera del catálogo de normas escritas.

---

(20) Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität* (Berlin: Duncker & Humblot, München y Leipzig, 1932).

## 1. LEGITIMIDAD RESULTANDO DE LA APROBACIÓN PARLAMENTARIA

En nuestras sociedades modernas, innegablemente los dos valores fundamentales son la democracia y los derechos humanos. Tomando nota del hecho de que estos dos valores están a la base de los ordenamientos constitucionales en todos los Estados de Europa occidental uno no puede fácilmente pretender que una norma específica del ordenamiento nacional esté tachada de falta de legitimidad. Sin embargo, las evaluaciones pueden cambiar en el curso del tiempo. En el derecho clásico del siglo XIX, la conclusión de los tratados por el jefe del poder ejecutivo podía atribuirles una legitimidad suficiente. Los asuntos exteriores fueron considerados pertenencias del poder ejecutivo. Este modo de ver cambió cuando se percibió que muchos tratados, en su fase de implementación a nivel nacional, afectan al individuo. Empezaron entonces las constituciones nacionales a prescribir que convenios internacionales tocando el estatus del ciudadano requieran de aprobación parlamentaria.

La aprobación por las cámaras legislativas no resuelve todos los problemas. Como es posible que un acto hecho en un pasado lejano pueda generar compromisos casi interminables –prefiero evitar la palabra «eternas» ya que en nuestro mundo de seres humanos nada es eterno. En efecto, los tratados internacionales tienen una estabilidad sorprendente, en términos jurídicos, ya que rige la regla *pacta sunt servanda*. De esta manera, cada una de las partes posee un derecho de veto si el tratado mismo no contiene cláusulas especiales que permitan su denuncia. La estabilidad de las obligaciones resultando de los tratados internacionales es un bien y un mal al mismo tiempo. Por una parte, garantiza estabilidad en las relaciones intraestatales. Por otra parte, conduce a una rigidez que, finalmente, puede causar choques entre la normatividad y las circunstancias en cambio. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Internacionales) (21) fue redactada en un clima en el cual los tratados fueron todavía considerados instrumentos excepcionales, casi sagrados (22), y sin darse cuenta de que los tratados también son herramientas para la gestión de asuntos corrientes, sujetas al flujo rápido de los acontecimientos diarios. En su art. 62 fija reglas para el cambio fundamental en las circunstancias externas, sin embargo con extrema precaución. Normalmente, tal invocación no está admitida.

## 2. PROBLEMÁTICA DE LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA

La discusión actual, sin embargo, no se concentra tanto sobre las insuficiencias del art. 62 de la Convención de Viena sino más sobre la vida de los tratados después de su entrada en vigor. En el «buen viejo tiempo», los tratados después de esta fecha «dormían», no conocían un desarrollo más allá de su texto. En este respecto, el paisaje está totalmente diferente en la época contemporánea. Cada tratado gene-

---

(21) UNTS 1155, 331.

(22) En virtud del Tratado de Versailles (art. 227), el Emperador alemán fue acusado «for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties».

ra una cierta práctica de aplicación. Más allá, muchos instrumentos internacionales establecen órganos con facultades de emitir normas secundarias. Si esto se hace, el problema de la legitimidad se pone de nuevo. Puede la legitimación atribuida por un acto parlamentario realizado décadas atrás realmente legitimar un conjunto de normas secundarias de las cuales nada cabía anticipar en el texto original? Tomando nota de esta fricción, los Estados miembros de la integración europea después de muchos años crearon el Parlamento Europeo con diputados directamente elegidos, estableciendo así un ámbito jurídico paralelo que ya no dependía enteramente del acto de aprobación originario.

Excepcionalmente, el Banco Central Europeo está exento de toda forma de control democrático exterior. Los autores del Tratado de Lisboa siguieron el ejemplo del Banco Federal en Alemania que por décadas había asegurado la estabilidad del marco alemán (DM). La confianza en la pericia de los expertos está justificada en la medida en que estos operen entre los límites trazados por la ley, i.e. las estipulaciones del Tratado. En cuanto actúen afuera de ese marco, arrojándose poderes que no se les han otorgado, un control se hace indispensable. En un conflicto con el Banco, en el cual la Corte de Luxemburgo fue árbitro por el recurso prejudicial, la Corte constitucional alemana observó en su sentencia final del 21 de junio de 2016 (23), aún aceptando la decisión de la Corte de Luxemburgo (24) de que las objeciones planteadas eran infundadas, que el ciudadano alemán, en virtud de ser miembro del pueblo soberano alemán, tiene un derecho individual que le autoriza a pedir que cada violación del marco definido por la ley atribuyendo competencias a los órganos europeos sea sancionada por recurso judicial ante las instancias judiciales competentes, si necesario nacionales. Esta idea de un impero ilimitado de los derechos democráticos originarios desconoce las realidades en los asuntos internacionales. El espacio internacional no le pertenece jamás a un Estado solamente. Buscar arreglos pacíficos que requieren de sacrificios de cada parte es la esencia de los intercambios internacionales en el marco de un sistema de Estados soberanos con derechos iguales. Al contrario, la premisa de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es la convicción de que todas las manifestaciones de poder público en Alemania deben legitimarse ante el ciudadano ordinario y que hace falta una cadena ininterrumpida de legitimación desde el ciudadano hasta el nivel más alto a nivel internacional. Estamos de acuerdo con esta premisa sin embargo no compartimos las consecuencias derivadas de ella. Hay que recordar sobre todo que las decisiones del Consejo de Seguridad en aplicación del Capítulo VII de la Carta vinculan a todos los Estados, independientemente de si son miembros del Consejo o no.

Simplemente hace falta aceptar que en un sistema democráticamente construido instituciones actúan en nombre de quienes que representan pero que eso no significa que cada miembro del pueblo tenga un derecho de control de legalidad. El ejemplo más evidente es la Carta de las Naciones Unidas. Está claro que todos los Estados miembros, sobre todo los menos poderosos, tienen interés en ver respetada la Carta con sus limitaciones del poder de las instituciones, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad. Por otra parte, la Carta ha inevitablemente ido cambiando su contenido por una práctica de más de 70 años. Desde el momento de su entrada

---

(23) 2 BvR 2728/13.

(24) Asunto C-62/14, *Gauweiler y otros*, sentencia del 16 de junio de 2015.

en vigor, ha sido interpretada y aplicada por todos los actores interesados. Ha sufrido un lento proceso de transformación evolucionando según un consenso general. Sobre todo el Consejo de Seguridad ha extendido su mandato de manera vertiginosa en la interpretación de los artículos del capítulo VII de la Carta.

Interpretaciones y aplicaciones de la Carta de este tipo no podían ser previstas cuando los órganos parlamentarios dieron su acuerdo a la adhesión a las Naciones Unidas. El ciudadano ordinario en España o en Alemania no sabía nada sobre el alcance y la adhesión de la Carta. Sin embargo, manifestar que el ciudadano de cualquiera de los países miembros tenga un derecho que se respeten las disposiciones de la Carta como interpretadas en uno de esos miembros parece bastante ambicioso. La Corte Constitucional alemana ha adoptado una teoría democrática extremista que no está radicada en la realidad de las relaciones internacionales (25). La democracia a nivel universal no puede ser una democracia directamente responsable ante uno o otro de los cuerpos electorales nacionales. El modelo clásico del Estado soberano y del pueblo soberano alcanza sus límites a nivel universal. Nuestro problema es el de reconciliar los principios del unilateralismo, inherentes en el derecho democrático de auto-determinación y en la soberanía, con los principios de la comunidad internacional en la cual la directiva general es el consenso.

### 3. CONCLUSIÓN

Inevitablemente, estructuras gubernamentales a nivel internacional se distancian del ciudadano. La laguna que así crece es lamentable. Pero no se puede llenar con recetas simplistas de recuerdos democráticos de primera hora. Le compete a los juristas imaginar soluciones que permitan por lo menos un acercamiento a un modelo que asegure un óptimo en las circunstancias poco favorables de un mundo con estructuras jurídicas y burocráticas abundantemente entrelazadas.

Madrid, 21 de septiembre de 2016

---

(25) En su sentencia más reciente, 13 de octubre de 2016, 2 BvR 1368/16, la Corte constitucional requiere una «conexión democrática suficiente» de las decisiones del Comité conjunto del acuerdo comercial CETA. Sin embargo, rechazó las solicitudes de los demandantes que se ordenara al Gobierno federal no firmar el acuerdo.