

EL POTENCIAL MODERNIZADOR DE LOS SISTEMAS SUPRANACIONALES

Mónica Pinto



Este escrito corresponde a la presentación realizada por la Autora, decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la sesión de apertura del seminario organizado por el Centro de Excelencia Jean Monnet sobre “Integración y modernización: un nuevo marco conceptual para entender la Unión Europea y el Mercosur. ¿Viejas ideas para nuevos desafíos?”, que se llevó cabo en aquella facultad¹.

Se ha decidido mantener la presentación en su forma original para no perder el estilo directo, lo que ha significado renunciar a las referencias bibliográficas. Todas las notas al texto han sido realizadas por el Coordinador Editorial. Sin perjuicio de ello, mucho de lo aquí expresado se encuentra en libros y trabajos de la autora ya publicados².

Los nuevos desafíos de la modernidad y el derecho internacional. De Westfalia y del orden multilateral posterior a la Segunda Guerra Mundial

Lo internacional es un dato histórico permanente. Lo fluctuante es la incidencia de lo internacional en lo local.

La doctrina sostiene que lo internacional comienza al fin del Medioevo con la firma de la Paz de Westfalia en 1648, que consolida en un pequeño grupo de nuevos estados las fragmentaciones territoriales y políticas existentes. El esquema instaurado es sustancialmente horizontal, con estados generalmente independientes de todo vínculo asociativo multilateral.

La necesidad de relacionarse de los estados propicia las normas sobre celebración y conclusión de tratados y las relativas a agentes diplomáticos y en misión especial como prácticas generalmente aceptadas como derecho. El modelo es relacional –sustancialmente bilateral o multilateral restringido– y en él la autonomía de la voluntad domina el proceso de creación normativa; los tratados y la costumbre no son más que sus expresiones.

La Segunda Guerra Mundial marca un drástico corte con este esquema. Los dos bandos conciben un orden jurídico-político para regir en la posguerra. El que entra en vigor supone un desplazamiento de ese modelo y la instalación de una agenda común de temas sensibles, de aquellos que deben preservarse para no volver a otra guerra.

Esa canasta de temas comunes –mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, relaciones de amistad, descolonización, cooperación económica y social, derechos humanos– transforma a la sociedad internacional –pequeña, exclusiva, aristocrática, muy europea, muy cristiana– en una comunidad que con los años será cada vez más amplia y más diversa; por qué no, también, más desigual. La política usual –luego norma jurídica básica– es la cooperación internacional. La modalidad de tratamiento será, inevitablemente, el multilateralismo y el fenómeno de la organización internacional crecerá para ayudar a su realización.

Al mismo tiempo, Europa consagra el Plan Schuman que inicia la cooperación intra-europea con el establecimiento de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (1950), luego seguida por la Comunidad Económica Europea y la de la Energía Atómica (1957), instituciones pioneras del fenómeno conocido hoy como la Unión Europea. El derecho internacional brinda así sustento a un esquema convencional que se inscribe en el mantenimiento de la paz y que permite crear una comunidad con órganos propios, capaces de emitir normas jurídicas directamente aplicables en los territorios de los estados miembros, el derecho comunitario o estadio intermedio entre el derecho internacional y el derecho nacional. Paulatinamente, los estados irán delegando competencias a los órganos comunitarios y, además, aplicarán directamente en sus ámbitos nacionales el derecho comunitario y las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Se trate de un esquema que se superpone, aunque por un tiempo marche casi en paralelo, con el de la organización regional que instaura el primer sistema de derechos humanos en el mundo. A medida que avancen, los cruces serán más frecuentes y enriquecedores. Hoy, ambos esquemas juegan armónicamente, lo que no significa que no haya cuestiones a resolver.

La realidad, pues, es que el multilateralismo propio del esquema de posguerra exige socializar la adopción de las reglas de juego. El

incremento de los objetos del derecho internacional supone que se den regulaciones sobre nuevos temas para el derecho en general y para el derecho internacional en especial.

La primera cuestión que la propia Carta de las Naciones Unidas expresamente excluye del ámbito doméstico es la relacionada con el manejo institucional del uso unilateral de fuerza por los estados, esto es, las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII. Se imponen así requisitos respecto de la necesaria búsqueda de arreglo de las controversias o situaciones susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales o, como diría José María Ruda, de la necesidad de dejarlos pacíficamente sin solución.

El trato que el estado dé a sus nacionales ya no es discrecional. Uno de los propósitos de la comunidad internacional instaurada es el desarrollo y estímulo del respeto universal y de la efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin discriminación. Las Naciones Unidas son el foro de debate, discusión y adopción de tratados internacionales sobre derechos humanos, normas vinculantes para todos aquellos que manifiesten su consentimiento en obligarse por ellos. Estos tratados no sólo consagran derechos humanos protegidos sino que también aportan un sistema de protección. Cada uno de ellos establece un órgano de control, un comité de expertos que actúan a título propio y cuya función consiste en verificar el cumplimiento por parte de los estados de sus obligaciones de respetar, garantizar y adoptar medidas para hacer efectivos los derechos protegidos.

La ciencia y la tecnología aportan lo suyo: la extracción de petróleo *off shore* conduce a la noción de plataforma continental, el primer satélite en órbita a la del espacio ultraterrestre y en este orden de ideas se inscriben los fondos marinos y oceánicos, las normas sobre desarme y las relativas a los usos pacíficos de la energía nuclear, entre otras que regulan nuevos objetos.

El multilateralismo declamado en la posguerra toma su tiempo en efectivizarse y de pronto, como un viento que sopla fuerte, se produce la revolución de las comunicaciones. Vivimos en un mundo global, en el que los países y las jurisdicciones están cada vez más interconectados. La gente en el mundo está más comunicada que nunca antes. La información y el dinero fluyen muy rápidamente. Los bienes y servicios que se producen en una parte del mundo están disponibles en la otra. Se viaja más. La comunicación internacional es asunto cotidiano. Es lo que se conoce como ‘globalización’.

Sin perjuicio de que la globalización está primariamente asociada a los negocios, los negocios globales, es bastante más que eso. Las mismas fuerzas que permiten que los negocios operen como si las fronteras no existieran, permiten también a los activistas sociales, a los sindicalistas, a los periodistas, los académicos y a muchos otros trabajar a nivel global. Las ventajas de la economía global se enfrentan con los efectos locales de las crisis globales.

En la antesala de la globalización hay una vuelta a los tratados, en todos los temas. La conciencia de la degradación ambiental y la inexorable asociación en que todos los estados se encuentran para proteger el medio ambiente conduce a la necesidad de adoptar compromisos con distinto grado de flexibilidad, que permitan que cada uno de los estados esté en condiciones de cumplir las obligaciones a su cargo. El sistema de las sanciones es inconducente porque no supera el daño irreparable que ocasiona la inobservancia de las normas. El criterio de las responsabilidades compartidas pero diferenciadas se cristaliza en los tratados. El pragmatismo del enfoque reemplaza

La realidad, pues, es que el multilateralismo propio del esquema de posguerra exige socializar la adopción de las reglas de juego. El incremento de los objetos del derecho internacional supone que se den regulaciones sobre nuevos temas para el derecho en general y para el derecho internacional en especial.

el criterio de solidaridad imperante en los documentos *soft* del nuevo orden económico internacional.

Las relaciones comerciales internacionales –cuya regulación se abortara con la indefinición respecto de la Carta de La Habana de 1947 que creaba una Organización Internacional del Comercio, de la que sólo sobreviviera el capítulo sobre el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés)– se consolidan en el Acuerdo de Marrakech que crea la Organización Mundial del Comercio, en 1994, que constituye el marco constitucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre los estados miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos conexos que se detallan en un anexo.

La explosión de la antigua Yugoslavia en conflictos internos e internacionales, su desmembramiento en distintos estados sucesores y las prácticas de ‘limpieza étnica’ que allí se dan son una luz de alerta que conduce al establecimiento de un tribunal penal internacional *ad hoc*: el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. La Segunda Guerra Mundial y el Tribunal de Núremberg habían dejado algunas lecciones. También hay otro tribunal para Ruanda³. Finalmente, el 17 de junio de 1997, se adopta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁴.

Se produce una notable expansión del campo internacional. La agenda es más amplia: derechos humanos, medio ambiente, comercio y finanzas internacionales, derecho penal internacional, entre otros, no podrían ser adecuadamente considerados si el derecho internacional no proveyera estructuras jurídicas y mecanismos. Los actores aumentan y se diversifican. No son sólo los estados y las organizaciones internacionales sino también los individuos y otros actores no estatales como la sociedad civil, los grupos armados, los bancos, las empresas.

En este mundo global hay problemas que deben ser resueltos o, al menos, deben recibir un tratamiento adecuado. Estos nuevos campos exigen creatividad. Ningún derecho interno tiene todas las respuestas. No todas las situaciones pueden ser consideradas al interior de la frontera nacional. Hay que mirar afuera. La óptica comparativa, si de derecho se trata, los nuevos emprendimientos en otras áreas.

La decisión de la Cámara de los Lores británica del 24 de marzo de 1999 de acceder a la requisitoria del Juzgado Central número 5 de la Audiencia Nacional de España, precisando que no hay inmunidad de jurisdicción para un antiguo jefe de estado por la alegada comisión de crímenes internacionales –en la especie los actos de tortura llevados a cabo desde diciembre de 1988, cuando la convención internacional estuvo en vigor para el Reino Unido, España y Chile, respecto de nacionales españoles y chilenos– supuso la globalización de los derechos humanos. Se trató, básicamente, de afirmar que las consecuencias y la jurisdicción sobre las violaciones graves de derechos humanos no se limitan al estado en el que tuvieron lugar o al de la nacionalidad de la mayoría de las víctimas. Como sostiene Christine Chinkin, existe un interés internacional en detener la impunidad de esos más graves crímenes de trascendencia internacional.

Del modelo del *Foreign Office* al de la gobernanza global

Es factible sostener que la sociedad internacional anterior a la posguerra, aquella heredera de Westfalia, se identifica con lo que Benedict Kingsbury apunta como el ‘modelo del *Foreign Office*’ –o cancillería tradicional– que domina el derecho internacional por las mismas razones que la soberanía es el principio organizador de las relaciones internacionales. Se trata del esquema de estados nacionales que, a través de sus órganos encargados de relaciones exteriores, crean el derecho internacional y sólo ellos pueden aplicarlo. La soberanía es funcional a los estados pequeños o con escaso poderío ya que la igualdad soberana y la inmunidad de jurisdicción junto con la competencia doméstica alejan los peligros de injerencia o intervención.

La institucionalidad que se erige a partir de la Carta de las Naciones Unidas comienza a producir cambios en este esquema. Esta comunidad internacional tiene como sujetos no sólo a los estados sino también a los organismos internacionales y a los individuos. Los equipos técnicos son convocados por las cancillerías para proveer el insumo necesario a las relaciones internacionales y a las regulaciones sobre cuestiones internacionales.

Con la globalización se recuperan estos datos y se generan otros nuevos. La economía global precipita al escenario internacional a poderosos actores no estatales, incluidas empresas transnacionales y las organizaciones no gubernamentales (ONG) internacionales. Los movimientos transnacionales de derechos humanos permiten conocer situaciones hasta entonces ignoradas como el uso de fuerza por los gobiernos contra sus propios ciudadanos, las cuestiones relacionadas con la provisión de bienes y servicios básicos.

La integración económica, el terrorismo internacional, la degradación del medioambiente, el espacio virtual, demandan mayor coordinación entre los estados no sólo a través de las cancillerías sino también de las policías, los agentes locales, los jueces para tratar cuestiones transnacionales. El derecho internacional debe, entonces, trabajar en un escenario complejo en el que la línea entre lo local y lo internacional se ha desplazado, en el que los actores principales no son sólo los estados, en el que los gobiernos no son los únicos con voz.

Frente a esos desafíos, se propone un nuevo paradigma de derecho internacional, la gobernanza global. Se trata de un concepto que, en palabras de Anne-Marie Slaughter, puede ser entendido como los conjuntos formales e informales de reglas, roles y relaciones que definen y regulan las prácticas sociales de actores estatales y no estatales en los asuntos internacionales. El modelo de la ‘gobernanza global’ va más allá del modelo del *Foreign Office* en cuanto no se detiene en el estado sino que se ocupa de los problemas transnacionales. El derecho internacional sigue siendo importante y se ocupa de las cuestiones formales, las instituciones y las normas del modelo del *Foreign Office*, pero se amplía para considerar derechos y obligaciones de los actores no estatales según el *soft law* que expresan códigos de conducta, resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, principios normativos como los derechos humanos o la democracia, leyes nacionales que regulan cuestiones globales.

En el modelo de la gobernanza global se pone de resalto el papel que juegan las organizaciones internacionales, no sólo como foros sino también como regímenes. No se trata sólo de las organizaciones internacionales del modelo de la Sociedad de Naciones o del modelo despojado de las Naciones Unidas de 1945. Hay una creciente institucionalización del medio internacional. Hoy las organizaciones internacionales no sólo 'proponen' nuevas normas sino que ejercen competencia para controlar su aplicación. Los sistemas de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)⁵, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia o para Ruanda, en otro ámbito, al igual que los tribunales internacionales de derechos humanos son un ejemplo. Los Estados miembros de la Unión Europea han transferido cantidad de competencias a los órganos comunes no sólo para la elaboración del derecho sino para el control de su aplicación.

A inicios de los '90, con la caída del Muro de Berlín, la democracia a nivel nacional ha ingresado en la agenda internacional –en la agenda de Europa occidental se estableció no bien iniciada la posguerra como requisito efectivo para ingresar al Consejo de Europa. La caída del presidente Jean-Bertrand Aristide en Haití, los autogolpes de Alberto Fujimori en Perú, en 1992, y de Jorge Serrano Elías en Guatemala, en 1993, contribuyeron al tema. Una cláusula democrática ingresó en la Carta de la Organización de Estados Americanos en 1993 y el 11 de septiembre de 2001, en Lima, se adoptó la Carta Democrática Interamericana⁶. Honduras es el testimonio de las medias tintas de lo mejor y lo peor institucionalmente consagrado en el sistema.

Por su parte, la Unión Europea no sólo ha desarrollado criterios que tienen relación con la consolidación de la democracia y el estado de derecho y con la vigencia de los derechos humanos respecto de los estados europeos que aspiran a integrarse a ella sino también en el marco de la cooperación con terceros países. En 1992, el Consejo reglamentó la ayuda financiera y técnica y la cooperación económica con los países en vías de desarrollo de América Latina y Asia –Reglamento (CEE) n. 443/92 del Consejo, de 25 de febrero de 1992⁷– que da prioridad al fomento de los derechos humanos y a la democratización, así como a la buena gestión pública, la protección del medio ambiente, la liberalización del comercio y el fortalecimiento de la dimensión cultural. En todo caso, este énfasis en la democracia contrasta con la neutralidad aséptica del modelo del *Foreign Office*. Al mismo tiempo, la democracia pone de manifiesto cuestiones relacionadas con la participación popular –ausente en el derecho internacional clásico– y que esquemas internacionales como el de la UE resignifican, por ejemplo con el Parlamento Europeo y su incremento de funciones.

Las cuestiones transnacionales caracterizan lo que Anne-Marie Slaughter denomina el estado desagregado, esto es aquel en el que los reguladores persiguen a los sujetos regulados más allá de las fronteras nacionales; los jueces negociando mini-tratados con sus hermanos extranjeros para resolver complejos casos transnacionales y legisladores consultando sobre la mejor manera de redactar y

adoptar legislación. Los encuentros internacionales de jueces, los análogos de parlamentarios, la coordinación de bancos, etc., demuestran la necesidad de coordinar con actores no nacionales para un mejor tratamiento de cuestiones al interior del estado.

La revolución de las comunicaciones y la posibilidad de estar conectado 24 horas dan espacio a las redes transnacionales, un modo de organización que se caracteriza por patrones de comunicación e intercambio voluntarios, recíprocos, horizontales. Las redes transnacionales existen dentro y fuera de los gobiernos. En el ámbito no gubernamental, coaliciones de ONG nacionales e internacionales que se especializan en el *lobby* respecto de determinadas cuestiones. Valga como ejemplo la Coalición para la Corte Penal Internacional que logró acompañar el movimiento de creación en forma efectiva y sustentable o las coaliciones de ONGs que motivaron que el Consejo de Seguridad endosara la tarea de los acompañantes en Darfur.

Los derechos humanos no son solo uno de los objetos de la agenda multilateral sino fundamentalmente un instrumento hermenéutico del orden jurídico vigente en cada estado. La decisión política de respetar la libertad y la dignidad de todas las personas en condiciones de igualdad y sin discriminación supone un compromiso para la responsabilidad internacional del estado en caso de violación no reparada.

En este contexto, los estados asumen las obligaciones de respetar los derechos humanos protegidos por el orden jurídico internacional, garantizar su goce y ejercicio a todas las personas bajo su jurisdicción, esto es, sustancialmente se obligan a prevenir la comisión de violaciones, a investigar las que se produzcan, a procesar y sancionar conforme a derecho a los *prima facie* responsables y a reparar a las víctimas. Además, deben adoptar todas las medidas necesarias para que eso sea posible.

Esta obligación de adopción de medidas supone que los estados se obligan a revisar la legislación en vigor para adecuarla a los compromisos asumidos en los tratados y a adoptar las medidas necesarias para efectivizar los derechos no reconocidos. Las medidas –legislativas, administrativas, jurisdiccionales o de otro carácter– no se detienen en la adopción de disposiciones que declaren la vigencia de un determinado derecho sino que comprenden también la creación de los mecanismos recursivos necesarios para su protección.

El sentido último de estas disposiciones relativas a la exigibilidad en el ámbito interno de las normas internacionales en vigor que consagran derechos humanos es el de subrayar que la norma internacional en materia de derechos humanos integra el orden jurídico vigente y goza de una presunción de ejecutividad. Por ello, su invocación por la parte en el proceso no es *conditio sine qua non* para su aplicación por el juez, que puede traerla al caso mediante la aplicación del principio *iuria curia novit*⁸.

Parece claro a la luz de lo expuesto que si bien queda librado a la discrecionalidad de los estados la elección de la vía o método a través del cual el derecho internacional de los derechos humanos pueda incorporarse al orden jurídico vigente en un estado, por el contrario, su vigencia y exigibilidad han sido consagradas por el orden jurídico internacional.

El derecho internacional debe, entonces, trabajar en un escenario complejo en el que la línea entre lo local y lo internacional se ha desplazado, en el que los actores principales no son sólo los estados, en el que los gobiernos no son los únicos con voz.

Los derechos humanos no son solo uno de los objetos de la agenda multilateral sino fundamentalmente un instrumento hermenéutico del orden jurídico vigente en cada estado.

De la gobernanza global y de la actuación del derecho internacional

El esquema de la gobernanza global impulsa una cantidad de modificaciones en los sistemas penales: la adopción de nuevos tipos penales como la tortura, la desaparición forzada de personas, la adecuación de las penas, la instauración de recursos, el acotamiento de los hechos del príncipe en materia de perdones, la cooperación judicial en materia penal, sin contar con las cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la pena.

También lo no penal acusa impacto. Las normas sobre derechos humanos provocan nuevas lecturas de la condición y de los derechos de la mujer y el niño en el orden jurídico nacional. Se trata de concebir una ciudadanía plena que importa capacidad de derecho y de hecho, ejercicio de la patria potestad compartida, igualdad de los hijos de los mismos padres y, consecuentemente, nuevas reglas en materia sucesoria. El matrimonio y la unión civil además de la unión de hecho generan consecuencias jurídicas inexorables.

La violencia familiar se incrementa o se visibiliza. Normas internacionales como la Convención de Belém do Pará, de 1994, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer dicen del ingreso de las normas del derecho internacional de los derechos humanos a las casas de familia. Lo privado ya no lo es, el delito se instala en el ámbito de la familia y de los prójimos.

Otro tanto podría argüirse en los casos de la denominada lucha contra la criminalidad transnacional organizada, sustancialmente el Protocolo de Palermo de 2000, que prevé la adopción de tipos penales uniformes, un sistema de justicia eficiente y mecanismos aceitados de cooperación judicial internacional.

La nacionalidad era de aquellos temas encaballados en lo interno y lo internacional. Ahora, el estatuto de pérdida de la nacionalidad deberá sujetarse al principio según el cual toda persona tiene derecho a una nacionalidad y a que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad, establecido en el artículo 15.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El sistema electoral también entró en la panoplia de temas comunes: desde la instauración de la observación electoral –que tiene varias décadas– a la consagración de pautas claras para el ejercicio de los derechos políticos. Así la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pudo confirmar que el poder constituyente guatemalteco tenía competencia para fijar requisitos para la postulación de candidatos a la presidencia, en la especie no haber participado de actos que supusieran ruptura del orden constitucional, y con eso confirmar la conformidad con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la declaración del Tribunal Supremo Electoral de ese país de excluir al general Ríos Montt, gobernante *de facto* y artífice de los tribunales de fuero especial; ello no impidió que años después y con otra conformación esta corte lo inscribiera.

Conclusiones

Es claro que el derecho internacional se ha adaptado a los cambios y a los desafíos. Es claro también que ha ampliado objetos y sujetos. En determinados ámbitos ha sabido encontrar intercambios fluidos con las normas estrictamente nacionales y con algunos de sus operadores. Ha podido formatear conductas en campos en los cuales era inesperada su actuación.

Los desafíos pendientes no son pocos. La pobreza, la exclusión y la desesperada búsqueda de algunos de nuestros semejantes por un futuro digno han engrosado las categorías de los inmigrantes ilegales, de los marginales. Se hablará más adelante del problema global del hambre, que no radica precisamente en la falta de alimentos suficientes para todos en este planeta sino en el mal funcionamiento del mercado. Precisamente, se trata de bienes, servicios, ganancias que todavía no han logrado ser doblegadas con éxito por el derecho internacional.

Notas

¹ El seminario tuvo lugar los días 7, 8 y 9 de mayo de 2012, respectivamente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el Auditorio del Istituto Italiano di Cultura y en la Universidad Nacional Tres de Febrero (Centro Cultural Borges). Para más informaciones, véase <http://www.ba.unibo.it/BuenosAires/Extension/PuntoEuropa/integracionmodernizacionmay12.htm>.

² Mónica Pinto, “La soberanía y el nuevo orden internacional”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, tomo 29, 2010, pp. 165-178; *Id.*, “Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización. Un comentario”, en *Id.* (comp.), *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp.13-30; *Id.*, *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2004.

³ Para más información, véase su sitio web: <http://www.unictr.org>.

⁴ Para más información, véase su sitio web <http://www.un.org/law/icc/index.html>.

⁵ Para más información, véase su sitio web: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

⁶ Cuyo texto se encuentra en: http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm.

⁷ Cuyo texto se encuentra en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992R0443:ES:HTML>.

⁸ Literalmente, “el juez conoce el derecho”. La expresión hace referencia al hecho de que el juez, a la hora de argumentar una causa, puede aplicar estas normas aunque no fueran invocadas por las partes.