

EL SISTEMA UNIVERSAL DE
DERECHOS HUMANOS:
TEORÍA Y REALIDAD

Edita:
Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Impresión:
Imprenta Félix Arilla, S.L.

D.L.: Z-534-2019

Con la colaboración del Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria

ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

EL SISTEMA UNIVERSAL DE
DERECHOS HUMANOS:
TEORÍA Y REALIDAD

DISCURSO DE INGRESO
EN LA ACADEMIA ARAGONESA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN
LEÍDO POR LA

Excmo. Sr. Don Carlos Ramón Fernández Liesa

EL DÍA 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

Y CONTESTACIÓN AL MISMO POR EL

Excmo. Sr. Don Antonio Blanc Altemir



Zaragoza, 2021

INDICE

| | |
|--|----|
| Palabras previas | 11 |
| Introducción | 13 |
| Primera parte. La conformación del sistema universal | 16 |
| Capítulo Primero. Los pilares en la modernidad | 16 |
| 1. Los nuevos pilares de la modernidad..... | 16 |
| 2. La codificación y el desarrollo progresivo de los derechos..... | 19 |
| 3. La Sociedad de Naciones y los derechos humanos | 21 |
| Capítulo segundo. La universalización del sistema | 24 |
| 1. La Constitución internacional de los derechos humanos..... | 24 |
| 2. Los órganos y los mecanismos control | 28 |
| 3. La relevancia jurídica del sistema | 31 |
| Segunda parte. La teoría del sistema universal | 35 |
| Capítulo tercero. La humanización y la transformación del orden internacional | 35 |
| 1. La transformación de los principios y de las obligaciones | 35 |
| 2. La ampliación de la jurisdicción del Estado | 37 |
| 3. La teoría de las fuentes y los derechos humanos | 39 |
| 4. La teoría de los sujetos y la emergencia de los actores no estatales | 41 |
| 5. Legalidad y legitimidad en el Derecho internacional de los derechos humanos..... | 44 |
| a. La legitimidad del Derecho internacional de los derechos humanos..... | 44 |
| b. Legalidad del Derecho y cambios revolucionarios..... | 46 |

| | |
|--|----|
| Capítulo cuarto. La teoría jurídica de los derechos humanos | 48 |
| 1. La cuestión del fundamento | 48 |
| 2. La profusión de teorías explicativas | 51 |
| 3. Los derechos humanos y la unidad del Derecho internacional | 53 |
| 4. Los derechos humanos y la jerarquía del Derecho internacional | 54 |
| 5. Los derechos humanos y el tiempo..... | 56 |
| a. Las injusticias históricas | 56 |
| b. Justicia, memoria y reparación | 58 |
| 6. Los derechos humanos y el poder | 61 |
| a. La relación Poder-Derecho y derechos humanos | 61 |
| b. Valores e intereses: a propósito de la jurisdicción universal | 63 |
| | |
| Tercera parte. La dinámica del sistema universal | 65 |
| Capítulo quinto. La tensión en los pilares del ordenamiento | 65 |
| 1. La noción de dignidad humana | 65 |
| 2. La globalización y los derechos humanos | 68 |
| 3. Del universalismo al diálogo transcivilizatorio | 70 |
| 4. La digitalización y los derechos humanos..... | 73 |
| 5. El debate sobre las generaciones de derechos..... | 74 |
| Capítulo sexto. Nuevos horizontes para el Derecho internacional | 77 |
| 1. La revolución del Derecho internacional y los derechos humanos | 77 |
| 2. El futuro de la revolución antimoderna..... | 78 |
| 3. Cosmopolitismo y derechos humanos | 80 |
| 4. Constitucionalismo y derechos humanos | 83 |
| | |
| Cuarta Parte. Los desafíos del sistema universal | 85 |
| Capítulo séptimo. El desafío de la judicialización | 85 |
| 1. Proliferación de tribunales internacionales | 85 |
| 2. El avance en la lucha contra la impunidad y la creación de un tribunal universal de derechos humanos..... | 89 |

| | |
|--|-----|
| Capítulo octavo. El desafío de la sostenibilidad | 91 |
| 1. Progresión o regresión de los derechos humanos | 92 |
| 2. La cuestión de la eficacia | 93 |
| 3. La sostenibilidad, la Agenda 2030 y los derechos humanos | 95 |
| 4. Los derechos humanos en situaciones de crisis y excepción | 97 |
| 5. Derecho y políticas de derechos humanos | 100 |
| Capítulo noveno. El desafío democrático | 101 |
| 1. El principio democrático en el Derecho internacional | 102 |
| 2. Democracia y patriotismo constitucional | 104 |
| 3. Soberanía, democracia y consenso | 106 |
| Reflexión final | 110 |
| Discurso de contestación a cargo del Excmo. Sr. Don Antonio Blanc Altemir | 113 |

Palabras previas

Excelentísimo Señor Presidente de la Academia aragonesa de jurisprudencia y legislación, excelentísimas señoras y señores académicos, Ilustrísimas autoridades, señoras y señores

Mis primeras palabras son de profundo agradecimiento para todos los miembros de esta docta e ilustre corporación por haberme aceptado, sin merecerlo, y por la generosidad que muestran al hacerlo. Como aragonés que vive en Madrid unirme a esta cohorte que mantiene encendida la vela de la justicia es un honor inmerecido que espero corresponder y que agradezco de corazón. Es también un acicate que refuerza mi vocación por el Derecho, desde que empecé la vida universitaria primero en la Universidad de Zaragoza y, posteriormente, en la Carlos III de Madrid.

Es una casualidad curiosa que esta Institución entronque con Carlos III, pues la Real Academia jurídico práctica de Zaragoza, creada en 1733, obtuvo en 1772 el reconocimiento de Real, por Cédula del monarca ilustrado, y ahora con Felipe VI la historia retoma su curso. Como toda Institución tiene momentos mejores y peores. Llegó a su punto más bajo en las secuelas de la guerra de la independencia, que dejó estragos imborrables en la ciudad, y mostró el carácter heroico de sus gentes. Pero vuelve a renacer a fines del siglo XX bajo el impulso de José María Castán Vázquez, Don Antonio Hernández Gil, Don Juan Vallet de Goytisolo y Don José Luis Merino Hernández. Ahora está en un buen momento, interrumpido por la pandemia del coronavirus, que ha llevado a la suspensión temporal de las actividades ordinarias que se reinician progresivamente.

Esta Academia evoca el espíritu del recto Derecho, cuyo símbolo histórico es el Justicia de Aragón, Juan de Lanuza, ejecutado en 1591 por defender el *derecho de manifestación*, reconocido por los fueros de Aragón, en favor de Antonio Pérez, con objeto de que se sustanciase un debido proceso, cuando era perseguido

por Felipe II, en circunstancias oscuras. Hoy hablaré de otros derechos, y no solo en España, sino en la Comunidad internacional. Los derechos humanos se hacen presentes en el imaginario con una vela encendida, que es una plegaria para su mejora en un mundo diverso donde es difícil que se apliquen.

Me incorporo con humildad y con la ilusión de poder contribuir a la labor estatutaria. Decía Gabriela Mistral que hay que llenar de espíritu las paredes de los edificios, que solo son de ladrillos. Y creo que eso es lo que hacen en la actualidad su magnífico Presidente, José Luis Merino Hernández y sus ilustres miembros, que representan diferentes ramas y profesiones del Derecho. Detrás de las Instituciones hay personas y, en Aragón, han surgido y surgirán buenos juristas tanto por la tradición como por el carácter, dado que es una tierra muy apegada al Derecho. Esa cultura del Derecho ha dado lugar a generaciones que a lo largo de la historia han desplegado su labor aquí, por toda España y fuera de ella, como profesionales del Derecho y que han permitido que milagrosamente se mantenga el Derecho aragonés.

Unas palabras de reconocimiento y de agradecimiento que extiendo a todos los miembros de la Academia. Me pongo el último de la fila, a vuestra disposición, con el deseo de aprender y de contribuir a los debates y a las actividades. También me gustaría dar reconocimiento expreso a algunos miembros a los que he cultivado y que son un ejemplo, como José Antonio Escudero, catedrático de historia del Derecho y antiguo Presidente de la Real academia de Jurisprudencia y legislación; o Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor, abogado internacionalista, pionero como internacionalista práctico en Francia y en España y que ha llevado durante décadas el buen hacer de jurista.

También un recuerdo afectuoso para algunos iusinternacionalistas aragoneses, o que vivían en Aragón, que fueron ejemplo con su labor en las aulas de Derecho de Zaragoza y con los que inicié la vida universitaria hace más de tres décadas. A Fernando M. Mariño Menéndez, catedrático de Derecho internacional público en la Universidad de Zaragoza, entre 1982-1990, mi maestro, fallecido en 2018, un afectuoso recuerdo. A Cástor Miguel Díaz Barrado, Catedrático en la Universidad Rey Juan Carlos y Académico de número en la RAJL, del que siempre he tenido cerca su afecto y apoyo, mi reconocimiento y afecto. A Angel Chueca Sancho, que también fue catedrático en Zaragoza, y que falleció prematuramente en 2013, un afectuoso recuerdo.

Por último mi especial reconocimiento tanto como gran profesional del Derecho internacional como por su amistad hacia el académico de número Antonio Blanc Altemir, hasta ahora el único iusinternacionalista publicista en este foro. Aragonés dedicado al Derecho, desde tierras de la antigua Corona, como Catedrático de Universidad en Lérida, desde donde ha contribuido a avanzar en el conocimiento en temas tan variados como las organizaciones internacionales, la integración europea, la sucesión de Estados, el Derecho internacional o los derechos humanos. Muchas gracias, Antonio, por tu apoyo.

INTRODUCCIÓN

Indica el Diccionario de la Real Academia de la Lengua que un sistema es un conjunto de reglas o de principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí. El sistema universal de derechos humanos es el que se ha articulado en el Derecho internacional para su reconocimiento y protección.

Este sistema no es fruto de la razón, ni de un legislador central, sino que es un *producto socio-histórico*, lo que afecta a sus rasgos como sistema jurídico, a su coherencia de conjunto y a su alcance. Bobbio, en *El tiempo de los derechos*, explica que los derechos nacen donde pueden y como pueden. No son el resultado de visiones doctrinales o conceptuales sino de reivindicaciones y de realidades históricas en las que, como dijera Truyol, hay ríos de sangre derramados por la humanidad¹.

De ahí las denominadas *generaciones de derechos humanos*, que nacen en periodos históricos distintos en la Comunidad internacional y en los Estados. La primera generación nace con la revolución francesa y americana, en que emergen los derechos civiles y políticos, que buscan limitar el poder absoluto del Estado moderno, apareciendo el Estado liberal y el constitucionalismo; la segunda se vincula al nacimiento del Estado social, que la globalización parece poner en entredicho.

El *escenario* internacional de los derechos humanos es muy distinto, en ausencia de un Estado mundial y en una sociedad internacional en la que coexisten diferentes ideologías, niveles de desarrollo, culturas jurídicas y civilizaciones. La heterogeneidad dificulta el consenso y contribuye a mantener el debate sobre si la universalidad es todavía un objetivo a alcanzar. En muchos países los derechos humanos siguen sin ser eficaces. A pesar de las dificultades ha habido una *evolución positiva de los ordenamientos internos y de las prácticas y estándares internacionales de protección*. La violación grave de los derechos humanos ya no es una cuestión interna, nacional o doméstica, y se ha superado una visión clásica de la soberanía que ponía al resguardo de la crítica los incumplimientos, si bien en algunos continentes, como en Asia, la idea de soberanía sigue siendo muy clásica.

Muchos Estados se han adaptado a un *entorno jurídico más favorable a los derechos humanos*, como hizo España desde la Constitución de 1978, en que se abre a los derechos humanos, en virtud del art. 10, 2 de la Carta Magna, que sirve para interpretar los derechos reconocidos no para incorporar nuevos derechos. No

¹ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, 255 pp; TRUYOL, A., “Los derechos humanos en perspectiva histórica”, *IV Jornadas AEPDIRI*, Granada, 1979, p. 4.

se da rango constitucional a los derechos reconocidos en los Tratados internacionales pero el contenido de éstos puede ser el constitucionalmente declarado de los derechos y libertades del título I de la Constitución española (STC 26/1991). Sirven para interpretar el Derecho y para inspirar a los poderes públicos en la adopción de decisiones.

La situación de la sociedad internacional no es propicia para los derechos humanos. Es una sociedad compleja, conflictiva, desigual y descentralizada, que podría calificarse de primitiva y/o diferente, si la comparamos con las sociedades estatales. Sus rasgos no promueven la humanización, que también encuentra obstáculos en factores tales como la globalización, el debilitamiento del Estado, los intereses nacionales, los conflictos seculares (este-oeste, norte-sur, nuclear, espacial) y los más recientes (revolución digital, reforzamiento de los actores no estatales y de los grupos informales). Según sea la sociedad así es su derecho (*sic societas sibi ius*).

Para que los derechos humanos fuesen realmente eficaces habría que corregir *factores* como el racismo, el nacionalismo, el machismo, los radicalismos y muchos estereotipos que vienen de actitudes atávicas profundas como las que se tienen con las personas con discapacidad, cuya superación no se alcanza solo cambiando las normas. A ello se suma una *globalización* que, decía el profesor Carrillo, ha traído frente a la retórica de la indivisibilidad la invisibilidad de algunos derechos². Se globaliza la riqueza y la pobreza, habiendo una creciente desigualdad, que en sociedades que no son equitativas lleva al vaciamiento de los derechos humanos. Estamos en una deriva hacia sociedades polarizadas, lo que es mala cosa para los derechos humanos. América Latina es el continente con mayores niveles de desigualdad, pero no es el más pobre.

El Derecho internacional de los Derechos humanos es una *realidad, pero también es un proyecto de transformación, en construcción y de futuro*, que parte de un cierto idealismo. Forma parte de la realidad jurídica y de un discurso, de la *teoría y de la realidad* al tiempo. De ahí el título de la intervención. Los mitos y de las utopías tienen un papel en los avances del Derecho. Un exceso de realismo puede no ser realista pues, al fin y al cabo, *los derechos humanos avanzan entre luces y sombras, entre avances y retrocesos, de tal modo que el balance debe hacerse a vista de pájaro, en perspectiva caballera*³.

Reflexionar sobre los derechos humanos en el mundo debe hacerse *con distancia del paradigma estatal*. Estamos habituados a reflexionar sobre el Derecho

² CARRILLO SALCEDO, J.A., *Globalización y orden internacional, Lección inaugural leída en la solemne apertura del curso académico 2004.2005*, de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004, p. 15 ss.

³ SUR, S., "Système juridique international et utopie", *Archives de philosophie du Droit*, t. 32, *Le Droit international*, Sirey, 1981; DUPUY, R.J., "Droit, révolution, utopie", *Révolution et Droit international*, 435 pp.

desde la relación Estado-Derecho, que ha condicionado la manera de pensar, pero en la Comunidad internacional se genera un *Derecho sin Estado*, donde no hay un poder superior. Las Naciones Unidas no son un superestado, lo que hace que haya diferencias sustanciales entre el orden internacional y los ordenes internos. Hay características propias del Derecho internacional de los derechos humanos como la relevancia del soft law, del consenso, de la formación progresiva, de la costumbre, del relativismo, del particularismo, del consentimiento del Estado, que no se dan en los derechos estatales.

Es conveniente abordar los derechos humanos desde una *mentalidad diferente*. Por ejemplo, el *derecho a ser juzgado por un tribunal establecido por ley* no se interpreta en el orden internacional como en el orden constitucional. En el *Asunto Tadic* el Tribunal para la Antigua Yugoslavia tuvo que resolver la cuestión prejudicial del primer acusado que se sentaba en el banquillo, un serbio que había sido carcelero en un campo de concentración, y que sería finalmente condenado a veinte años de prisión. Su defensa planteó que el Tribunal no podía juzgarle pues había sido creado por una decisión ilegal del Consejo de Seguridad, que además era contraria al derecho de Tadic a ser juzgado por un Tribunal pre-establecido, según el art. 14.5 del Pacto de derechos civiles y políticos.

La Fiscalía consideró, del mismo modo que Estados Unidos, que planteó un *Amicus Curiae*, que el Tribunal no podía controlar la validez de la decisión que lo había creado. El tribunal era la criatura y el Consejo de seguridad era el creador, por lo que entendía que no podía controlar la validez de la decisión, lo que suponía un control judicial de un acto del Consejo. En una histórica decisión el Tribunal consideró que tenía competencias implícitas para dicho control, inherentes a la función de un tribunal y desarrolló la *teoría de los límites del poder del Consejo de Seguridad*, limitado tanto por la Carta de Naciones Unidas como por el derecho internacional, en la medida en que no es un *legibus solutus*, sino un órgano subsidiario, pero independiente, de una Organización internacional. Como era previsible el tribunal avaló la legalidad de la decisión del Consejo, y en cuanto al derecho de Tadic estimó que no cabía hacer las mismas interpretaciones en el derecho interno y en el Derecho internacional. La ausencia de Estado lleva a una interpretación del principio de legalidad diferente, más flexible, y a ver el conjunto del Derecho internacional desde otra perspectiva a la del derecho del Estado.

La sistemática de este análisis se divide en cuatro partes. En la primera vemos la creación del sistema universal, tanto antes de la Constitución internacional de los derechos humanos, en tanto que producto socio-histórico de la sociedad internacional, como después. En la segunda realizamos un análisis transversal, que permite ver cómo los derechos humanos han sido un elemento de gran importancia para que se produzca una transformación sistémica o revolucionaria del propio orden jurídico, resultado de esa humanización. Pero un análisis desde la

teoría del derecho también permite reflexionar desde cuestiones transversales que reflejan su lugar como una conquista del Derecho, en un orden sin Estado. En tanto que sistema dinámico dedicamos la tercera parte a reflexionar sobre las principales tensiones prácticas y teóricas que se han producido sobre el mismo en las últimas décadas; para abordar, finalmente, en la última parte, la cuestión de la sostenibilidad, desde diversos planos.

PRIMERA PARTE: Conformación del sistema universal

Los derechos humanos son un *producto histórico de la modernidad*. Los hitos de ese camino son el resultado de determinadas circunstancias históricas. Desde la creación de Naciones Unidas se irá abriendo paso una concepción más amplia de los derechos que llevará a su universalización y a la situación actual, a principios del siglo XXI.

Capítulo Primero. Los pilares en la modernidad

1. Los nuevos cimientos de la modernidad

En el tránsito a la modernidad se establecen las nuevas simientes desde las que brotan los derechos humanos. El terreno en el que se sembraron era el de un nuevo mundo en el que se rompía la unidad de religión y se conquistaban nuevas tierras en América habitadas por pueblos indígenas, no cristianos, en el siglo XVI. Esto fue como un *big bang* que cambió el mundo conocido hasta entonces y que daría paso, progresivamente, al mundo de los Estados, al sistema de Estados europeos (*Ius publicum europaeum*) y al Derecho internacional moderno, en el que no era fácil que germinasen los derechos humanos pues era exclusivamente interestatal. No regulaba ni se preocupaba por las personas, pero reaparece la idea de dignidad humana, al hundirse el edificio medieval basado en la *teoría descendente del poder* (que viene de Dios) y al buscarse unas nuevas bases para el Derecho moderno, así como por el contexto del renacimiento y de los cambios socio-económicos.

Cambia el sistema internacional al hundirse la República Cristiana, que se basaba en un derecho de origen divino⁴. La estructura medieval del poder era la

⁴ GONZALEZ SEARA, L., *El poder y la palabra. Idea del Estado y vida política en la cultura europea*, Ed. Tecnos, 1995, p. 16.

diarquía papado-imperio. Al romperse la unidad de religión por la emergencia de los protestantes se divide Europa en Estados católicos y protestantes, por lo que el fundamento no podía ser el mismo. Este es el origen del nuevo sistema que se basa en el *principio de soberanía e igualdad de los Estados*, en el que el máximo poder es de los soberanos. Se coloca a los Estados como *suma potestas (par in parem imperium non habet)*. El Papa pierde su poder legitimador, lo que se refleja tanto en los tratados de los pirineos como en los de Westfalia (1648), condenados por la Bula *Zel Domus*.

Este cambio se refleja progresivamente en la práctica internacional. Durante el siglo XVI los Reyes católicos se distancian del fundamento religioso de su poder, como evidencia que la conquista de América se basa primero en la *Bula Inter caetera* (1492) de Alejandro VI, pero que enseguida se asienta en los Tratados de Tordesillas (1494) y de Zaragoza (1529), entre España y Portugal. En aquellos años Francisco I es excomulgado por pactar con los turcos un Tratado de capitulaciones en 1521, por pactar con el infiel, con objeto de facilitar las relaciones comerciales, pero incumpliendo una regla medieval. Los Reyes de España mantienen durante un tiempo una visión tradicional al intentar Carlos V impulsar la idea de un Imperio católico universal, pero al fracasar abdica y se retira al Monasterio de Yuste, en Extremadura. Con Felipe II, y la Batalla de Lepanto, estamos en los estertores de ese mundo y las cruzadas serán cosa del pasado.

Esto no significa que los Estados no siguieran siendo confesionales, o que la evangelización no fuese un proyecto importante, como sucedió en América. Pero la cuestión religiosa se aborda desde la perspectiva de los principios al establecerse el *principio cuius regio eius religio*. La persecución de las minorías y las guerras de religión⁵ fueron un problema para la paz que se intentó resolver dando a los príncipes el derecho a elegir la religión del pueblo y a éste, si no coincidían, el *beneficium emigrationis*. La libertad religiosa, que sería uno de los primeros derechos en la modernidad, no se reconoce hasta la revolución francesa (art. 10 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, de 1789) y no forma parte del Derecho público europeo, hasta la segunda mitad del siglo XIX.

La religión sería durante siglos un instrumento de nacionalización. La Alianza Estado Iglesia se reflejaba en el papel de las Inquisiciones en toda Europa, tanto en el mundo católico como aún más en el protestante. Calvino acaba de un tajo con el derecho a la libertad de los cristianos por el que lucha la Reforma con la quema del aragonés Miguel Servet⁶. La situación que se vive en la modernidad

⁵ KAMEN, H., *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa moderna*, Alianza editorial, 1987, 253 pp., p. 30

⁶ ZWEIG, S., *Castellio contra Calvino. Conciencia contra violencia*, trad. De B. Vias, Acantilado, Barcelona, 2001, 250 pp, p. 153.

queda bien reflejada en la historia de la muerte de Juan Calas, que relata Voltaire en su *Tratado de la tolerancia*⁷ y en las consecuencias que tendrá.

El otro factor importante para los derechos humanos, paradójicamente, fue la *conquista de América* que llevó a plantear nuevas cuestiones que tenían relación con los derechos humanos. Supuso el descubrimiento de *terras incognitas*, pero también, como indicase J. Elliot, el *descubrimiento del hombre*, un encuentro entre dos civilizaciones, la cristiana occidental y la de los pueblos indígenas. La escolástica española legitimó la dominación y la conquista desde una *concepción universalista*, pues se llega a la convicción de que forman parte del género humano, de la humanidad no cristiana, y de que el Derecho internacional unía a los pueblos cristianos con los demás. Esta idea es la que lleva a considerar a Francisco de Vitoria uno de los padres fundadores del moderno Derecho internacional.

Desde un principio se denuncian los abusos que se cometen con los pueblos indígenas, primero por el Padre Montesinos, y posteriormente por Bartolomé de las Casas. Estas denuncias no caen en saco roto pues la Corona aprueba las *leyes de Indias* (1512 y 1542) e impulsa la *controversia de Valladolid*, de mediados del XVI, cuando en el colegio de San Gregorio, Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas debatieron sobre la violación de derechos humanos. El mayor Imperio de la época hacía un examen de conciencia sobre su comportamiento en derechos humanos, en una perspectiva que no harían los otros Imperios europeos que dominaron el resto del mundo, que legitimarían sus conquistas en la distinción entre *pueblos civilizados, bárbaros y salvajes*.

Cierto es que una cosa eran las leyes y otra la realidad. Como indicaba Don Quijote a Sancho Panza al hacerse cargo de la ínsula Barataria “no hagas muchas pragmáticas y si las hicieres, procura que sean buenas y, sobre todo, que se guarden y se cumplan; que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen”⁸. Hubo incumplimientos de las leyes de indias, pero la visión humanista no es comparable a la de otros Imperios europeos, que se basaría en una visión jerárquica e inhumana.

La conquista llevó a la sustitución de la *cristiandad por el género humano*, en una nueva concepción de la comunidad internacional con independencia de la religión de sus miembros. La idea de *género humano* en Suárez⁹ era muy avanzada y junto a Francisco de Vitoria y a otros autores sientan las bases teóricas de un *orden internacional secular*, desde un iusnaturalismo racionalista y desde

⁷ VOLTAIRE, *Tratado de la tolerancia*, Ed. Crítica, Barcelona, 1992, 170 pp.

⁸ HANKE, L., *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Ediciones Istmo, 1949, 1988.

⁹ DE LEGIBUS, Lib II, cap. 19, 9.

los derechos naturales¹⁰. Aparece la idea de una *humanidad no cristiana* y de un orden que encuentra su fundamento en la razón natural¹¹. La nueva fundamentación llevó al reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de las comunidades políticas no cristianas y a su igualdad jurídica¹². Vitoria tiene la idea de un *orbis* que se extiende al conjunto del género humano, con independencia de la religión, en una concepción humana del derecho de gentes que preparaba la vía de los laicizadores del Derecho internacional¹³.

Este pensamiento vitoriano también contribuiría a la fundamentación de los derechos humanos por su *teoría del poder y su concepción del bien común*¹⁴. El espíritu de conquista fue la fuerza motriz de la historia entre el siglo XV y el siglo XX, como analizase C. Schmitt, en su obra *El nomos de la tierra en el Ius publicum europaeum*. Pero no todos se comportaron del mismo modo. El reflujó que para los derechos humanos supusieron las conquistas del XIX, sobre todo en el reparto de Africa, fue notable, al abrirse paso el *principio de no universalidad del Derecho internacional* sobre la base de la distinción entre pueblos citada. El mundo entraba a fines del siglo XIX, en el apogeo del imperialismo (1870-1919) en una concepción más jerárquica de las personas, las culturas y los pueblos, contraria a los valores de igualdad y de dignidad humana.

2. El desarrollo progresivo de los derechos humanos

En la modernidad se dan escasos avances en la cultura internacional de los derechos humanos, entre el siglo XVI y el siglo XX, pero que fueron relevantes. En el siglo XVI se produce el tránsito del asilo religioso que daba la Iglesia al *asilo territorial de los extranjeros*. Desde su origen moderno será la soberanía del Estado el fundamento y límite de la protección internacional de los refugiados¹⁵.

La *revoluciones francesa y americana* tuvieron una relevancia inicial en los orígenes del principio de libre determinación de los pueblos y con el tiempo, sobre

¹⁰ TRUYOL SERRA, A., *La Sociedad internacional*, Alianza Universidad, Madrid, 1991, pp. 30-35

¹¹ PECES-BARBA, G., *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1981.

¹² TRUYOL SERRA, A., “El derecho de gentes como orden universal”, *La Escuela de Salamanca y el derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, Salamanca, 1993, pp. 17-25, p. 24.

¹³ BOEGNER, M., “L’influence de la réforme sur le développement du Droit international”, *RCA-DI*, 1925-I, p. 303.

¹⁴ CARRILLO SALCEDO, J.A., “Aportación de Francisco de Vitoria a los fundamentos filosóficos de los derechos humanos”, *La Escuela de Salamanca y el derecho internacional*, Salamanca, 1993, pp. 49 ss.

¹⁵ CHETAİL, V., “Théorie et pratique de l’asile en Droit international Classique: étude sur les origines conceptuelles et normatives en droit international des réfugiés”, *RGDIP*, t. 115, n1 3, 2011, p. 626.

el conjunto de los derechos humanos. Como señalara Redslob¹⁶ desde entonces el mundo se cubre bajo un cielo y unos astros nuevos, cuyo impacto se percibe hasta la actualidad. Aparece la idea de *nación*, en sentido cívico, en la que residirá la soberanía. La nueva filosofía abría perspectivas para el reconocimiento y la protección internacional de los derechos humanos. Además la revolución francesa (y también la independencia de Estados Unidos) tuvo una gran influencia en el constitucionalismo moderno y en la generalización de los derechos humanos desde el siglo XIX como también lo tendría la Constitución de Cádiz de 1812.

La revolución francesa cristalizó nociones básicas como las de *derecho subjetivo* y *principio de legalidad*, pilares del Estado de Derecho, en los que se ahorma la primera generación de derechos humanos¹⁷. La seguridad de un reo no exige tormento, se titula uno de los grabados del genial pintor aragonés, Francisco de Goya. El humanismo ilustrado, al que se refiere Tomás y Valiente¹⁸, trajo nuevos valores. Se proscribió el tormento o la tortura como forma de descubrir en determinados supuestos la verdad (*quaestio ad eruendam veritatem*), mediante la confesión del reo, lo que lleva a una revolución del proceso penal, en el sentido humanitario preconizado por el célebre César Beccaria a fines del siglo XVIII.

En la modernidad se conformará un *derecho común internacional de extranjeros*. Paradójicamente en aquel momento se trataba mejor a los extranjeros que a los nacionales, pues al ser los derechos humanos una cuestión nacional o interna no había reglas que limitasen el poder de los Estados, mientras que para los extranjeros sus países podrían preocuparse por ellos, y ejercer la protección diplomática en su favor, lo que dio lugar a unas prácticas internacionales que serían objeto de codificación en la Sociedad de Naciones. En el siglo XIX se desarrolla la *teoría del abuso de la soberanía* y la *teoría de la responsabilidad jurídica internacional* de los Estados por daños causados a los individuos sujetos extranjeros. También nace el *principio de las nacionalidades*, doctrina política que pretendía que toda nación tendría derecho a constituirse en Estado¹⁹. A pesar de su importancia política no llegó a penetrar en el derecho público europeo

Se produce, en expresión de Hazard, la *crisis de la conciencia europea*, un cambio de civilización. Estamos en el tránsito de la sociedad internacional

¹⁶ REDSLOB, "La doctrine idéaliste du Droit des gens proclamée par la Révolution française et par la philosophie de E. Kant", *RDIP*, XXXVIII, 1921, p. 442.

¹⁷ GARCIA DE ENTERRIA, E., *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza, Madrid, 1994, p. 102 ss.

¹⁸ TOMAS Y VALIENTE, F., *La tortura en España*, Ariel, Barcelona, 1974, 1994, pp. 7 ss.

¹⁹ THUAN, C.H., "Du principe des nationalités au droit des peuples à l'autodétermination: la consécration d'une ambiguïté initiale", *Droits de l'homme. Droits des peuples*, Fenet, A., Puf, París, 1981, pp. 17 ss.

monárquica a la sociedad internacional de Estados nacionales²⁰. Entre 1800 y 1945 un conjunto de fenómenos como el *constitucionalismo*, el auge del *humanitarismo*, la liquidación de los imperios coloniales, o la abolición de la *esclavitud* cambian el contexto de reconocimiento y protección de los derechos humanos. Es un momento marcado por la ausencia de una concepción y de un reconocimiento internacional de los derechos humanos. Un momento en el que el individuo tenía una posición marginal en el orden internacional, no era considerado un sujeto y la doctrina tenía una visión interestatal. Había una concepción clara de superioridad cultural occidental, en el marco del evolucionismo de Darwin, y no existía todavía una concepción internacional de los derechos humanos.

Aun con todo empiezan a ser reconocidos en el orden internacional algunos derechos con el de *libertad de religión*, o el *asilo*, así como la *prohibición de la esclavitud*. También desde la segunda mitad del siglo XIX se establecen los pilares del *Derecho internacional humanitario*, el denominado Derecho de la Haya, nace la noción de *intervención de humanidad*, en el marco de la cuestión de Oriente y la posibilidad en virtud de ella de que unos Estados ataquen a otros invocando la protección de los derechos humanos frente a violaciones masivas. No era necesaria esta doctrina pues en el Derecho internacional clásico el uso de la fuerza era una potestad del soberano que no requería sino declarar la guerra e indicar la causa. Ahora bien, nace pues no hubiese sido conforme a la práctica que un Estado agrediese a otro para proteger los derechos humanos de los ciudadanos del agredido, pues eso se consideraba una *cuestión interna, nacional o doméstica*. De ahí que nazca esa visión para superar la *doctrina de la cuestión interna o doméstica*. También hubo en el siglo XIX una rica práctica de *protección de minorías nacionales*, en el contexto del desmembramiento de los grandes imperios austro húngaro y otomano, a lo largo de esa centuria.

3. La Sociedad de Naciones y los derechos humanos

Fue muy relevante, aunque hoy prácticamente olvidada, la *Sociedad de Naciones*²¹ en los orígenes del sistema universal de derechos humanos. Al finalizar la guerra se habían hundido los Imperios otomano, alemán y austro-húngaro. El tránsito de los Imperios a los Estados llevó a que en Europa hubiese importantes bolsas de minorías nacionales, culturales y religiosas. La Sociedad de Naciones hizo una gran labor en derechos humanos pero el fracaso ginebrino la cubrió

²⁰ HAZARD, P., *La crisis de la conciencia europea (1680-1715)*, Trad de Julián Marías, Pegaso, Madrid, 1952.

²¹ GAMARRA CHOPO, Y., FERNANDEZ LIESA, C., (Dir), *Los orígenes del Derecho internacional contemporáneo: estudios conmemorativos del centenario de la Primera Guerra Mundial*, Institución Fernando El Católico, Zaragoza, 2015.

con el manto del olvido. El descalabro empieza a manifestarse en los años treinta, con el ascenso al poder de Hitler y el choque entre el fascismo y el comunismo, con Stalin al frente de la Unión Soviética.

Aún con todo se dieron importantes pasos para los derechos humanos. En primer lugar en la *lucha contra la impunidad de las graves violaciones*. Durante las negociaciones de paz el Presidente de la Conferencia de paz, Clemenceau, envió una misiva dura al Presidente de la delegación alemana en la que decía que la “guerra había constituido el *crimen más grande contra la Humanidad* (...). Es preciso que se haga justicia a millones de seres humanos”²². El art. 227 del Tratado de Versalles indicaba que el Tribunal juzgará sobre la “base de motivos inspirados en los más elevados principios de la política entre las naciones, con la preocupación de asegurar el respeto de las obligaciones solemnes y de los compromisos internacionales así como de la moral internacional”. Las disposiciones de los artículos siguientes se referían a la responsabilidad por crímenes de guerra así como por el genocidio armenio.

Aparecen desde entonces dos problemas que todavía permanecen. De un lado, la tradicional *teoría de la inmunidad de los Jefes de Estado*. El Kaiser Guillermo II de Hohenzollern se había refugiado en Holanda y cuando pidieron la extradición los aliados se solicitó consulta al profesor Simmonds, que dictaminó que el nuevo derecho (la no inmunidad) no podía iniciarse con una injusticia, pues el derecho de aquel tiempo contemplaba la inmunidad total de los Jefes de Estado. Bien era consciente de ello el Kaiser cuando, en sus memorias, escritas en 1922, indicaba que “no cabría reconocer la validez de ninguna sentencia pronunciada por ningún juez mortal cualquiera que fuese, pues las medidas que adopté como Emperador o Rey, en otras palabras, como el constitucional, no responsable, representante de la nación alemana porque, de hacer eso, se vería sacrificado el honor y la dignidad de la nación alemana que yo representaba”²³. Es la tradicional *teoría de la responsabilidad ante Dios o ante la historia*, pero no ante un Tribunal. Esa posición hoy en día se mantiene con los Jefes de Estado, pues su inmunidad tiene el sentido funcional de proteger al máximo representante de un Estado, y se fundamenta en el principio de igualdad, el *par in parem imperium non habet*. Ha cedido algo hoy con los ex jefes de Estado, que pierden la inmunidad, así como también en contextos determinados como la Corte Penal internacional.

De otro lado aparecieron cuestiones tan actuales como la *parcialidad de las cortes nacionales para autojuzgarse por crímenes internacionales*, después de una guerra, o el que solo se juzga a los *vencidos*, y no a los vencedores, o el que

²² Publicada en el Instituto Iberoamericano de derecho comparado. El Tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes, Madrid, 1928, 531 pp, p. 127 ss.

²³ Kaiser William II, *My memoirs. 1878-1918*, Cassell and Company, Londres, 1922, p. 289.

hay crímenes sin castigo, cuando los que los cometen tienen el poder, fenómenos todos ellos siempre presentes. Aunque se creó un Tribunal en Leipzig, sobre la base de los arts. 228-230 del Tratado de Versalles y desarrollado por una ley alemana de 18-XII-1919, para juzgar los crímenes de guerra cometidos por Alemania ese Tribunal se dedicó a absolver a los acusados de crímenes de guerra, lo que mostraba la importancia de crear un Tribunal internacional. En el caso de Turquía la oposición gubernamental y social hizo desfallecer siquiera el intento de creación, con lo que el genocidio armenio desde entonces ha sido un crimen sin castigo ni reconocimiento.

En esa época se inicia el *derecho social internacional*, con la creación de la Organización internacional del Trabajo, y se inician otros *derechos económicos, sociales y culturales* y *el desarrollo de derechos civiles y políticos*, que dieron lugar a la convención internacional de la *trata de blancas* (1921), a la convención internacional de la *esclavitud* (1925) o a la creación del *Alto Comisionado para los refugiados* (1921), liderado por el célebre Nansen. Asimismo aparece en el discurso político de líderes como Wilson o Lenin el *principio de libre determinación*, sin un contenido preciso en el orden internacional en ese momento, como un discurso de las nuevas potencias que habían emergido en el sistema internacional (EEUU, URSS) y que no eran Imperios coloniales.

Pero será en la *protección internacional de las minorías* donde la Sociedad de Naciones crea el *primer sistema internacional de protección de derechos humanos* mediante la celebración de 23 instrumentos internacionales entre la organización y un conjunto de Estados europeos. Fue un sistema regional, no generalizado, que tenía una doble finalidad humanitaria y política, para evitar que la cuestión de las minorías fuese un problema para la paz. A tal efecto se dio un reconocimiento y un estatuto a las minorías (*derecho a la nacionalidad, derecho a la igualdad, derecho a la vida, a la libertad individual y a la libertad de cultos, derechos lingüísticos, derechos escolares*). Se estableció un procedimiento internacional de protección, una garantía, que era la innovación más importante del régimen de protección, primer ejemplo de modelo de control internacional. El régimen de protección giraba en torno al derecho de petición que creó las primeras formas de control internacional de cumplimiento de las obligaciones de los Estados en derechos humanos, desde una organización internacional.

Este primer sistema permite observar algunas de las *lecciones de los sistemas de protección*. La doctrina de la época puso de relieve los peligros que para los derechos humanos tiene la denominada *politización*; era difícil desvincular el modelo de la evolución de las relaciones internacionales; asimismo en ocasiones las propias minorías abusaban del sistema, utilizadas por los Estados, fundamentalmente Alemania, que tenía más de diez millones de personas de cultura alemana fuera de sus fronteras. El sistema tenía mucho sentido, como demostrarían

los crímenes cometidos. Al margen de la guerra, como analizan Snyder o Lowe²⁴, Europa se convierte en un *continente salvaje*, en unas *tierras de sangre*, como consecuencia de los extremismos ideológicos y del nacionalismo. No se debería hoy olvidar esta lección, cuando tanto aumenta el nacionalismo en Europa.

Capítulo segundo. La universalización del sistema

1. La Constitución internacional de los derechos humanos.

La creación de Naciones Unidas busca evitar una tercera guerra mundial, para lo que se creaba el *sistema de seguridad colectiva*. Los derechos humanos aparecen indirectamente en las referencias a las atrocidades de la guerra y como objeto de cooperación. El art. 1, 3 de la Carta se refiere a la cooperación en el “desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”, lo mismo que hay otras referencias en los arts. 13, 62-3, 68, 73 o 76.

El sueño kantiano de la paz a través del Derecho se concreta en el principio de *prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales* (art. 2,4) pero solo se ponía *una semilla en derechos humanos, que podía germinar o no*. La Carta de Naciones Unidas no establecía un nuevo *principio constitucional o estructural del Derecho internacional* que tuviese tal objeto. No está ni en el frontispicio de los propósitos ni en los principios del art. 2. En todo caso la semilla fructificó, y el principio de protección de los derechos humanos se conforma en el proceso de codificación y desarrollo progresivo de los mismos. Se produce en varias décadas la *humanización del Derecho internacional y la universalización de los derechos humanos*.

Un faro que iluminó el camino fue la *Declaración universal de derechos humanos*, que aprueba la Asamblea General de Naciones Unidas el 10/XII/1948. Incluyó la balanza a favor de los derechos humanos, siendo un gran paso en la historia de la humanidad²⁵. *El principio de protección internacional de los derechos humanos es, pues, el resultado de la dinámica de Naciones Unidas, no un pilar*

²⁴ SNYDER, T., *Tierras de sangre. Europa entre Hitler y Stalin*, Galaxia Gutenberg, 2012; LOWE, K., *Continente salvaje. Europa después de la Segunda Guerra Mundial*, Galaxia Gutemberg, Círculo de lectores, 2012.

²⁵ KENNEDY, P., *El Parlamento de la Humanidad. La historia de las Naciones unidas*, Editorial Debate, 2007; BLANC ALTEMIR, A., (Dir), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración universal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.

previo. La creación de una comisión encargada de identificar los derechos humanos tuvo lugar porque la Carta no establecía un catálogo. Presidida por Eleonor Roosevelt, y bajo el impulso intelectual de René Cassin, desarrolla los valores de la *dignidad, la igualdad, la seguridad, la solidaridad o la identidad*. Fue el resultado de muchas consultas gubernamentales y de aportaciones de la sociedad civil durante varios años. Desde entonces ha sido el principal referente para los derechos humanos en la Comunidad internacional y ha servido de horizonte en el proceso de desarrollo progresivo y de universalización de los mismos.

Se han superado viejos debates sobre su *naturaleza jurídica*. La Declaración refleja el Derecho internacional general o consuetudinario aplicable. Si bien se proclama como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones debían esforzarse, setenta años después la Declaración refleja el *derecho internacional consuetudinario* en derechos humanos. La *opinio iuris* y la práctica internacional han sido objeto de múltiples declaraciones de la Comunidad internacional y de la práctica de los Estados mediante leyes, tratados, políticas, sentencias, actos en instituciones internacionales y otros elementos.

Este proceso de *universalización de los derechos humanos* y de humanización del Derecho internacional brilla con luz propia y desemboca en la *Constitución internacional de los derechos humanos*, formada por la *Declaración y por los pactos de derechos humanos (de derechos civiles y políticos, uno, y de derechos económicos, sociales y culturales, el otro, ambos de 1966)*, que fueron un compromiso entre una visión liberal y una visión socialista de los derechos.

Esto supuso el reconocimiento universal del *derecho a la vida, a no ser sometido a torturas y tratos o penas inhumanas o degradantes, la prohibición de la esclavitud, el principio de legalidad, de igualdad, el derecho a la libertad, a un juicio justo, a circular libremente, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, opinión y expresión, reunión y asociación, a participar en el gobierno del país, de asilo, a casarse y fundar una familia, o la prohibición de injerencias en la vida privada, o de hacer propaganda en favor de la guerra y apología del odio, el derecho al trabajo, de sindicación, a la seguridad social, a la protección de la familia, a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la educación y a participar en la vida cultural*.

Estos derechos se han visto enriquecidos por el desarrollo convencional y de la práctica, lo que ha permitido que en la actualidad todo este elenco esté consolidado en el Derecho internacional, tras un *proceso de especificación, y de regionalización, y por la interpretación extensiva que se ha hecho de los mismos*. La aparición del Derecho internacional de los *refugiados*, el proceso de regionalización de los derechos -con la creación del sistema europeo, americano y africano-, los tratados de reconocimiento de los derechos de la *mujer*, prolegómenos de la Convenio general de 1979, los desarrollos en la *humanización de los conflictos* -con los convenios de Ginebra de 1949 y los protocolos de 1977 junto a otros

muchos tratados de derechos humanos irán creando una telaraña convencional y de instrumentos no obligatorios²⁶.

Progresivamente se conforma un amplio conjunto de instrumentos internacionales de reconocimiento de los derechos humanos y también el desarrollo de normas protectoras de las personas y grupos vulnerables. Además, la *descolonización* contribuiría a la formación del *principio de libre determinación de los pueblos*, que ampara diversos desarrollos jurídicos, en la lucha contra el apartheid, el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, o el derecho de los pueblos coloniales y subyugados a liberarse de la opresión. Estos desarrollos han sido posibles a pesar de los obstáculos, pues los derechos han avanzado entre riquezas y pobreza. La *guerra fría* ralentizó su desarrollo pues no casaban bien la concepción socialista y la concepción occidental lo que se refleja en la CSCE (Conferencia de Seguridad y cooperación en Europa, Acta Final de Helsinki, 1975), donde los derechos serían un arma de confrontación más que de cooperación.

A principios del XXI aparecen nuevas tensiones, como la derivada de la *dialéctica entre la libertad y la seguridad* en la lucha contra el terrorismo internacional, en la guerra de Iraq y Afganistán, en Siria, Guantánamo, Abu-Graib (y las torturas), los asesinatos selectivos, o los vuelos de la CIA. Los derechos humanos y el Estado de derecho son un límite infranqueable en la actuación de los Estados aún para alcanzar objetivos legítimos. El triunfo del capitalismo sobre

²⁶ Así, como ejemplos de convenios que fueron especificando el Derecho internacional de los derechos humanos, entre otros muchos, el convenio de prevención y sanción del crimen de genocidio (1949), los convenios de Ginebra de derecho humanitario, el convenio sobre igual salario por un trabajo de igual valor (1951), los convenios de protección de la mujer, de los años cincuenta, el convenio sobre el estatuto de apatridia (1954, 1961), los convenios sobre no discriminación en el empleo, o en la enseñanza, de los años sesenta, el convenio contra la tortura (1984), de derechos de la mujer o del niño (1978, 1989), con sus respectivos protocolos, el convenio sobre pueblos indígenas y tribales (1989), sobre trabajadores migrantes (1990), sobre peores formas del trabajo infantil (1999), la Carta de Niza de derechos humanos (1990), el convenio de desapariciones forzadas (2006), de protección de las personas con discapacidad (2007), entre otros muchos. Junto a los convenios hay muchos instrumentos de *soft law* en el Derecho internacional de los derechos humanos, que también tienen importancia. Por ejemplo, entre otros muchos, la Res 2312 sobre asilo territorial (1967), la Declaración sobre el desarrollo social (1969), la Declaración universal de erradicación del hambre (1974), la Declaración sobre el progreso científico en interés de la humanidad (1974), sobre la raza y los prejuicios raciales (1978), sobre el derecho de los pueblos a la paz (1984), sobre el derecho al desarrollo (1986), los Principios para las personas sometidas a detención o prisión (1988), sobre tratamiento de reclusos (1990), el plan de acción de personas mayores (1991), sobre protección enfermos mentales (1991), la Declaración de minorías (1992), la Res 1994 AGONU sobre Instituciones nacionales de derechos humanos, los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura (1995), la declaración universal sobre la diversidad cultural (2001), la declaración sobre derechos de los pueblos indígenas (2007), los Principios rectores empresas y derechos humanos (2011), los principios rectores deuda y derechos humanos (2012), las reglas mínimas ONU sobre tratamiento de los reclusos (2015, reglas Mandela) etc..

el comunismo trajo una ola neoliberal que bajo el nombre de la *globalización* ha deteriorado las conquistas del Estado social, los derechos sociales, como consecuencia de un proceso en el que la economía desborda al Estado, produciendo el debilitamiento del principal garante de los derechos.

Junto al reconocimiento también es importante la *interpretación dinámica y evolutiva* de los derechos, como sucede con los desarrollos en torno al *Derecho internacional de las personas con discapacidad*. La *convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* parte de un *nuevo enfoque* que concibe la discapacidad desde un modelo social. Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que todas las personas, pero el goce real y efectivo requiere una aproximación de toda la sociedad, pues no es una cuestión individual sino de la sociedad el estar adaptados a la diversidad de la humanidad. En derecho español se está haciendo un importante esfuerzo por *adaptar el derecho interno al Derecho internacional*²⁷. Otros ejemplos que muestran el carácter dinámico de los derechos es la interpretación extensiva del contenido del *derecho a la vida* con dimensiones impensables hace unas décadas, como se deduce del *comentario número 36 del Comité de derechos humanos*, en relación con las obligaciones del Estado en cuestiones como el suicidio, la eutanasia o el aborto. El *asunto Vicent Lambert* reabrió el debate sobre el derecho a la vida en Francia, con posiciones diferentes abanderadas por los padres y la esposa, mostrando algunas aristas del debate. Lo mismo puede decirse del derecho a la vida y el medio ambiente, donde la corte interamericana²⁸ ha analizado las obligaciones del Estado a la novedosa luz del principio de precaución (prevenir y regular actividades), del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* y de las obligaciones de prevenir, regular, supervisar daños, cooperar, notificar e informar. O, finalmente, la interpretación que se hace en la actualidad del *derecho a una alimentación adecuada* que, indica el Comité, se ejerce si se “tiene acceso físico y económico, en todo momento, a una alimentación adecuada, o a medios para obtenerla: los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para aliviar y mitigar el hambre”²⁹.

²⁷ Junto a la ley 21/2011 de 1 de agosto de adaptación normativa a la convención y la ley general de derechos de las personas con discapacidad (Real decreto de discapacidad e inclusión social 1/2013, de 29 de octubre) está en tramitación una de las mayores reformas del código civil, que eliminará la tutela (a los mayores de edad), la patria potestad prorrogada y rehabilitada, al mismo tiempo que refuerza la figura del guardador de hecho, la curatela y el defensor judicial. El nuevo régimen no se basa en la incapacitación, sustitución y representación de la persona con discapacidad (salvo en casos muy excepcionales, cuando no es posible determinar su voluntad, deseos y preferencias) sino en un sistema de apoyos que pretende que se respete la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

²⁸ Opinión consultiva 23/17 de 15/XI/2017 sobre medio ambiente y derechos humanos

²⁹ Al interpretar el art. 11, 2 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales. *Observación General n° 12, de 12/IV/1999 del CDESC sobre el Derecho a una alimentación adecuada*, pág. 6.

2. Órganos y mecanismos de control.

La *Asamblea General de Naciones Unidas* es el mayor foro de concertación de la Comunidad internacional, autora de grandes consensos como la *Declaración universal de derechos humanos* (1948), la *Declaración sobre la independencia de los pueblos coloniales* (1960), la *Declaración sobre el derecho al desarrollo* (1986), la *Declaración sobre los derechos de las minorías* (1992) y los *pueblos indígenas* (2007) o la *Declaración sobre los objetivos de desarrollo sostenible* (2015), entre otras muchas. Pero no es un órgano de tutela o protección sino de promoción. Puede impulsar tratados, pero solo son obligatorios si se comprometen los Estados.

Al acabar la guerra fría la Asamblea creó el *Alto comisionado para los derechos humanos*. Es el más alto funcionario en derechos humanos y realiza una función administrativa de organización del sistema más una función diplomática de promoción de los derechos mediante el diálogo con los gobiernos, la realización de gestiones, la promoción de nuevas ideas etc... Es un administrador del sistema internacional a la par que un promotor diplomático de los derechos. Varios miles de funcionarios internacionales trabajan bajo su mando tanto en la sede de ONU como en las oficinas regionales, en las misiones de paz y supervisan las violaciones, la aplicación de los tratados, las operaciones en el terreno y la gestión de los mecanismos de derechos humanos

Durante las primeras décadas el sistema universal basculó en torno al ECO-SOC (*Consejo económico social*), del que dependían la comisión y la subcomisión de derechos humanos, sustituidas en 2006 por el *Consejo de Derechos humanos*, órgano subsidiario por Asamblea General de Naciones Unidas, creado para impulsar el sistema. Compuesto por representantes de 47 Estados miembros, es un órgano de naturaleza política que crea comisiones de investigación -como en tiempos recientes ha hecho con Venezuela, Palestina, Siria o Sudán del Sur-, adopta resoluciones (más de 2000), supervisa la labor de los titulares de los mandatos de los procedimientos especiales y gestiona la participación de los países en el mecanismo de examen periódico universal (EPU). Los límites de los poderes del Consejo son grandes, tanto por su naturaleza política como fundamentalmente por la limitación de sus poderes, que nada tienen que ver con los del *Consejo de Seguridad*.

Desde la *ampliación de la noción de amenaza a la paz*, en los años sesenta, el *Consejo de Seguridad* puede adoptar medidas de naturaleza coercitiva, en virtud del capítulo VII, cuando se producen graves violaciones de los derechos humanos. Así lo hizo al crear los tribunales ad hoc para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, o al adoptar sanciones frente al apartheid, en relación con Rodesia y Sudáfrica, así como en otros muchos asuntos. Por ello cuando el Consejo de seguridad no actúa ante un genocidio, crimen de guerra, de agresión o contra la humanidad es por el bloqueo político entre las grandes potencias que tienen dere-

cho de veto (Rusia, Estados Unidos, China, Reino Unido y Francia), no por falta de una cobertura normativa.

El bloqueo del sistema de seguridad colectiva dio lugar a la creación de las *Operaciones de mantenimiento de la paz* (los casos azules), en los años cincuenta, en el contexto de la guerra de Corea, que se basan en el *principio del consentimiento*. Desde la caída del muro las llamadas *operaciones multifuncionales* (y no solo de interposición), han incluido importantes funciones en derechos humanos como la desmovilización, el retorno de desplazados y refugiados, la concienciación de la sociedad civil o el establecimiento de leyes y políticas en derechos humanos. En la actualidad hay unos 70.000 cascos azules en más de veinte operaciones de paz, con operaciones que llevan décadas como las del Sáhara, Líbano, Chipre etc.

El sistema es más de *promoción* que de tutela o protección. La familia de Naciones Unidas realiza una importante función a través también de sus organismos especializados, como la UNESCO, la OIT o la FAO, de sus órganos subsidiarios, Fondos y programas (PNUD, PNUMA, Onu-Mujeres, Fondo de Población, ONU hábitat, UNICEF, ACNUR etc.), entre otros muchos. Naciones Unidas tiene límites intrínsecos pues el *principio de universalidad prevaleció sobre el principio de legitimidad*, en un mundo en el que la mayor parte de los Estados no son democracias plenas. De otro lado los *órganos de control* carecen de las debidas garantías de los Tribunales nacionales o internacionales, en cuanto a la designación de sus miembros, el procedimiento de actuación y las competencias del órgano, al no haberse producido una *cesión del ejercicio de la soberanía del Estado en virtud del principio del consentimiento y del principio de atribución de competencias* que permita considerar que se ha producido una cesión de competencias judiciales a los órganos onusinos. El *sistema institucional de derechos humanos está en construcción y no goza de las debidas garantías de una Organización de Derecho*.

Los mecanismos de control tienen por objeto promocionar que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales. El mecanismo más reciente es el *examen periódico universal* (Res 18/VI/2007), en el que los Estados hacen un análisis de su situación y asumen nuevas tareas en la materia. Se trata de un mecanismo intergubernamental, soft, cooperativo, basado en un diálogo interactivo y en que un Estado asume voluntariamente compromisos y promesas en derechos humanos. También es de corte clásico el *mecanismo de informes*, en virtud del cual los Estados tienen la obligación periódica de presentar informes sobre el cumplimiento de sus obligaciones convencionales ante el comité de que se trate en cada convenio. Se realiza un *diálogo constructivo* entre el Comité y el Estado, que desemboca en unas *observaciones finales* y en unas *recomendaciones*. El objeto es mejorar la efectividad de los derechos y que los Estados asuman periódicamente las mejores prácticas y se comprometan a adoptar las mejores

medidas legislativas o de otra naturaleza para el efectivo cumplimiento de sus obligaciones.

El sistema de *quejas, observaciones, comunicaciones, denuncias o peticiones* está previsto en los protocolos facultativos de una decena de tratados, por lo que solo se aplica a aquellos Estados que se han comprometido por los mismos, que son una minoría. Los particulares presentan una comunicación contra un Estado por una presunta violación de una obligación. Para que sea admitida no debe ser anónima, la persona debe estar bajo la jurisdicción del Estado, no debe ser abusiva, debe presentarse por una víctima que debe haber agotado los recursos internos, salvo que no sea posible. Con la información del autor y la que presenta el Estado parte por escrito el Comité “presenta sus observaciones al Estado parte interesado y al individuo” (art. 5, 4 del protocolo). Los Estados deben contestar en seis meses. Los peticionarios deben elegir entre el sistema internacional o los sistemas regionales.

Junto a estos mecanismos convencionales destacan los denominados extraconvencionales, como el *procedimiento público especial 1235* que cuenta con 13 relatores geográficos y 43 temáticos. Los *relatores geográficos* analizan la situación de los derechos humanos en determinadas regiones o países y los *relatores temáticos* abordan cuestiones que afectan a los derechos humanos o a un derecho en concreto. Funcionan con un mandato en el que se determinan sus funciones y con un código ético, sin una remuneración más allá de las dietas. Su labor es importante para identificar obstáculos, determinar las mejores prácticas, hacer recomendaciones y observaciones a los gobiernos, estudiar los derechos y proponer avances etc.. Pero sus funciones de protección no están previstas sino de manera excepcional. Algunos mandatos temáticos pueden tratar casos individuales, como el grupo de trabajo de desapariciones forzadas, el relator de la tortura, de detenciones arbitrarias o de ejecuciones extrajudiciales, y realizar llamamientos urgentes con objetivo humanitario.

Los relatores han ido admitiendo comunicaciones o denuncias para prevenir, detener o investigar violaciones y, en su caso, informar al Consejo de Derechos humanos. Se pueden enviar denuncias individuales confidenciales (de violación o de riesgo de violación) y se puede invitar a los gobiernos a hacer observaciones sobre la denuncia (bien sea llamamientos urgentes, o cartas de alegación). En la comunicación debe identificarse a la víctima, al presunto autor de la violación, la descripción de las circunstancias, indicar si se consiente o no que se hagan públicos los nombres de las víctimas y debe estar motivada y sin lenguaje abusivo.

De otro lado el *procedimiento 1503* permite realizar una denuncia ante el Consejo de Derechos humanos, que se activa en su caso cuando se considera que existe un cuadro persistente de violaciones de derechos humanos. Personas, grupos u ONGS, víctimas o con conocimiento directo pueden interponer denuncias de violaciones de derechos humanos ante el Consejo de derechos humanos. Hay un *grupo*

de comunicaciones y un grupo de situaciones, cuyos criterios de admisión son la ausencia de motivación política, la presunta violación de la obligación, la utilización de un lenguaje no insultante, que no se base solo en información de medios de comunicación, que no se esté ocupando ya un procedimiento especial y que se haya producido el agotamiento de los recursos internos, salvo que sean ineficaces.

Este procedimiento es confidencial. Las comunicaciones admitidas se transmiten al Estado para recabar su opinión sobre las denuncias. Luego hay una reunión a puerta cerrada del Consejo de derechos humanos. Se examina de manera confidencial y pueden decidir considerar la situación o seguir analizándola, nombrar a un experto para que le informe, indicar al Alto Comisionado que preste asistencia técnica, dejar de considerar la cuestión en forma confidencial y hacerla pública. Se publica un informe de comunicaciones, de todos los relatores, que se presenta al Consejo de derechos humanos, que contiene además solo los llamamientos urgentes del grupo de detenciones y desapariciones.

3. La relevancia jurídica del sistema.

Los órganos y mecanismos del sistema universal no son judiciales. Son o bien de naturaleza política, o bien están compuestos por expertos, por lo que sus decisiones no tienen la naturaleza de cosa juzgada. Los mecanismos de control son en gran parte preventivos, mediante los que se busca promover el cumplimiento de las obligaciones mediante mecanismos no judiciales, que han proliferado tanto en Naciones Unidas como en otros organismos internacionales, creados por convenios internacionales (mecanismos convencionales) o por organizaciones (extraconvencionales), en los denominados procedimientos públicos especiales, en la terminología onusina³⁰.

Para evaluar el valor jurídico de lo que indican los diferentes órganos individuales o colectivos hay que diferenciar. Aunque no tengan el valor de cosa juzgada, el sistema universal tiene relevancia jurídica en la revisión de leyes, de la propia jurisprudencia (incluso en casos concretos en casos determinados), de las prácticas y de interpretaciones realizadas por los Estados y también pueden tener otros efectos. Solo un necio confunde valor y precio. Su valor para el progreso de los derechos humanos es importante, pero podría serlo más si se judicializase. *Suponen un permanente proceso de reflexión y evaluación del comportamiento de los Estados en derechos humanos. Como avisamos hay que huir del paradigma estatal para entender el valor del sistema, que no es mimético ni tiene la filosofía que tienen los mecanismos de derecho interno.*

³⁰ WEBER, A., *Les mecanismes de control non contentieux du respect des droits de l'homme*, Ed. A. Pedone, París, 2008. 410 pp.

Para establecer el valor de los informes de los *relatores* hay que atender a su mandato, en que se especifica el alcance de sus poderes. Lo que indican son recomendaciones. Por lo demás los poderes de los Comités se concretan en *observaciones general y finales* así como en *decisiones* sobre casos concretos. Las *observaciones generales* sobre la interpretación de un Tratado constituyen interpretaciones de expertos sobre la manera de cumplir una disposición convencional. Tienen valor orientativo para los Estados, pero no tienen un efecto jurídico preciso ni van dirigidas a un Estado en concreto. Las *observaciones finales* que hace un comité sobre un Estado determinado en virtud del mecanismo de informes tiene una naturaleza recomendatoria y no crean nuevas obligaciones para los Estados que no tuvieran previamente en virtud del Tratado. Pueden y deben iluminar a los Estados partes a la hora de cumplir con sus obligaciones.

Otra cuestión es determinar el valor jurídico de las *decisiones de los Comités en un asunto concreto*, cuando se ha considerado que un Estado ha vulnerado el pacto de que se trate en relación con una persona o en un asunto determinado, en virtud de una queja. Tradicionalmente los tribunales españoles han considerado que no eran vinculantes. Tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional mantenían que como no eran órganos judiciales sus decisiones no tenían el valor de una sentencia y no eran tenidas en cuenta. Esta posición no tenía en cuenta que los Tratados de derechos humanos en los que España es parte están vigentes y que en virtud de los arts. 96 y 10, 2 de la Constitución deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar los derechos fundamentales.

Para el Comité de derechos humanos una decisión es un “pronunciamiento autorizado de un órgano establecido en virtud del propio pacto y encargado de la interpretación de ese instrumento” (par 13). A su juicio los Estados tienen la “obligación de cooperar con el Comité en virtud del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones convencionales” (pár 15).

Las decisiones de los Comités no tienen naturaleza de sentencia ni el Comité es un órgano judicial por lo que, en sentido estricto, no son obligatorias para el Estado, ni son directamente aplicables, lo que no significa que no tengan relevancia jurídica. A nuestro juicio un Estado puede desviarse pero debería motivar su conducta y explicarla. Una decisión en un asunto concreto tiene efectos jurídicos y debe ser tenida en cuenta por el Estado. No cabe duda de que los tratados de derechos humanos generan obligaciones internacionales para España. Si el órgano o comité de que se trate ha hecho interpretaciones razonables en un caso concreto o en relación con cuestiones generales dicha interpretación sería vinculante para España pues el convenio y las disposiciones que contiene son obligatorias. Ahora bien, puede que el Comité no haya tenido en consideración toda la información jurídica y fáctica que ha tenido en cuenta el Tribunal sentenciador, por ejemplo, y la decisión sea errada, y el Estado no tiene la obligación jurídica de seguir esa decisión, pues el proceso del Comité no tiene las debidas

garantías que el propio pacto de derechos civiles y políticos exige a los sistemas jurídicos nacionales, ni el Estado ha prestado el consentimiento en obligarse con un alcance distinto al citado.

Cabe traer a colación a este debate la *sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo número 1263/2018*, que estimó que ante la inexistencia de un “cauce específico y autónomo para hacer efectiva en el orden español las recomendaciones impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes” es posible “ admitir en este caso que ese dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”. En este caso la hija de la demandante había sido asesinada por su pareja, el 24 de abril de 2003. Una muerte que se habría evitado si la Administración de justicia hubiese funcionado correctamente, mantiene el Comité, pues era una situación de alto riesgo que había dado lugar a 47 denuncias. El Ministerio de Justicia el 3/XI/2005 había desestimado una reclamación, lo mismo que la Audiencia Nacional, en 2008, y el Tribunal Constitucional, un recurso de amparo. La recurrente fue al *Comité de derechos de la mujer*, del pacto, que adoptó una decisión el 16 de julio de 2014 (47/2014) en la que recomendaba al Estado “otorgar a la autora una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos” y “llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección”.

Se ha querido ver en esta decisión una transformación radical sobre el valor jurídico que en derecho español tendrían las decisiones de los Comités de derechos humanos en casos concretos. No es tal, pues el Tribunal Supremo se atiene a las circunstancias del asunto. Así, indica (FJ3):

“en este caso la Administración vulneró su derecho a la igualdad y a no ser discriminada por razón de sexo, a la integridad física y moral y a la tutela judicial efectiva y ello por no asumir la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial y poner fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la mujer por haber sufrido un acto de discriminación derivado de una situación de violencia sobre la mujer, que le vinculaba en los términos de la convención y el protocolo facultativo”.

No cabe duda de que los Tratados de derechos humanos generan obligaciones internacionales para España en materia de derechos humanos. Pero *no existe una aplicabilidad directa ni una obligación para el Estado de seguir la interpretación del Comité, lo que no obsta a que el órgano interno español deba motivar las razones para desviarse del sentido.*

La sentencia núm 1/2020 de la Salta tercera del Tribunal Supremo ha aclarado, con ocasión del dictamen 25/07/2007 del Comité de derechos humanos y la

violación por España del art. 14, 5 del PDCP (y el derecho a la doble instancia) que no se dan los presupuestos para un recurso de revisión de una sentencia firme del Tribunal supremo por una decisión de un Comité de derechos humanos. No procede (FJ 6), indica, equiparar las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos con las recomendaciones o dictámenes de los distintos comités de las variadas organizaciones que se pronuncian sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por España en materia de derechos humanos. La ley española solo atribuye a las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos, y en determinadas presupuestos, la condición de título habilitante para un recurso de revisión contra una resolución judicial firme.

Los mecanismos de control no contencioso de derechos humanos se han multiplicado no solo en Naciones Unidas, sino también en otras Instituciones. Habría que reforzarlos para garantizar que las decisiones de los Comités tengan plena validez por resultar de un proceso decisorio que cuente con las garantías debidas. La *resolución 68/268 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada por consenso en 2014 impulsaba el fortalecimiento del sistema de órganos de tratados*. En todo caso, como indica Cardona Llorens, a pesar de que fue un avance positivo, “no garantiza la independencia, ni la especialización, ni la competencia, ni la disponibilidad, ni la equidad de género ni la multidisciplinariedad. En un número no despreciable de expertos electos, presentan graves carencias para conseguir que el órgano de control del que forman parte sea efectivamente independiente, representativo y experto (...)”³¹. No está garantizado el debido proceder de estos órganos, que por lo demás realizan una loable labor, pero que para convertirlos en judiciales habría que reformar los tratados internacionales, sus competencias y funciones de conformidad con el Derecho internacional y el derecho español. Por lo demás al adherirse a un Tratado los Estados deben ser conscientes, de ser el caso, de que ceden el ejercicio de competencias judiciales a un órgano internacional, pues no sería lógica una transferencia inconsciente del poder judicial, pues sería inconstitucional e iría contra el principio de separación de poderes y la independencia judicial.

³¹ CARDONA LLORENS, J., “Los mecanismos institucionales para la protección de los derechos humanos como interés público global: el fortalecimiento del sistema de órganos de Tratados de Naciones Unidas”, *La gobernanza del interés público global*, XXV Jornadas AEPDIDI, Bouza, N., García, C., Rodrigo, A., (Directores), Tecnos, 2015, p. 440.

SEGUNDA PARTE. La teoría del sistema universal

Capítulo Tercero. La humanización y la transformación del orden internacional

1. La transformación de los principios y de las obligaciones.

La humanización del Derecho internacional ha transformado sus mimbres, lo que se observa en las normas y en la interpretación de los *principios fundamentales, constitucionales o estructurales*. El *principio de protección internacional de los derechos humanos* es el último en surgir, pues no aparece *expressis verbis* ni en la Carta de Naciones Unidas ni en la Res. 2625, y solo hace acto de presencia formal en el acta Final de Helsinki, en 1975. Es un *principio de formación progresiva en el contexto del proceso de humanización del Derecho internacional*. No ha gozado de un amplio apoyo, siendo una manifestación de la cooperación internacional en el desarrollo progresivo y la codificación de los derechos humanos.

Pero no cabe duda de que los otros principios fundamentales del Derecho internacional que reconoce la Res 2625 (1970) de la Asamblea General de Naciones Unidas se han visto también transformados por la humanización. Así, el *principio de igualdad y de soberanía del Estado* sigue gozando de un gran apoyo, pero se ha reorientado por los derechos humanos. No cabe una interpretación rígida del mismo que considere la violación de los derechos humanos como una cuestión interna o doméstica, al abrigo de la soberanía. Si bien la soberanía es una noción polisémica y en transformación, pervive. El núcleo irreductible de la soberanía reside en determinar quien decide. Es una noción que se refiere a varias cosas: al territorio del Estado (soberanía territorial), al titular de la soberanía (el Jefe del Estado, el soberano), a la independencia frente a terceros, así como al conjunto de las competencias del Estado. Su contenido jurídico se concibe en términos funcionales como un conjunto de poderes supremos, plenos y exclusivos que un Estado tiene en el Derecho internacional para cumplir las funciones estatales. La soberanía ya no es un muro rígido que cubra las violaciones de derechos humanos como lo era en el pasado.

Otro principio cuya interpretación se visto modificada es el *principio de la no intervención en los asuntos internos*, que ha llevado a su vez a plantear otras cuestiones como la intervención humanitaria, el derecho de injerencia humanitaria etc.. La ayuda humanitaria se ve regida por el *principio del consentimiento del Estado* en el acceso al territorio, que es una manifestación del *principio de soberanía*. Pero los Estados ya no pueden denegar arbitrariamente el acceso de asistencia humanitaria, porque el derecho ya mira más desde la perspectiva de los derechos humanos, a las víctimas de las catástrofes de origen natural o humano.

Así, fenómenos como una catástrofe política, natural o industrial se ven también desde la perspectiva de los derechos humanos, razón por la cual la Comisión de Derecho internacional de Naciones unidas hizo un *proyecto sobre desastres y derechos humanos*, algo impensable hace unos años.

La práctica internacional ha venido a confirmar la distinción entre el *régimen de ayuda y de injerencia humanitaria*, que debe basarse en los principios de neutralidad, imparcialidad, y el *régimen de intervención humanitaria*. Como es sabido la intervención humanitaria unilateral para la protección de los derechos humanos no es conforme a Derecho, si bien pueden invocarse criterios de legitimidad para incumplir el Derecho internacional, como hizo la Alianza Atlántica en la denominada *intervención humanitaria en Kosovo*, en tiempos en los que era Secretario General de la OTAN el español Javier Solana. El *principio que prohíbe usar la fuerza en las relaciones internacionales* no tiene una excepción, o un uso lícito, en la invocación de la protección de los derechos humanos. Solo en el supuesto en que el Consejo de Seguridad así lo decida podría plantearse y sería en ese caso, jurídicamente porque esa violación amenazase al mantenimiento de la paz y fuese aplicable el capítulo VII de la Carta, artículos 39 y siguientes.

La protección internacional de los derechos humanos también ha servido para dotar de contenido al *principio de la libre determinación de los pueblos*, que fue el primer derecho colectivo, cuyo titular no es un ser humano individual sino un grupo humano. Desde entonces la libre determinación de los pueblos se ha desarrollado si bien hay que indicar que hay regímenes y normas cercanas que es mejor diferenciar. Así junto al régimen de libre determinación de los pueblos existe el *derecho internacional de las minorías, el régimen de los pueblos indígenas, el de derechos de los extranjeros, y el derecho internacional de los derechos humanos*. Los pueblos con derecho de libre determinación son aquellos a los que se les reconoce dicho derecho que, en puridad son fundamentalmente los *pueblos coloniales* y los *pueblos ocupados*. Otros grupos humanos con características distintivas del conjunto de la población de un Estado y que por dicho hecho están en una situación desfavorecida tienen derechos como miembros de una minoría, cultural, nacional, étnica o religiosa. Pero en estos casos estamos ante derechos individuales. Los instrumentos jurídicos y las normas de referencia en uno y otro caso son distintas.

También es importante en el sistema internacional el *principio de cooperación internacional*. El sistema internacional de derechos humanos es un marco para la cooperación a través del cual se ha producido el proceso de reconocimiento universal y ha habido avances en la tutela de los derechos. Los derechos humanos forman parte de la cooperación en programas, fondos, organizaciones especializadas, organizaciones no gubernamentales, Estados etc..La cooperación también es el principio bajo cuya égida este patrón de comportamiento, difícilmente exigible en ausencia de compromisos convencionales, se realizan los objetivos de desarrollo sostenible y la Agenda 2030, que son una nueva aventura para los derechos humanos, pues más de la mitad de los 17 objetivos tienen relación directa con los mismos

2. La ampliación de la jurisdicción del Estado.

La humanización también ha contribuido a la ampliación de la jurisdicción del Estado. El ejercicio de los poderes y de las competencias de un Estado se apoya en títulos de *competencia territorial o personal* y, en menor medida en títulos de protección, en la *competencia universal* o en la doctrina de los efectos, estando delimitado por el principio del respeto de los derechos humanos, entre otros. Decía Kelsen³² que la función específica del orden internacional es la determinación y delimitación normativa de las esferas de validez territorial, personal, temporal y material de los órdenes jurídicos estatales o nacionales.

En el célebre *Asunto Lotus*³³ un navío francés (*Le Lotus*) hizo un abordaje en alta mar a un navío de pabellón turco (*Le Boz Turc*) y cuando llega al puerto de Estambul Turquía detiene e inicia un procedimiento penal contra el oficial francés, que estaba a su mando en el momento del choque. La Corte Permanente de Justicia internacional debía responder a la cuestión de si los principios del Derecho internacional se oponían a que Turquía, en virtud de su legislación, tuviese competencias para perseguir a un nacional francés por actos cometidos más allá de su jurisdicción territorial (en alta mar). La Corte plantea como cuestión previa si un Estado es competente sólo cuando una regla de Derecho internacional le reconoce competencia o si su competencia se extiende a cualquier caso en que no se sobrepase un límite fijado por el Derecho internacional.

En el primer caso, el orden internacional tendría por función atribuir competencias de los Estados (posición defendida por Francia) base de la *teoría de las competencias*: la determinación de las competencias de un Estado viene determinada por el Derecho internacional, mientras que en el segundo no se plantearían sino sus límites (para Turquía la competencia de un Estado se extiende hasta el momento en que choca con una regla de derecho internacional). A juicio de la Corte (p. 18) las “reglas de derecho que vinculan a los Estados proceden de su voluntad, manifestada en convenciones o en usos aceptados en el sentido de consagrar principios de derecho establecidos con objeto de regular la coexistencia de comunidades independientes o con objeto de perseguir objetivos comunes. Las limitaciones a la independencia no se presumen”.

Esta posición sigue siendo muy importante hoy. De ahí que haya un *principio de presunción de competencia del Estado*, salvo acuerdo o norma en contrario, del mismo modo que es el sentido del *principio de competencia de la competencia*. Por lo que se refiere a las competencias del Estado la responsabilidad de éste no es sólo territorial sino también por lo que sucede bajo su *jurisdicción o*

³² KELSEN, H., *Principios de derecho internacional público*, El Ateneo, Buenos Aires, 1964, p. 179.

³³ Sentencia del TPJI, de 7 de octubre de 1927, TPJI, serie A, n° 10.

control, lo que tiene relevancia para los derechos humanos. Un Estado responde internacionalmente de lo que sucede en su territorio, pero también bajo su jurisdicción o control.

No cabe duda de que si bien *Guantánamo* no es territorio americano está bajo su jurisdicción o control. En este sentido el Comité contra la tortura³⁴ ha indicado que la frase (del art. 2) todo territorio bajo la jurisdicción del Estado se debe interpretar en el sentido de que comprende todos los ámbitos en que los Estados ejercen un control de iure o de facto, de conformidad con el orden internacional (pár 16), lo que guarda relación con actos cometidos a bordo de un buque o una aeronave matriculada en un Estado parte y durante una ocupación militar u operación de mantenimiento de la paz y en lugares tales como Embajadas, bases militares o centros de detención o áreas en las que el Estado ejerza un control de hecho o efectivo.

En este sentido el TEDH ya había admitido en el *Asunto Loizidou c Turquía*³⁵ la demanda de un chipriota de origen griego cuya casa estaba en la República turco chipriota del norte, frente a Turquía, por considerar que la República había sido creada ilícitamente y que Turquía la controlaba de facto, estaba bajo su jurisdicción o control. Además, la jurisprudencia europea ha llevado a considerar la admisión de jurisdicción por ser responsable de las relaciones internacionales (Gibraltar, Isla de Man o Islas Malvinas, para lo que hace falta una declaración expresa de reconocimiento), entre otras razones. Es la ampliación de la noción de jurisdicción y control, y no solo territorio.

En el *Asunto Al Skeini*³⁶ se abandona por el TEDH la *teoría del espacio jurídico de la convención* desde una perspectiva moderna de la jurisdicción del Estado. Unas personas habían sido abatidas en Basora (Iraq) por tropas británicas. La *Divisional Court* rechazó las demandas porque los hechos y las víctimas no estaban bajo la jurisdicción británica, siguiendo la jurisprudencia *Bankovic* (2001) donde el Tribunal se había considerado incompetente por los bombardeos en Serbia por su “vocación esencialmente regional”, que limitaba el ejercicio de la jurisdicción al espacio jurídico de los Estados contratantes. Se desbrozan las diferentes situaciones en que un Estado puede ejercer su jurisdicción fuera de sus fronteras (por ejemplo en acciones armadas en el extranjero) y considera que la cuestión de saber si un Estado ejerce un control efectivo es una cuestión de hecho. La Corte interamericana de derechos humanos ha estimado que el término jurisdicción del art. 1.1. de la Convención americana, a efectos de las obligacio-

³⁴ *Observación General n° 2*, de 24/I/2008.

³⁵ De 18-XII de 1996, Rec 1996-VI, nota 2.

³⁶ LAVAL, P.F., “A propos de la jurisdiction extraterritoriale de l’Etat. Observations sur l’arret Al-Skeini de la Cour Européenne des droits de l’homme de 7 juillet 2011”, *RGDIP*, t. 116, n° 1, 2012, pp. 61 ss.

nes estatales debe analizarse, en situaciones excepcionales de manera restrictiva, pero considerando que “abarca toda situación en la que un Estado ejerza autoridad o control efectivo sobre las personas, dentro o fuera de su territorio”³⁷.

Al espacio físico se añade el espacio virtual, el *ciberespacio* lo que plantea muchos asuntos difíciles de resolver. Este espacio tiene una dimensión muy diferente al espacio territorial clásico, que trae nuevos retos al Derecho, en el que se deben renovar muchas reglas jurídicas. Parte de las consecuencias las vemos en el régimen del uso de la fuerza, del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en el régimen del Derecho de la responsabilidad internacional en los que las reflexiones doctrinales ponen de relieve tanto la complejidad como las insuficiencias del Derecho³⁸.

3. La teoría de las fuentes y los derechos humanos

A principios del siglo XXI se agudizan algunos cambios en la *teoría de las fuentes*, en el sentido de difuminar algunas reglas (como las de acceso a la juridicidad), por una red de procesos donde se incorpora lo no jurídico. Laserre³⁹ estima que la proliferación de fuentes conduce a su mayor relatividad. Vivimos, indica Jiménez García⁴⁰, en un tiempo líquido, una sobre-estandarización o sobre-producción del Derecho.

La humanización ha impulsado una renovación de la *teoría de las fuentes* por la aparición en los años sesenta de las obligaciones erga omnes en derechos humanos y de las normas de *Ius cogens, que incorporan valores en la cúspide*. Gran parte de las normas imperativas forman parte del Derecho internacional de los derechos humanos. Su formación requiere la aceptación por la Comunidad internacional de Estados en su conjunto (art. 53 CV 1969), lo que no significa su consentimiento unánime. Son reglas que tienen un régimen especial de responsabilidad internacional, como refleja el proyecto de la CDI de 2001.

La existencia y proliferación de recomendaciones y de instrumentos no obligatorios es muy grande, lo que produce un panorama normativo confuso y sobre el que es importante realizar una labor de cribado que permita tomarse en serio los derechos humanos y no confundir la violación de una obligación o de una recomendación.

³⁷ Opinión consultiva OC-23/17 de 15/XI de 2017, solicitada por Colombia

³⁸ GUTIERREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional en el uso de la fuerza en el ciberespacio*, Thomson Reuters, 2020, 172 pp.

³⁹ LASERRE, V., *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Lexis Novis, París, pp. 1 ss.

⁴⁰ JIMENEZ GARCIA, F., *Derecho internacional líquido. ¿Efectividad frente a legitimidad?*, Civitas. Thomson Reuters, 2021, p. 24 ss.

Junto a los particularismos y especificidades del derecho de los tratados, del derecho consuetudinario y de otras fuentes del derecho, el *soft law* tiene su importancia en el Derecho internacional de los derechos humanos. Puede ser un paso previo a la formación de nuevos derechos, lo que permite una transformación lenta y una incorporación progresiva, aunque también sucede que el no derecho nunca alcance la categoría de Derecho. Los *Principios Rectores empresas y derechos humanos*, *el pacto mundial de migraciones*, o *los objetivos de desarrollo sostenible* pueden ser una alternativa a la juridificación, lo que sería un retroceso.

La transformación de las normas es difícil pues el precio a pagar es la soberanía. El proceso nomogénico internacional es lento pues el *iter* se prolonga en el sentido de García Lorca (caminante no hay camino, se hace camino al andar), antes de cristalizar en una norma de derechos humanos. En ese camino aparecen las *generaciones de derechos humanos* y el *soft law* puede convertirse en *law*. La humanización es un proceso dinámico, resultado de un debate permanente de la comunidad internacional.

Diversas razones explican la inflación de *soft law*. El proceso de decantación de las normas, en ausencia de un legislador, es progresivo. Hay resistencias de los Estados en obligarse, lo que les lleva a aceptar mejor compromisos no obligatorios, políticos, o meramente declarativos. Pero el derecho suave, o en agraz, el no derecho, tiene relevancia en el sistema normativo. Puede estar en el origen de un proceso de normación, pues los tratados o las costumbres no surgen del vacío, sino que vienen precedidos por instrumentos de *soft law*. También puede tener un efecto cristizador y ser el punto de llegada de una norma. Una recomendación puede tener un efecto *declarativo*, *cristalizador*⁴¹ en la formación de una costumbre. Asimismo, puede jugar un papel en la interpretación y en la aplicación de las normas en el plano internacional e interno.

Los cambios en la normatividad plantean cuestiones como la *relevancia jurídica de la práctica de los actores no estatales en la formación y aplicación de las normas*. La práctica relevante es la de los actores estatales, pero la de los no estatales puede confirmar la existencia de normas consuetudinarias o servir para la interpretación del Derecho. En las normas de *ius cogens* se considera práctica relevante sólo la de los Estados. Pero la CDI reconoce expresamente que la actitud de los ANE puede ser relevante a la hora de evaluar la posición de los Estados.

Otra cuestión es la relativa a la aparición en el Derecho internacional no solo de derechos y obligaciones sino también de *objetivos*, como los ODS. ¿Cuál es su papel en el Derecho?. Realmente están al margen del Derecho, pero son una

⁴¹ Vid. JIMENEZ DE ARECHAGA, E., “La costumbre como fuente del Derecho internacional”, *Estudios de derecho internacional. Homenaje al prof. Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 381 ss.

hoja de ruta que puede ser la percha bajo la cual se desarrollan obligaciones. Los objetivos van a ser una plataforma desde la que se puede producir el desarrollo de las obligaciones y los derechos. Si se consideran una alternativa a los derechos acaban degradando el papel del Derecho en la sociedad internacional. Así por ejemplo el *pacto de migraciones de 2018* si no se ve complementado por el Derecho puede ser un paso atrás. La sustitución de las obligaciones por objetivos sería negativa, mientras que si son un complemento sería positivo. No se puede hacer un balance general sino que depende de los sectores.

4. La teoría de los sujetos y la emergencia de los actores no estatales

La humanización ha impulsado cambios en la *teoría de los sujetos*. El *Derecho internacional se ha abierto a nuevas subjetividades*, pasando de ser un orden estatocéntrico a otro más diversificado. Algunas personas tienen de antiguo un estatuto internacional, como los Jefes de Estado y de Gobierno, o los representantes diplomáticos, que tienen privilegios e inmunidades de acuerdo con el Derecho internacional consuetudinario y convencional.

Tradicionalmente se ha sido muy restrictivo para considerar que alguien es *sujeto de Derecho internacional*, a pesar del célebre dictamen del TIJ sobre la personalidad de las organizaciones internacionales. Se consideraba que solo podían ser sujetos las entidades con capacidad de celebrar tratados, mantener relaciones diplomáticas, entre otras manifestaciones de la subjetividad⁴². No se podía concebir que actores no estatales, como el individuo o las empresas fuesen considerados, siquiera parcialmente, sujetos de Derecho internacional. Esa interpretación restrictiva partía de considerar que la personalidad era un atributo de la soberanía. Pero también se puede concebir la subjetividad para controlar y sujetar a Derecho a un actor no estatal, o para hacerle destinatario directo de la norma.

Se ha consolidado la idea de que la *persona humana* es un sujeto de Derecho internacional, en atención a que es destinatario de las normas internacionales de derechos humanos y a que es responsable internacionalmente en el ámbito penal por la comisión de determinados crímenes, aparte de que en algunos sistemas regionales tiene *ius standi* para demandar a un Estado ante un Tribunal internacional. De ahí que la doctrina haya considerado que el individuo es un sujeto de Derecho internacional, con capacidad limitada. También se ha abierto paso la idea de sujetos *sui generis*, como la *Cruz Roja internacional*, a la que la Comunidad internacional le reconoce una función. Si bien no reúne los elementos básicos de una organización internacional sus estatutos de 2015 así la describen. Más

⁴² Vid. DOMINICE, C., "La personnalité juridique dans le système du Droit des gens", *Theory of international law at the threshold of the 21 century. Essays Skubisweski*, Kluwer, 1996, pp. 147 ss.

recientemente se empieza a reconocer, sin un consenso todavía, la personalidad jurídico internacional de las *empresas transnacionales*, limitada al cumplimiento de sus obligaciones internacionales y relativa, pues no sería oponible *erga omnes*. Reconocer a una empresa multinacional la subjetividad internacional a los efectos de su sujeción al Derecho y, en particular, de los derechos humanos permitiría arreglar problemas sin generar otros nuevos, siendo útil para controlar los efectos negativos de la globalización.

En los casos citados (persona humana, empresa transnacional, Cruz Roja internacional) la adquisición de la personalidad internacional deriva del *reconocimiento por parte de la Comunidad internacional de Estados, al menos implícito, bien sea por la realización de contratos de Estado por las empresas, bien sea por el reconocimiento de derechos humanos o de responsabilidades (y vías de exigibilidad, en el caso de las personas)*. En definitiva, puede entenderse una evolución de la concepción de la personalidad jurídica internacional que puede servir para una mejor protección de los derechos humanos

El edificio de los derechos humanos se ha hecho con la idea de limitar el poder del Estado frente al individuo, o de garantizar a éste un mínimo de prestaciones por parte de aquél. Pero el binomio Estado-persona es insuficiente para los derechos humanos por el proceso de *debilitamiento del Estado*, que afecta a la eficacia de los derechos humanos. A esto se añade la *emergencia de los actores no estatales*, que pone de relieve las *insuficiencias de los planteamientos del Derecho internacional*. En la obra *Los sujetos de Derecho internacional actual*, Barberis no utiliza el término actores no estatales (ANE) ni les presta mucha atención. Los actores no estatales se diferencian de los sujetos de derecho porque la noción no se refiere a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones sino a su influencia en el sistema social (interno o internacional). Ambas nociones se mueven en planos distintos, pero confluyen en preocupaciones actuales para los derechos humanos.

El Derecho internacional interestatal está desbordado por la creciente relevancia de los actores no estatales en la gobernanza. Aparecen términos nuevos como derecho global, gobernanza, alianzas público-privadas, redes, políticas globales, entre otros, que evidencian nuevas direcciones del Derecho. El orden internacional evoluciona hacia un enfoque en el que no solo hay preocupación por el autor de la violación sino también por la víctima, como sucede en el *Derecho internacional de las catástrofes, en el régimen de ayuda humanitaria o en el régimen jurídico en la trata de seres humanos*. Esta orientación responde a una preocupación creciente por los derechos humanos y refleja una ruptura de la interestatalidad.

El Tribunal europeo de derechos humanos ha considerado el *alcance extraterritorial del derecho a no ser sometido a torturas, en terceros países, por actores no estatales, como un límite a la expulsión de un extranjero*. En el caso *HLR c Francia* un demandante colombiano se oponía a su expulsión por el riesgo de

sufrir tortura por un grupo de narcotraficantes que le habían reclutado para transportar droga. Para el Tribunal el carácter absoluto del derecho garantizado no se excluye cuando el peligro emane de un actor no estatal, si se demuestra que el riesgo existe realmente, y que las autoridades del Estado de destino no están en condiciones de hacer frente mediante una protección adecuada⁴³. Como evidencia la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales muchos crímenes contra la Humanidad y genocidios son cometidos por rebeldes, insurgentes, beligerantes, movimientos de liberación nacional y otros grupos armados, así como por empresas.

Muchos retos en derechos humanos tiene relación con los actores no estatales. Sachs⁴⁴, uno de los impulsores de los Objetivos de desarrollo sostenible incide en que la buena gobernanza del mundo actual no se limita a los gobiernos, sino que incluye a las empresas multinacionales. Cuestiones como los ciberconflictos y los ciberataques se realizan por ANE y no solo por Estados, lo que plantea si son equiparables a un ataque armado, y si cabe el ejercicio de la legítima defensa, individual o colectiva.

Los actores no estatales realizan tradicionalmente un labor en el desarrollo progresivo de los derechos humanos, Cabe recordar la labor del *movimiento abolicionista o el movimiento sufragista, entre otros*. Pero estamos en un *momento de transición del Derecho internacional en el que su labor permite reflexionar sobre si tienen un nuevo papel cualitativo. Cabe plantearse si siguen siendo meros usuarios del orden internacional o si van a adquirir un nuevo papel que pueda contribuir a la transformación del orden internacional de los derechos humanos*.

El *Derecho internacional de la responsabilidad* es el epicentro de cualquier sistema jurídico, pero en relación con los actores no estatales el Derecho resulta inadecuado. Por ejemplo, los *principios recomendados sobre derechos humanos y trata de personas*, de Naciones Unidas, o los *principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder*, aprobados por la AGONU, en 1985, o los *principios rectores empresas y derechos humanos* incluyen el acceso a mecanismos de reparación. Pero la debilidad de estos instrumentos en cuanto a la relación de responsabilidad entre un actor no estatal y las víctimas de una violación es clara. No existe un adecuado régimen de responsabilidad internacional de los actores no estatales por sus violaciones de los derechos humanos desde la estructura estatal del orden internacional. El Derecho internacional no ofrece respuestas adecuadas a este tipo de responsabilidad, por su naturaleza estatocéntrica.

⁴³ BOLLO AROCENA, A., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 110-113.

⁴⁴ SACHS, J., *La era del desarrollo sostenible*, Prólogo de Ban Ki Moon, Paidós Empresa, 2014, 2016, p. 20.

5. Legalidad y legitimidad en el Derecho internacional de los derechos humanos.

a) La legitimidad del Derecho internacional de los derechos humanos.

¿Es el orden internacional de los derechos humanos un orden legítimo?. Es el resultado histórico de una sociedad desigual y descentralizada, donde el Derecho lo hacen aquellos que tienen el poder para hacerlo, con independencia de la idea de interés general, que apenas penetra en el día a día de la Comunidad internacional. Ciertamente que los valores no están ausentes de la sociedad internacional, como la *paz*, la *dignidad* o la *solidaridad*. Pero no presiden la acción de aquellos que tienen el poder para hacer las normas e interpretarlas. Además el Derecho internacional no se crea ni aplica en un sistema universal democrático.

Esto lleva a plantear la cuestión de la *legitimidad del modelo de Derecho internacional*, y en particular del *Derecho internacional de los derechos humanos*. Con la secularización del Estado y la positivización del derecho el modelo de legitimidad estuvo primero en el iusnaturalismo y con el positivismo se vino a equiparar la legalidad y la legitimidad⁴⁵. Así, para Kelsen no habría distinción pues, decía, el principio de legitimidad es la validez de las normas en el tiempo, mientras no son derogadas en la forma en que determine el ordenamiento jurídico.

Bobbio⁴⁶ ha contribuido a clarificar la distinción entre legalidad y legitimidad al indicar “la legitimidad y la legalidad tienen en relación con la teoría del poder la misma función que la justicia y la validez en relación con la teoría de la norma jurídica. Como la justicia es la legitimación de la regla, así, al contrario, la validez es su legalidad; como la legitimidad se funda en la justicia del poder, la legalidad se funda por el contrario en su validez”. El concepto de legitimidad aplicado a la comunidad internacional es problemático, pues aparece vinculado al concepto de Estado y de poder legítimo del Estado. Leví define la legitimidad como un “atributo del Estado que consiste en la existencia de una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza”⁴⁷

Habermas⁴⁸ supera el modelo weberiano y el kelseniano, al entender que la dominación política ejercida por las formas del derecho positivo no puede ser

⁴⁵ HABERMAS, J., *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós, 1991, p. 132.

⁴⁶ BOBBIO, N., *Teoría delle norme giuridice*, Turín, 1958, p. 35.

⁴⁷ LEVI, “Legitimidad”, *Diccionario de política*, Bobbio, N., Matteuci, N., t. 2, siglo XXI editores, Madrid, 1983.

⁴⁸ HABERMAS, J., “Problemas de legitimación en el Estado moderno”, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Tecnos, Madrid, 1981.

sino el contenido moral implícito de las cualidades formales del Derecho. La *teoría procedimental de la justicia* hace descansar la fuerza legitimadora en los procedimientos.

Pero esto no es posible en el Derecho internacional. El poder, en la comunidad internacional, no es legítimo, no tiene legitimidad de origen, pues no es democrático. *La legitimidad de los derechos humanos es el resultado de un proceso histórico al que desemboca la Comunidad internacional, sin sustentarse, salvo a efectos explicativos, en la idea de pacto de legitimidad o en la de constitución material*, que vemos en otro momento. No existe un previo pacto constituyente en la comunidad internacional. En todo caso ese proceso ha conducido a un cambio de legitimidad del Derecho internacional, en el tránsito del Derecho internacional clásico al contemporáneo, consecuencia en gran medida del proceso de humanización

El modelo de legitimidad no puede ser similar en la sociedad internacional al de un Estado democrático, pues no existen los mismos parámetros de referencia ni una democracia mundial. Wheatley⁴⁹ ha aplicado la *teoría de la democracia deliberativa* de Habermas al marco internacional. Considera que no es aplicable a la ONU, pero sí a los *regímenes normativos de derechos humanos (global regulatory norms)* que se han hecho por consenso entre los Estados.

A nuestro juicio la falta de asideros para analizar la legitimidad lleva a considerar la legitimidad como *legitimación*⁵⁰, en el sentido que el orden sean una respuesta adecuada a las necesidades para la cohesión de la sociedad. Desde este punto de vista hay una gran distancia entre las necesidades sociales y el derecho, y el orden internacional puede ser evaluado para ver si sirve para disminuirla.

En la dialéctica Derecho-sociedad la evolución del primero debiera configurarse como un instrumento apto para transformar solidariamente a la sociedad internacional. Una de las principales necesidades de la sociedad internacional es la protección del valor de la dignidad humana, a través del sistema universal. Aquí las limitaciones para hacer frente a las necesidades derivan de sus propios caracteres, de la fuerte heterogeneidad y de la descentralización. La inadecuación de la expansión funcional del orden internacional a las necesidades sociales genera hambre del derecho (*faim du droit*). De ahí que Chemillier-Gendreau⁵¹ considere

⁴⁹ WHEATLEY, S., “Deliberating about cosmopolitan ideas: Does democratic conception of human rights make any sense?”; y también del mismo autor *The idea of international human rights law*, Oxford University Press, 2019.

⁵⁰ FERRARRI, V., “Derecho y legitimación”, *Funciones del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1999, pp. 197 ss.

⁵¹ CHEMILLIER-GENDREAU, M., *Droit international et démocratie mondiale. Les raisons d'un échec*, Textuel, 2002, pp. 75-90.

que es necesaria una revolución copernicana de las bases jurídicas actuales (un *derecho mundial a construir*). También hay que pensar que de no existir el orden internacional las necesidades serían mayores. En este sentido *la legitimación del Derecho internacional de los derechos humanos es parcial*.

Desde la filosofía del Derecho se vincula la obediencia al Derecho con el concepto de derecho legítimo. González Vicen decía que no hay fundamento ético para obedecer al derecho, pero sí para la desobedecerlo. Sin entrar en las diferentes *teorías de la obediencia*, lo cierto es que el cumplimiento habitual se basa, entre otras cosas, en la cultura de cumplimiento, en la aceptación, más que en el miedo a la sanción. Pero hay ocasiones en que se enfrentan legalidad y legitimidad, en parte por las insuficiencias del Derecho internacional, que han llevado al incumplimiento de la legalidad en busca de una legitimidad alternativa.

Hay acciones contrarias al orden jurídico en nombre de los derechos humanos, como sucedió con el *bombardeo de Kosovo* por 19 países miembros de la OTAN, en 1999, invocando la defensa de los derechos humanos (la *intervención de humanidad*). Aquí la legalidad, el derecho, y la legitimidad no coincidían. Indica Gutiérrez Espada⁵² que pudiendo ser ilícita una intervención armada podría ser conveniente moralmente. Se puede justificar el incumplimiento, pero eso no lo convierte en conforme a derecho. Ese incumplimiento busca una nueva legitimidad o se apoya en ella, pero no cambia el Derecho salvo por los procedimientos establecidos.

En el juicio de Nuremberg el consenso legítimo de los vencedores era algo que iba en contra el derecho vigente, porque suponía vulnerar el *principio de legalidad* y el de *no retroactividad*. El de legalidad porque el art. 6 del convenio de 6 de agosto de 1945 de creación del tribunal de ocupación interaliado que establecía su *competencia rationae materiae* no sólo por los crímenes de guerra, que habían sido previamente codificados en el Derecho de la Haya, sino también por los crímenes contra la humanidad y por el crimen contra la paz, que se tipifican *ex post facto*.

b) Legalidad del Derecho y cambios revolucionarios.

Las transformaciones jurídicas en el Derecho internacional y en los derechos humanos son progresivas, relativamente lentas, salvo en contextos de cambio sistémico o revolucionario, en que se produce un vuelco en el que hay un momento de ruptura con la legalidad y de establecimiento de un nuevo orden. Es lo que sucede en situaciones excepcionales, como la que se da después de un golpe de estado, o de la segunda guerra mundial, entre otros momentos

⁵² GUTIERREZ ESPADA, C., “Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (la guerra de Kosovo)”, *ADI*, vol. XVI, 2000.

Radbruch analizó en *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* muchos casos que se producen al hilo de la segunda guerra mundial, en el Tercer Reich, que no encajan desde el positivismo. Así, el de una persona (Gotting) que en un retrete público hace una pintada (*Hitler es un asesino, culpable de la guerra*), y que es denunciado por el funcionario judicial Putfarken, ejecutado por ello (y por escuchar radioemisiones extranjeras), a pesar de que actuó en aplicación del derecho vigente y, al acabar la guerra, fue juzgado por ello, lo que no encaja. Para el fiscal, quien en estos años demandaba a otra persona debía contar con el hecho de que lo entregaba no a un juicio justo sino a la arbitrariedad; o el de un carcelero de un campo de exterminio que al ver el horror huye hacia territorio neutral, en Suiza, y cuando va a pasar la frontera por el campo un guardia lo va a detener y lo mata, y huye. Al acabar la guerra su caso sería sobreseído. Estos supuestos evidenciaban la relevancia que tiene *el poder por encima del Derecho, en supuestos excepcionales, de cambio revolucionario del Derecho y del Poder*.

También sucedería algo parecido en el contexto de la *descolonización*, en los años sesenta, donde el *principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales* serviría para expropiar y nacionalizar a las empresas sin darles una indemnización pronta, justa y adecuada, lo que a todas luces era lógico cuando llevaban décadas o siglos explotando los recursos naturales tras haber colonizado el país. O también en *revoluciones como la soviética, cubana o china*, en las que el cambio a sistemas comunistas produce un cambio sistémico del Derecho, la ruptura revolucionaria con el orden anterior y una nueva legalidad y legitimidad, revolucionarias. En estos casos triunfa el *derecho alternativo*, porque un nuevo poder lo respalda, en un contexto de revolución. En ausencia de un cambio sistémico de esta naturaleza incumplir el derecho en nombre de una nueva legitimidad suele ser simplemente la justificación de una violación.

Ciertamente que en el orden internacional de los derechos humanos hay, como hemos visto, muchas insuficiencias. Además, hay una *crisis de racionalidad*, que se produce cuando hay imperativos de regulación inconciliables dentro del sistema jurídico, pero no del conjunto del mismo. Es lo que algunos autores en Derecho internacional han venido a denominar fragmentación y sectorialización. Así, se puede considerar que hay una crisis de racionalidad entre el *derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional económico*. Si bien en las últimas décadas ha habido transformaciones muy positivas en la represión de los crímenes contra la humanidad, la globalización económica no ha hecho mejorar el DI económico. La crisis de racionalidad deriva de que la efectividad de los derechos humanos exige una mutación cualitativa del orden económico internacional. Hay una *crisis de legitimidad del orden económico*, en la medida en que incrementa la polarización y la desigualdad entre Estados y dentro de los mismos o que sea insostenible medioambientalmente.

El liberalismo de las Instituciones económicas internacionales no encaja bien con los derechos humanos. En su momento el fracaso del *Nuevo orden econó-*

mico internacional mostró la fuerza de resistencia de las grandes potencias occidentales. La ideología de la *globalización* no ha fomentado valores solidarios sino de competitividad. La vuelta al derecho de la coexistencia en el ámbito del desarrollo se plasma en la organización mundial del comercio, en 1994, donde los tratos favorables brillaron por su ausencia, lo que podía considerarse las bases de una *crisis de legitimidad del comercio internacional*. En la actualidad el ascenso de China y de otros países emergentes y la recomposición de las relaciones internacionales ha llevado al sistema comercial multilateral a una fase de incertidumbre y crisis, ante el fracaso del pacto entre la Unión Europea y Estados Unidos (TTIP), o de Estados Unidos y los países asiáticos, o a la recomposición de las relaciones comerciales y de inversión internacionales, en un momento de grandes cambios en la economía internacional. Los recientes fenómenos parecen preludivar una crisis del multilateralismo comercial, y hay tendencias proteccionistas. En todo caso nada apunta hacia un modelo más solidario, tras el fracaso de Doha. El tránsito de la noción de derecho humano al desarrollo a la idea de un desarrollo sostenible no se ha basado en la filosofía de profundizar en la cooperación norte-sur, sino en otras claves, como veremos, sobre la sostenibilidad del propio planeta en términos económicos, sociales y medioambientales, en un proyecto legítimo de sociedad internacional, cuyos pilares jurídicos son débiles.

Capítulo cuarto. La teoría jurídica de los derechos humanos

Los derechos humanos son un producto histórico pero también una *conquista del Derecho*, que tienen un significado profundo en la evolución del Derecho internacional. Su cabal comprensión exige analizarlos desde la teoría del derecho, en el Derecho internacional, lo que permite descubrir la especificidad del ordenamiento. La humanización ha contribuido a una transformación del sistema jurídico internacional de naturaleza revolucionaria. Vamos a analizar el Derecho internacional desde algunos prismas de teoría del Derecho, que permiten ver la *relevancia de la humanización en el sistema jurídico, pues ha contribuido a dotarle de unidad, de una jerarquía y a definir las relaciones entre Derecho y poder así como el papel del tiempo*.

1. La cuestión del fundamento y las funciones

Hay dos grandes escuelas de pensamiento sobre el fundamento, sobre porqué obliga el Derecho internacional, lo que tiene relevancia para la comprensión de los derechos humanos. La primera concibe la existencia del Derecho interna-

cional al margen de la voluntad de los Estados⁵³. El fundamento estaría en la religión (teorías descendentes), en la razón natural (iuspositivismo racionalista, en la modernidad) o en la solidaridad social (en el solidarismo de Scelle). El principal representante de esta visión es Cançado Trindade⁵⁴, que se considera hijo del Derecho natural, que sería lo único que garantiza la universalidad del *Ius Gentium* y que podría contribuir a la supervivencia de la humanidad. La Iglesia Católica considera que el “fundamento de los consensos” no puede ser el “relativismo”, “envuelto detrás de la supuesta tolerancia”, que “termina facilitando que los valores morales sean interpretados por los poderosos según las conveniencias del momento”. Por ello, entiende que:

“hay que aceptar que algunas verdades no cambian, eran verdad antes de nosotros y lo serán siempre: Indagando la naturaleza humana, la razón descubre que son universales, porque derivan de ella”⁵⁵. De otro modo, indica, “podría suceder quizás que los derechos humanos fundamentales, hoy considerados infranqueables, sean negados por los poderosos de turno, luego de haber logrado el consenso de una población adormecida y amedrentada?” (pár. 209). “El desplazamiento de la razón moral tiene como consecuencia que el derecho no puede referirse a una concepción fundamental de justicia, sino que se convierte en el espejo de las ideas dominantes (...) en definitiva la lógica de la fuerza triunfa”.

Sin embargo en la doctrina iusinternacionalista predominan las *teorías positivistas y consensualistas*, que consideran que el fundamento de la obligatoriedad se encuentra, explícita o implícitamente, en la voluntad y en el acuerdo entre los Estados. Las normas no se descubren en principios inmutables que vienen de la razón sino que se acude a la práctica internacional para su identificación, tras un proceso de abstracción⁵⁶.

Las corrientes positivistas se dividen a su vez en muchas escuelas. Anzilotti o Kelsen consideraban que el fundamento es una hipótesis indemostrable de aceptación de la obligatoriedad de los pactos (*pacta sunt servanda*, de Anzilotti) o de la costumbre (*consuetudo est servanda*, en Kelsen). Desde un positivismo

⁵³ Vid. BRIERLY, J., “Le fondément du caractère obligatoire du Droit international”, *RCADI*, 1922-III, t. 23, pp. 467 ss; VERDROSS, A., “Le fondement du droit international”, *RCADI*, 1927-I, t. 16, p. 257; AGO, R., “Science juridique et droit international”, *RCADI*, 1965-II, t. 90, 854 pp; CARRILLO SALCEDO, J.A., “El fundamento del Derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico”, *REDI*, vol. L., 1991-1, pp. 13-31, p. 14

⁵⁴ CANÇADO TRINDADE, A., *Le Droit international pour la personne humaine*, Ed. Pedone, 2012, p. 49.

⁵⁵ En este sentido resulta de interés la lectura de la reciente *Encíclica Fratelli Tutti* (pár 206)

⁵⁶ MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al Derecho internacional público*, Madrid, 1979, pp. 295 ss

rígido se elevó el Derecho a la categoría de ciencia natural. De ahí la célebre frase de Kirchmann: “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”⁵⁷; el positivismo conduciría a un gran formalismo que alejó el Derecho del mundo de los valores.

En la actualidad cabe tener una *posición conciliadora* de las dos corrientes, que parte de la premisa de que solo forman parte del Derecho las normas que han sido incorporadas de acuerdo con los procedimientos nomogénéticos pertinentes. Esta confluencia entre el objetivismo y el voluntarismo es el denominado *positivismo ético o corregido*, que concibe el Derecho natural deontológicamente no como un hecho sino como un valor, auspiciado en la doctrina española por E. Fernández, G. Peces-Barba y E. Díaz⁵⁸. Este *iusnaturalismo deontológico* es compatible con *positivismo crítico*. Se considera que la *norma básica de identificación de normas* se expresa en la constitución, y que en esa norma básica material -indica Peces-Barba- se incorpora una dimensión de moralidad, en cuyo núcleo esencial hay valores, principios organizativos y derechos fundamentales. Esta idea es trasladable al orden de la Comunidad internacional, donde cabe considerar que existe una *Constitución material* y *unas normas básicas de identificación de normas que incluyen en su núcleo duro las principales de derechos humanos, como demuestra la categoría del Ius cogens*. El *consenso general de la comunidad internacional sería el fundamento de obligatoriedad del orden, y el consentimiento a las normas concretas (tratados, costumbres..) es el de los principios y normas aplicables*. En ausencia de consentimiento y consenso no surgen los principios y las normas, pero el orden ha incorporado unos valores y unos principios axiológicos, que están en el núcleo duro de la Constitución material de la Comunidad internacional.

También la humanización ha permitido superar la *teoría de las competencias kelseniana*, en cuanto a las funciones del orden jurídico, que se ha visto enriquecida por una *orientación finalista y transformadora*. La distribución de competencias, de las esferas de validez de los ordenamientos jurídicos nacionales o estatales es la *función mínima del orden internacional*, en sentido kelseniano, pero *la humanización ha contribuido a la función transformadora pro derechos humanos del Derecho internacional*.

Decía Ihering que el Derecho es una idea práctica, que indica un fin y también el camino que a él conduzca⁵⁹. Algunos iusinternacionalistas, como Visscher tenían una concepción personalista del Derecho (los fines humanos del poder). El

⁵⁷ LATORRE, A., *Introducción al derecho*, Barcelona, Ariel, 1992, pp. 112 ss.

⁵⁸ FERNANDEZ, E., *Curso de teoría del derecho*, Marcial Pons, 1999, pp. 288 ss; PECES-BARBA, G., “Acuerdos y desacuerdos con una obra importante”, epílogo a la obra de Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed., Trotta, Madrid, 19995, pp. 165 ss

⁵⁹ IHERING, *La lucha por el derecho*, Ed. Porrúa, México, 1998.

actual Derecho internacional se orienta a determinados fines, como los derechos humanos o el desarrollo sostenible. Se han incorporado valores nuevos, como la paz, la dignidad y en menor medida la solidaridad, que completan los viejos valores de igualdad, seguridad jurídica y libertad del Derecho internacional clásico.

La orientación finalista lleva a que el Derecho sea también un *discurso*. Los derechos humanos tienen una doble faz, como *discurso* y como *realidad jurídica*. Como discurso forman parte de una utopía y de un mito que tiene un papel relevante en la transformación jurídica, por una *concepción humanizadora del orden internacional que busca cambiar el mundo*. Los derechos humanos cumplen una función transformadora y también realizan una función de *socialización* y de *organización* de la sociedad internacional.

2. La profusión de teorías explicativas.

Han proliferado las formas de concebir intelectualmente el sistema universal de derechos humanos desde nuevos presupuestos derivados de la denominada gobernanza global, el derecho global, la dominación, la posmodernidad, el estructuralismo, o el feminismo, entre otras. Con la denominada *gobernanza global* se pretende incorporar al orden las garantías y los conceptos del derecho público. El enfoque de autoridad pública internacional se apoyaría en la atribución de competencias por actos de autoridad pública⁶⁰. También se ha acudido a la idea de *bienes públicos globales* y se ha construido en torno a ella diversas teorías explicativas. Desde la *teoría crítica* se conciben los derechos humanos como un instrumento de dominación de los más poderosos⁶¹, de modo parecido a los posmodernistas que consideran superados los ideales de la Ilustración o desde el feminismo, que se ve el orden internacional solo desde ese factor.

Otros lo analizan desde las *teorías del cambio*, como las de la transición, la *metagobernanza*, la *policentricidad* y la *gobernanza en red*⁶². Se ha abordado el sistema internacional de derechos humanos desde la *teoría de la complejidad*⁶³ y se ha comparado con la vida natural de los insectos. El Derecho internacional sería

⁶⁰ Vid BOGDANDY, A., DANN, P., GOLDMANN, M., “El Derecho internacional como derecho público: prolegómeno de un derecho de los mercados financieros”, *Estados y Organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, 2010.

⁶¹ KONX, E., “A marxist approach to RMT v the United Kingdom”, González Salzberg, D., Hodson, L., *Research methods for international human rights law. Beyond the tradition paradigm*, Routledge, 2020, pp. 13 ss.

⁶² MONKELBANN, *Governance for sustainable development goals. Exploring an integrative framework of theories, tools and competencies*, Springer, 2019.

⁶³ WHEATLEY, S., *The idea of international human rights law*, Oxford University Press, 2019, p. 8 ss.

un sistema complejo con acciones e interacciones de los Estados y los actores no estatales. Desde esta teoría (2019, p. 37) estaríamos ante un sistema complejo sin necesidad de un poder central, poniendo de relieve las interacciones. También se ha acudido a la *teoría de la autopoiesis*, en tanto que sistema autocontenido capaz de reproducirse y mantenerse a sí mismo, según redes de procesos.

Nuestra visión no se apoya en estas preconcepciones previas, que entendemos que si bien pueden ser originales y aportar factores de explicación son *reduccionistas*. La principal crítica a estas teorías es que se basan en un monismo explicativo que interpreta la complejidad desde un solo factor (el mundo natural, la cultura, el género, la economía, la lucha de clases ..) cuando la realidad resulta de la combinación de una diversidad de factores. En todo caso, más allá de aproximaciones teóricas el Derecho internacional es una realidad objetiva. Existe en la vida internacional que es un *producto histórico que se va construyendo desde la modernidad hasta la actualidad, y que se basa en el consenso*. Un orden sin Estado y con sus propias especificidades, distinto, más imperfecto si se quiere, que los ordenamientos internos, con ciertas limitaciones estructurales si los comparamos. Aun con todo las normas internacionales de derechos humanos que han construido el sistema internacional de derechos humanos han sido creadas desde los procedimientos propios del Derecho internacional. El sistema internacional está compuesto por normas convencionales, tratados y otras fuentes. Esta aproximación formal kelseniana⁶⁴ es irrefutable y se adapta mejor que las aproximaciones materiales (que definen el Derecho internacional por las materias que regula) o basadas en los destinatarios (que definen el orden internacional por sus creadores y destinatarios, lo que es una tautología) o las concepciones antes señaladas que pueden ser originales pero que no compartimos.

Sin embargo, la noción kelseniana no permite comprender el Derecho internacional de los derechos humanos como tampoco las aproximaciones *humanizadoras* o *transnacionales*, que explican bien el fenómeno, pero no son rigurosas desde la perspectiva jurídica. El Estado es el sujeto predominante en la teoría internacional. No cabe confundir el alcance de los problemas, que es transnacional, o la finalidad de las normas, con su encuadramiento normativo, como tampoco con su fundamento. La mejor manera de aproximarse a los derechos humanos es desde una *concepción integral y tridimensional del fenómeno jurídico internacional*. Esta es el enfoque auspiciado por Reale⁶⁵ que propone un análisis desde un *trípode socio-histórico, normativo y axiológico*, que es el más adecuado. En todo caso como decía John Lennon la vida es lo que sucede mientras tenemos otros planes. El Derecho internacional transcurre por unos derroteros mientras los teóricos andan por otros.

⁶⁴ KELSEN, H., *Principios de Derecho internacional público*, Ateneo, Buenos Aires, 1965.

⁶⁵ REALE, M., *Teoría tridimensional del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997.

3. Los derechos humanos y la unidad del Derecho internacional

Los derechos humanos han contribuido a dotar de unidad al orden internacional. Tradicionalmente se caracteriza a todo sistema normativo por las notas de unidad, coherencia y plenitud⁶⁶. Estos rasgos no han sido fácilmente predicables del sistema normativo internacional, por su carácter descentralizado, y por la pervivencia de la *autotutela*, la *reciprocidad* y el *relativismo*. Esto ha llevado a plantear si el orden internacional en realidad es un *sistema* o, en expresión de Combacau, un *bric-a-brac*⁶⁷.

Un orden carecería de unidad si fuese un conjunto de unidades individuales y desconectadas⁶⁸. La unidad de un orden implica afirmar la existencia de un conjunto interconectado de normas, de una unidad interna entre sus elementos. Implica que entre el sistema general y los subsistemas y reglas particulares existe un último fundamento de validez u otros elementos que doten de unidad al sistema.

Se ha distinguido entre unidad formal y material del orden internacional. La *unidad formal* implica que la Comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta la existencia de normas primarias y secundarias. Wengler considera que es suficiente la unidad de un orden jurídico por la existencia de in-junctions y de *contraintes*⁶⁹, una unidad formal. El análisis de la unidad se ha realizado tradicionalmente desde esta aproximación formal.

Kelsen estimaba que el problema de la unidad de las normas del orden internacional es equivalente al de la constitución del orden jurídico o de la comunidad internacional. Es la norma hipotética fundamental la que organiza en tanto que fuente última la unidad en la pluralidad de todas las normas que componen el orden. Hart concibe la unidad desde el presupuesto estructural del concepto de derecho como la unión de reglas primarias y secundarias. La unidad del sistema jurídico se da por la combinación de una estructura basada en normas primarias, normas secundarias con sus reglas de cambio y adjudicación y una norma de reconocimiento en la cúspide. Las secundarias son normas sobre normas, es decir, se refieren a la determinación, introducción, eliminación, modificación y violación de las primarias. La unidad del orden jurídico se apoya en la regla de reconocimiento, norma positiva y no mera hipótesis de trabajo⁷⁰.

⁶⁶ BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1991, p. 173.

⁶⁷ COMBACAU, J.; "Le droit international: bric-à-brac ou système?", *Archives de philosophie du Droit*, t. 31, *Le système juridique*, 1986, p. 86

⁶⁸ CANARIS, C.W., *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, 1998, pp. 19 s.

⁶⁹ WENGLER, W., "La crise de l'unité de l'ordre juridique international", *Mélanges offerts à C. Rousseau. La Communauté internationale*, París, 1974, pp. 329-340

⁷⁰ KELSEN, H. *Teoría del derecho internacional consuetudinario*, traducción y nota introductoria de N. De Piérola, publicado originalmente en *Révue internationale de la théorie du Droit*, 4, 1939, Lima, 1936, p. 37; HART, H.: *El concepto de derecho*, trad G. Carrió, Buenos Aires, en especial pp. 99 ss.

En nuestra opinión el *orden internacional de los derechos humanos ha permitido dotar de unidad material al orden internacional, lo que es un avance muy considerable, pues por su contenido introduce una dimensión de moralidad en el ordenamiento, reconocida por la Comunidad internacional*. Desde esa perspectiva la norma básica del Derecho internacional tiene un doble aspecto formal y material y éste último comprende criterios de moralidad legalizada que son parámetros de validez de todo el conjunto normativo. A estos efectos es atinente la teoría de Peces-Barba de que *la norma básica de identificación de normas* (normas de competencia, de criterios de validez, de producción de normas, que permiten una construcción sistemática del ordenamiento y son una referencia de su unidad) *no sólo tienen un aspecto formal, sino también material, que comprende los criterios morales de validez*. La validez del derecho, la pertenencia de las normas al ordenamiento se obtendrá constatando la adecuación de cada norma a esos criterios formales y materiales. Si en los ordenamientos internos la norma básica material que incorpora esa dimensión de moralidad aparece en el núcleo esencial de las constituciones, en forma de valores, principios, derechos fundamentales y en otras dimensiones, en el orden internacional aparece en su dimensión universal en las obligaciones *erga omnes* y en su núcleo esencial en las normas de *ius cogens*.

La Comunidad internacional reconoce ciertos valores fundamentales universales de convivencia que están positivizados en los principios fundamentales y desarrollados en normas del ordenamiento. En el orden internacional puede aplicarse el paradigma constitucional si se admite un concepto material de constitución, como vemos luego. Desde esta perspectiva el orden internacional tiene una unidad material y, en terminología hartiana, contiene *reglas primarias de alcance universal*, lo que implica que la Comunidad internacional de Estados en su conjunto ha reconocido como obligatorios universalmente un núcleo duro de principios y de reglas del DI, un orden público internacional, en el que, entre otras cosas cabe inscribir las normas de *Ius cogens*, que en su mayor parte son de derechos humanos.

4. Los derechos humanos y la jerarquía del Derecho internacional

Las normas de *ius cogens* han transformado el sentido del orden internacional, introduciendo una *jerarquía normativa*. Reconocidas por el art. 53 de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados, así como por la doctrina y por jurisprudencia internacional, son normas superiores en la jerarquía dada su importancia para la Comunidad internacional⁷¹.

⁷¹ KOLB, R., *Théorie du Ius cogens international. Essai de relecture du concept*, Puf, 2001. CARRILLO SALCEDO, J.A., "Reflections on the existence of a hierarchy of norms in international law", *EJIL*, vol. 8, n° 4, 1997, pp. 583-595, p. 595

La inmensa mayoría de estas normas son del *Derecho internacional de los derechos humanos*. Expresan los valores fundamentales de la Comunidad internacional, protegidos por normas que configuran un orden público internacional. La jerarquía ha erosionado la visión voluntarista, bilateralista y subjetivista clásica, limitando el relativismo y fomentando el objetivismo. El *ius strictum* o *preceptivum* protege los intereses más esenciales de la Comunidad internacional, a diferencia de las normas *erga omnes*, que protegen intereses colectivos.

Todas las normas de *Ius cogens* son *erga omnes*, pero no sucede al contrario. La superación del relativismo se produce por la aceptación por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, lo que no significa aceptar un enfoque *iusnaturalista*, sino que existe en el sistema jurídico. El *ius cogens* no supone un retorno al derecho natural. Como indica Weil “no se trata de valores que se impondrían a los Estados por ser superiores a estos últimos, sino de normas jurídicas cuya inspiración se encuentra en consideraciones éticas o sociológicas, pero cuyo carácter normativo es endógeno”⁷².

La contradicción aparentemente insoluble es la existente entre una concepción del Derecho internacional basada en la supremacía del acuerdo y una noción de *Ius cogens* que se define como reglas que escapan del acuerdo. *Pero el fundamento y origen consensualista del Ius cogens no exige la unánime aceptación sino que precisa sólo de una mayoría de Estados* (la Comunidad internacional de Estados en su conjunto, como precisa el citado art. 53), suficientemente representativa de la CI que reconozca el carácter imperativo, en definitiva que exista un *consensus*.

No cabe duda que hay una *opinio iuris cogentis* en torno al carácter imperativo de la norma que prohíbe la *discriminación racial* y el *apartheid*, el *genocidio*, la *trata de esclavos*, o la que reconoce el derecho a no ser sometido a torturas y/o tratos inhumanos o degradantes, los principios intransgredibles del Derecho internacional humanitario, o la obligación de respetar el derecho de libre determinación. Hay debates sobre el *ius cogens* pero existe un núcleo duro de derechos humanos que forman parte del mismo y que han introducido una jerarquía en el Derecho internacional, además de consecuencias adicionales en caso de violación seria, visibles en el proyecto de responsabilidad por hechos ilícitos de la Comisión de derecho internacional de 2001.

⁷² WEIL, P., “Le Droit international en quête de son identité. Cours général de Droit international public”, *RCADI*, 1992, vol. VI, p. 267.

5. Los derechos humanos y el tiempo.

En tanto que producto histórico el Derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado, lo que ha generado algunas cuestiones sobre la relación entre el *Tiempo y el Derecho*, en el ámbito de los derechos humanos. Cuando miramos al pasado observamos muchas violaciones de derechos humanos, lo que plantea cuestiones jurídicas y de otra naturaleza.

a) Las injusticias históricas.

Hay violaciones de los derechos humanos que pasado el tiempo ocupan a los historiadores, como las que se produjeron en las civilizaciones antiguas. Otras violaciones aún enraizadas en la historia siguen vivas en el tiempo presente. El principio *tempus regit actum* y el *de no retroactividad* dificulta que les sea aplicable el derecho vigente, pero siguen ocupando en el tiempo presente. Son las denominadas *injusticias históricas* cuyos efectos siguen presentes, como sucede con la *dominación colonial, la esclavitud, los genocidios, el imperialismo o la subyugación de pueblos como los indígenas, o el nazismo*.

El *colonialismo* ha llevado a que muchos países queden rezagados, pero no sería posible solicitar una reparación por la dominación colonial pues en aquel momento existía el *derecho de colonización*, no el *derecho de libre determinación*. La obligación vulnerada no estaba vigente en el pasado, por lo que no cabe solicitar una reparación de conformidad con el régimen de responsabilidad internacional por hechos ilícitos. Pero hay un sentido de justicia en ese tipo de reclamaciones que se refleja en *movimientos reivindicativos*, que tienen más fuerza en un plano diplomático que jurídico.

Todos los Estados occidentales han cometido injusticias históricas. En el caso de *España* cabe recordar la situación de la *minoría judía*, que en 1492 fue expulsada por los Reyes católicos, o luego en 1609 la expulsión de los *moriscos*, o el trato a la principal minoría en España, que es el *pueblo gitano*. Con el *pueblo gitano* la discriminación histórica ha sido secular en España pero también en toda Europa, lo mismo que con las minorías religiosas. En la construcción de España como Estado moderno y luego como Estado nación se produce una *represión de las minorías*. La unidad nacional se produce en un contexto de unidad religiosa, una vez realizada la reconquista, y era una manera de crear ciudadanía. Como dijera Fernando de los Ríos la España moderna identificó religión y nacionalidad, patria y religión, lo que labraría la fusión de la Iglesia y el Estado⁷³. Se trató mal a las minorías, hubo una injusticia histórica. El fenómeno no era una singularidad

⁷³ DE LOS RÍOS, F., *Religión y Estado en la España del siglo XVI*, conferencia dada en la Universidad de Columbia el 6 de octubre de 1926, publicada en DE LOS RÍOS, F., *Obras completas*, II, Libros, edición de Teresa Rodríguez de Lecea, Fundación Caja Madrid, Madrid, 1997, pp. 397-510, pp. 401-407

patria. En ese ambiente la *Inquisición* desde su creación en 1478 hasta su abolición en 1834 vigiló a las minorías étnico-religiosas, antes y después de su conversión, discriminadas con estatutos de sangre; se divide a la sociedad española en cristianos viejos y nuevos. Aunque el Estado era laico en el ámbito internacional, internamente la fe se imponía a través del Derecho y de la fuerza, lo que tenía raíces profundas en el pensamiento medieval⁷⁴.

Otra injusticia histórica en la que participó España fue la *esclavitud*. Durante la conquista no se reconoció la humanidad del negro, no se le consideró que formase parte de la humanidad o del género humano, a diferencia del indígena. La conquista de América llevó a dar licencias desde 1513 para el tráfico de negros. Entre 1513 y 1789 hubo comercio libre, primero con licencias o autorización real a cambio de un *almojarifazgo o derecho de alcabala* -tasa proporcional al valor de transacción- y de marca -sello grabado a fuego sobre la piel para confirmar que su introducción y propiedad era legal. El resto mediante asiento de negros o monopolios por periodos, que primero tuvieron Portugal (desde 1595), luego Francia y desde el Tratado de Utrecht (1713) Inglaterra⁷⁵.

A finales del siglo XVIII la Corona compra Fernando Poo al Reino de Portugal para facilitar la instalación de factorías negreras. En época de Carlos III y de Carlos IV se buscó incrementar la trata, reduciendo la dependencia de otros países. España fue a contracorriente sobre todo desde que el Congreso de Viena, de 1815, hiciese una *Declaración sobre la prohibición de la esclavitud*. La Constitución de 1812 no la prohibió por los intereses en Cuba y hasta una ley de 23 de junio de 1870 no se proscribió, aunque se promulgaron leyes ineficaces en 1835 y 1845. Aún con todo la Sala de Indias del Tribunal Supremo español, a diferencia del de Estados Unidos, reconocía la personalidad jurídica del esclavo, en las sentencias sobre esclavitud ultramarina del siglo XIX, acudiendo a principios como los “derechos de la humanidad”. Se basaba a tal efecto en la Siete Partidas de Alfonso X del siglo XIII, el código Negro de 1789 y la Novísima Recopilación de 1805. A pesar de algunas contradicciones la jurisprudencia se basaba en utilizar el principio de libertad ante la duda sobre la situación jurídica de los esclavos⁷⁶

⁷⁴ BLAZQUEZ MARTIN, D., *Herejía y traición. Las doctrinas de la persecución religiosa en el siglo XVI*, Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas-Uc3M, Dykinson, 2001, 133 pp.

⁷⁵ SCELLE, G., *La traite négrière aux Indes de Castille*, 1906; FERNANDEZ DURAN, R., *La Corona española y el tráfico de negros. Del monopolio al libre comercio*, Editorial del economista, Madrid, 2011, 404 pp, p. 46; PIQUERAS, J., *La esclavitud en las Españas. Un lazo transatlántico*, Ed. Catarata 2011, pp. 65 ss.

⁷⁶ A tal efecto se invocaba la ley 13 de las Siete Partidas, que indica: “Y decimos que regla derecha es que todos los jueces deben ayudar a la libertad, porque es amiga de la naturaleza, que la aman no tan solamente los hombres, más aún todos los animales”. LOPEZ SANTAMARIA, R., “Demandas de esclavos ante el Tribunal Supremo español y Ultramar, reclamando su libertad”, *Derechos y libertades*, núm 45m época II, junio de 2021, p. 409.

En relación con España la conquista de América ha sido objeto de recientes polémicas. El Presidente de México ha pedido a España y a la Iglesia católica que pidan perdón por el saqueo de la conquista. Borrell, Ministro de Asuntos exteriores, respondió que “obviamente España no va a presentar esas extemporáneas disculpas”. España no es un caso singular, pues en el ámbito internacional fenómenos como la esclavitud o la dominación colonial son injusticias históricas producto del comportamiento de todos los Estados imperiales. Son cuestiones para las que el Derecho no tiene respuestas adecuadas y que encajan mejor en el marco de las reivindicaciones políticas y de las relaciones diplomáticas que en el de los Tribunales de justicia.

b) Justicia, memoria y reparación.

Las violaciones del pasado siguen formando parte de la *diplomacia, de la política internacional de nuestro tiempo* y han traído nuevos temas jurídicos, desde la relación entre tiempo y derecho. Lo mismo ha sucedido en España en relación con la *guerra civil*. A pesar de lo indicado por el Comité de derechos humanos España no tiene la obligación de derogar la *ley de amnistía de 1977*, en relación con los crímenes de 1936-1939, pues la aparición de los crímenes contra la humanidad es posterior a la violación, y no cabría su aplicación retroactiva.

La relación entre Tiempo y Derecho, en derechos humanos, es problemática. El Tribunal europeo de Derechos humanos inadmitió a trámite el 27/III/2012 una querrela presentada por dos familiares de un desaparecido en la guerra civil al considerar, sin entrar en el fondo, que se formulaba fuera de plazo⁷⁷. En julio de 1936 Don Julio Dorado Duque, diputado del PSOE fue aprehendido por miembros del Ejército, junto a otro diputado y al cónsul británico en Málaga y desaparece posteriormente. Su hija y su nieto acuden al Tribunal europeo de derechos humanos, en 2009, invocando, entre otros argumentos, la violación por España de los arts 2 (el Estado sería responsable de la muerte), 3 (por ausencia de información oficial sobre su paradero que había creado una continua y prolongada angustia que comportaría un trato inhumano y degradante), 5 (las autoridades no habrían hecho una explicación creíble de la desaparición) o 13 (no habría habido un recurso efectivo).

La evolución del Derecho internacional de los derechos humanos ha llevado a nuevos planteamientos en la *justicia transicional*, en países como Argentina, Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala, Haití, Uruguay, Honduras, Chile o Perú. Tanto la Comisión como la Corte interamericana estimaron inválidas algunas amnistías que fueron declaradas por los propios responsables de las violaciones y, desde el *Asunto Velásquez Rodríguez*, estimaron que el Estado tiene la *obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación y procurar la reparación de los daños*. Las autoamnistías dieron lugar a una destacable jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos, en el *Asunto Barrios*

⁷⁷ *Asunto A. Gutiérrez Dorado y C. Dorado Ortiz contra España*, demanda núm. 30141/09

Alto c Perú (2001), *Moiwana contra Surinam (2005)*, *Almonacid c. Chile (2006)*, *Julia Gomes Lund (guerrilla de Araguaia c. Brasil) (2010)*. Para la Corte la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens* y la penalización de estos crímenes es obligatoria en el Derecho internacional por lo que serían nulas las amnistías en virtud de los artículos 27 (el derecho interno no puede invocarse para incumplir el derecho internacional) y 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados que sanciona como nulos los tratados que contengan obligaciones contrarias a las normas de *ius cogens*. Esta jurisprudencia americana se refería a crímenes cometidos en la década de los setenta y los ochenta, en un momento en el que ya estaba consolidada la categoría de los crímenes contra la Humanidad en el Derecho internacional general.

Hay que recordar, con S. Juliá⁷⁸, que la ley de amnistía española fue una conquista de la izquierda, no de la derecha. En los países de América Latina donde se han considerado nulas las leyes de amnistía eran un instrumento de los responsables de las violaciones de los derechos humanos para eludir su responsabilidad. No es el caso de la ley de amnistía española, como reflejan tanto las manifestaciones como el origen de la ley, el apoyo popular que tuvo o los debates sobre la misma en el Congreso de los Diputados. Para la oposición solo una amnistía total clausuraba la guerra civil y la dictadura, indica Julia, por lo que confundir la ley de amnistía con un triunfo del franquismo y una cesión de la oposición democrática es resultado de una elaboración posterior que juzga el pasado desde la posición de una democracia consolidada. Cambiar la historia transformando la memoria sobre la historia no deja de ser una manipulación histórica. Es mejor que las nuevas generaciones sepan que Francisco Franco no fue derrocado, que hubo un pacto entre vencedores y vencidos, que la democracia se construyó al precio de miles de exiliados, del olvido de las víctimas de la guerra civil y del franquismo. Es mejor recordar el horror que legalizarlo. Ya no tiene remedio. La impunidad es irremediable.

Esto no significa que España no tenga *obligaciones jurídicas que deriven de la evolución del Derecho internacional*, reflejado en la creación en 1980 del grupo de trabajos de desapariciones forzadas, en la aprobación, en 2005, de los *Principios para la protección y promoción de los derechos humanos en la lucha contra la impunidad* y, en la convención internacional para *la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, de 2006, así como en el desarrollo del denominado *derecho a la verdad*, sobre todo en el contexto de América Latina. Los Estados tienen la obligación de perseguir los crímenes y de castigarlos⁷⁹.

⁷⁸ JULIA, S., “Memoria, historia y política de un pasado de guerra y dictadura”, *Memoria de la guerra y del franquismo*, Taurus, 2006, pp. 43 ss.

⁷⁹ *Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y la reparación y las garantías de no repetición acerca de su estudio mundial sobre la justicia de transición*, Consejo de derechos humanos, 7 de agosto de 2017.

Más allá de la responsabilidad penal se pueden desarrollar *medidas de reparación de las injusticias históricas*. En la *Conferencia de Durban* (2001) se debatió sobre las posibles medidas de reparación, resarcimiento o indemnización y se hizo un llamamiento para que los Estados adoptasen medidas para hacer cesar e invertir las consecuencias duraderas de esas prácticas. En este sentido una forma de reparar es reconocer los hechos, o pedir excusas o perdón, lo que puede ser objeto tanto de las relaciones internacionales como internas⁸⁰. Hay *casos muy sensibles* como la responsabilidad histórica de Alemania por el *holocausto*. El 1/IX/2019 el presidente de Alemania pedía perdón a Polonia (“asumiremos la responsabilidad que nos ha impuesto la historia”), pero días después éste solicitaba “compensaciones económicas”, que no eran aceptadas por Alemania, pues habrían quedado zanjadas por un acuerdo de 1953, con la República Democrática Alemana. En julio de 2021 el Parlamento polaco adopta una *ley sobre compensaciones por la restitución de bienes a los descendientes de los judíos polacos asesinados*. Después de la guerra muchos de sus bienes fueron nacionalizados. En la *Declaración de Terezin* de 2007 47 Estados se comprometieron a devolver o compensar a los descendientes. Lo que hace el Parlamento polaco es limitar las reclamaciones a aquellos bienes nacionalizados desde la caída del comunismo, lo que la deja sin sentido, razón por la cual han protestado tanto Israel como el Consejo Mundial judío. Polonia ha respondido señalando que “no es en absoluto responsable del Holocausto, una atrocidad cometida por el ocupante alemán también sobre ciudadanos polacos de origen judío”.

La reparación puede tomar otras formas, como son la *devolución de bienes* culturales, expoliados, como se plantea en el obelisco de Aksum, la petición de devoluciones del palacio de Nanking, el acuerdo entre la Universidad de Yale y Perú para la devolución de los bienes de Machu Pichu. O puede llevar en otros casos a la petición de reparaciones ante los tribunales internos, como hicieron en 2009 los veteranos Mau Mau que se habían alzado en Kenia en los años cincuenta contra el Reino Unido.

La forma más común hasta el momento es la petición de perdón. La Alcaldesa de Amsterdam⁸¹ ha pedido perdón por la responsabilidad de la ciudad en el tráfico

⁸⁰ Por ejemplo, el Papa Francisco ha pedido disculpas en relación con la labor de la Iglesia durante la colonización y con los pueblos indígenas. Serbia por el genocidio de Srebrenica, en 1995; la ONU por su huida durante el genocidio de Ruanda; Australia y Canadá por su comportamiento con los pueblos indígenas; Obama, en Estados Unidos, presidió (2016) la conferencia de las naciones tribales de la Casa Blanca e indicó que “la restauración de 173.000 hectáreas de tierras tribales a sus propietarios originales”, o visitó Hiroshima, el 27/5/2016, aunque no pidió disculpas por la decisión bélica. Alemania en 2004 pidió disculpas por las masacres contra la tribu herero en Namibia. Otros países, sin embargo, como Turquía no reconocen conductas como el genocidio armenio, del mismo modo que Bélgica no ha hecho lo suficiente en relación con el genocidio en el Congo Belga.

⁸¹ “Países Bajos revisa su pasado como potencia colonial y esclavista”, *El País*, 2 de julio de 2021.

de personas ante un monumento conmemorativo del día de la emancipación, lo que todavía no ha hecho oficialmente el gobierno porque según Mark Rutte, primer ministro, “ocurrió hace mucho tiempo y generaría un debate divisivo”.

6. Los derechos humanos y el poder.

a) La relación Poder-Derecho y derechos humanos

El poder es la capacidad de influencia, que en la sociedad internacional está descentralizado en el cuerpo social, lo que favorece a los más poderosos. El Poder se expresa de formas variadas en el sistema universal de derechos humanos, en la denominada *politización*, cuando los derechos humanos se utilizan como armas arrojadas en la política exterior. Así sucedió en la conferencia de seguridad y cooperación en Europa, desde el *Acta Final de Helsinki de 1975*, cuyo principio VII eran los derechos humanos, hasta la caída del muro y de la URSS pues sirvieron como un punto de enfrentamiento entre el este y el oeste, como una manera de debilitar al contrario en la política exterior.

El poder también se manifiesta en la violación de los derechos humanos, lo que vemos en las torturas de *Abu-Graib*, *Guantánamo*, en los excesos en la lucha contra el terrorismo, la persecución de defensores de derechos humanos. Un caso que ha tenido un impacto grande ha sido el *asesinato de Kashoggi en la legación saudí en Estambul* donde había ido a recoger unos papeles porque iba a casarse con su novia. Miembro de una conocida familia saudí era un periodista del Washington Post que hacía críticas al Emirato, lo que fue la causa del asesinato por un grupo enviado desde Arabia Saudí, con serios indicios de que fue ordenado por el Príncipe Bin Salmán, sucesor del Emir del Reino. Esto planteó desde muy pronto tanto en Naciones Unidas, como en la Unión Europea y en los Estados si se debían imponer sanciones a Arabia Saudí. Tras determinados debates de amplio alcance político no se impusieron sanciones, o estas fueron de menor calado, lo que refleja el papel del poder en el Derecho internacional de los derechos humanos. Se podrían poner muchos ejemplos de cómo el poder debilita la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos. En Naciones Unidas el Secretario general Antonio Gutiérrez indicó que la organización no tenía competencias en la materia y el Consejo de Seguridad, que es el único con verdadero poder para una acción de naturaleza coercitiva, se quedó bloqueado por cuestiones de Poder. Tal vez no sean ajenos a estos hechos la intención saudí de llevarse la sede de la Organización mundial del Turismo, único organismo subsidiario de Naciones Unidas, de Madrid a Riad, propuesta que constituye un gesto inamistoso, pues sería la primera vez que se produce un traslado de sede de un organismo especializado de Naciones Unidas, que esperamos no se culmine, pues necesita el voto favorable de 2/3 de los miembros de la organización.

Más conocido es el *Asunto Couso*, cámara de Telecinco fallecido durante la ocupación de Bagdad por fuerzas militares norteamericanas, el 23 de abril de 2003.

Aquí se manifestó el Poder en las dificultades de la cooperación internacional en asuntos de esta naturaleza. Estados Unidos logró que cambiase la política de Interpol en este tipo de casos, de tal manera que no colaborase si el país protestaba. Tal vez influidos por la ineficacia de la defensa de un particular en el sistema universal y por el desamparo al que lleva esa falta de atención el Tribunal Supremo, en la sentencia núm 998/2021, de la Sala de lo contencioso administrativo (ponente fue Wenceslado Olea Godoy) establece una novedosa jurisprudencia sobre el *derecho a la protección diplomática de los ciudadanos españoles, bajo determinadas condiciones, que sin duda se inspira en la protección de los derechos humanos*. A pesar de las características interestatales del régimen de la protección diplomática en el Derecho internacional, en el derecho español se interpreta ese régimen desde su consideración como servicio público y desde la función tuitiva de los poderes públicos, en un contexto muy específico. Así, a los efectos del establecimiento de la jurisprudencia se indica(FJ 6) en la sentencia que:

“los ciudadanos españoles tienen derecho a la protección diplomática por parte de la Administración nacional, para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por un hecho ilícito conforme al Derecho internacional ocasionado directamente por otro Estado; siempre y cuando el propio perjudicado no haya podido obtener la reparación por los mecanismos de Derecho interno del Estado productor del daño, siempre que estén establecidos y sea razonable obtener un pronunciamiento expreso en tiempo razonable. El mencionado derecho comprende la utilización de las vías diplomáticas que se consideren procedentes, conforme a las reglas de la actuación exterior de la Administración, o por otros medios admitidos por el Derecho internacional, encaminada a la reparación del perjuicio ocasionado, siempre que dichos medios la hagan razonablemente admisibles”⁸²

Esta novedosa jurisprudencia es un avance en el derecho interno de un Estado ante las deficiencias que para los seres humanos derivan de un orden interestatal, por parte de un Estado cuyo régimen jurídico asume la *obligación jurídica de proteger a sus ciudadanos incluso más allá de su territorio, jurisdicción o control, en determinadas situaciones*.

⁸² Indica la sentencia, entre otras cosas que: “precisamente por constituir la declaración del hecho como ilícito internacional el presupuesto esencial de la protección, la primera actuación del Estado del que es nacional el perjudicado ha de ser precisamente, una vez apreciada a efectos meramente internos esa concurrencia de la ilicitud internacional del hecho, es tratar de hacer valer ante el Estado generador del daño los argumentos para dicha consideración. (...) ese debate no puede suponer, como se sostiene por la defensa de la Administración, que se excluya la obligación de prestar la protección (...) el título de imputación necesario para apreciar la responsabilidad patrimonial es el hecho de que el Estado español omitió la protección que le fue requerida y que estaba obligado, como hemos visto (...). El Estado español estaba obligado, como se hace constar en la sentencia recurrida, a hacer gestiones en pro de una investigación internacional objetiva de los hechos y, en su caso, utilizar los medios que estimara procedente que pudiera dar como resultado la reparación del daño ocasionado, no a dar la llamada por respuesta o limitarse a dar por buenos los argumentos (...).

Este ejemplo muestra que la relación Derecho-Poder-justicia no puede dejarse en la sociedad internacional a la articulación de la organización constitucional de los poderes, de los valores y de los principios del ordenamiento⁸³, pues en la comunidad internacional no hay Estado. La cuestión de si un Poder es legítimo en la modernidad está vinculada a su origen democrático, así como al hecho de que el Poder y el Derecho asumen unos valores y tienen controles y límites en el ejercicio de sus competencias. Un orden jurídico así creado y aplicado por un poder limitado y legítimo es, en principio, un orden justo. La aplicación mimética de estas ideas a la Comunidad internacional, como ya dijimos, no es posible. La *justicia del Derecho no puede dejarse a los procedimientos propios de los Estados democráticos*. El modelo de relación entre Derecho, poder y derechos humanos es el de *complementariedad dialéctica*. El Derecho no se impone plenamente al Poder, ni el Poder al Derecho sino que hay relaciones dialécticas y contradictorias. El Derecho internacional de los derechos humanos se ha desarrollado en la sociedad internacional institucional, en organizaciones internacionales como Naciones Unidas. En ésta, como dijera R.J. Dupuy, entre el modelo relacional (de los Estados) y el modelo institucional (de las organizaciones internacionales) se producen relaciones dialécticas, pues la dinámica de la sociedad interestatal no desaparece en la sociedad institucional⁸⁴.

b) Valores e intereses: a propósito de la jurisdicción universal

La tensión entre el Poder y el Derecho, entre los intereses y los valores, y la debilidad de éstos frente a aquellos la encontramos en la *supresión de la jurisdicción universal española*, que se había convertido en un referente para la comunidad internacional en las dos décadas anteriores. En los años ochenta el denominado *carnicero de Lyon, Klaus Barbie*, que había ordenado el asesinato del dirigente de la resistencia, Jean Moulin en 1943, así como la deportación de judíos a los campos de exterminio, fue extraditado desde Bolivia, donde había estado protegido por la dictadura de Stroessner, para ser juzgado en Francia por crímenes contra la Humanidad. La llegada al poder del Presidente de Francia, François Mitterrand y la democratización de Bolivia permitieron su extradición y enjuiciamiento por crímenes contra la humanidad, lo que tuvo un gran impacto en la opinión pública mundial.

La Ley orgánica del Poder judicial española permitía un amplio ejercicio de la jurisdicción universal. Como indicase el Tribunal Constitucional en la *sentencia 237/2005 sobre competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, torturas y terrorismo* cometidos en Guatemala, el principio de justicia universal se basa en las características de los delitos sometidos a ella,

⁸³ Vid. PECES-BARBA, G., *Ética pública y derecho*, Real academia de ciencias morales y políticas, Madrid, 1993, 78 pp.

⁸⁴ DUPUY, R.J., *La Communauté entre le mythe et l'histoire*, Economica, Unesco, París, 1986, pp. 14 ss.

cuya lesividad trasciende las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad internacional en su conjunto (F.J.9). Se trata, indicaba, de un interés compartido por los Estados y no de un interés particular sólo de España o de otros países; la concepción de la jurisdicción universal en tanto que “la competencia de un Estado para perseguir, en caso de ser declarados culpables, castigar, presuntos delincuentes, independientemente del lugar de la comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la ley internacional”. Para el TC era difícil conciliar los intereses nacionales con el acceso a la jurisdicción, lo que vulneraría el acceso a la tutela judicial efectiva de los demandantes. La jurisdicción universal garantizaba un espacio universal de jurisdicción con objeto de erradicar la inmunidad respecto de determinados crímenes particularmente odiosos para la Humanidad por ser agresiones muy graves a los derechos humanos⁸⁵.

A fines de los noventa España se convierte en referente internacional sobre el principio de jurisdicción universal en el orden internacional, con asuntos tan sonoros como *Scilingo*, *Cavallero*, *Pinochet*, *Guatemala*, *Couso*, *Tibet*, *Falun Gong*, *Vuelos de la CIA*, *Sáhara* y *Ruanda*, así como otros en que se archivaron como las denuncias contra dirigentes de Perú, Venezuela, Cuba, Marruecos, Guinea, China o Colombia⁸⁶. La Audiencia Nacional inicia este camino en 1996 con las denuncias por delitos de genocidio y terrorismo contra altos responsables de las dictaduras militares de *Argentina* (1976-1983), y *Chile* (1973). En 2003 Scilingo, militar argentino que trabajaba en la ESMA (Escuela superior de mecánica de la Armada) y que había participado en dos vuelos de la muerte sería condenado por crímenes contra la humanidad y genocidio, pero en casación el Tribunal Supremo, en 2005, no admitió la aplicación de la costumbre penal en los crímenes contra la humanidad. Estos crímenes no habían sido introducidos en el código penal español hasta 2004, por lo que fue condenado por otros tipos penales, que no eran en puridad aplicables.

El ejercicio de la jurisdicción universal por España puso de relieve un problema propio de la relación entre el *Derecho internacional* y los *derechos internos*, que es el de la *falta de adecuación*. Así, en relación con los crímenes contra la Humanidad cometidos en Argentina la jurisdicción española se ejerció por *genocidio*, *torturas* y *terrorismo* cuando en realidad eran propiamente, desde la visión del Derecho internacional, *crímenes contra la Humanidad*. El genocidio había sido incorporado en el código penal español en los años setenta y los crímenes contra la humanidad no lo serían hasta 2004. Era mejor, para el juez español, tergiversar

⁸⁵ STC de 20-XII-2018 y STC 237/2005.

⁸⁶ OLLE SESE, M., “La aplicación del principio de justicia universal: una visión iberoamericana”, *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*, Fernández Liesa, C., (Dir), UC3M-Thomson Civitas, 2009, p. 158 ss; BLANC ALTEMIR, A., *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Bosch, 1990.

la interpretación del Derecho español que aplicar el Derecho internacional penal, la costumbre internacional, porque no es un derecho escrito, previo y cierto.

Esta visión era poco abierta a la aplicación del *Derecho internacional penal consuetudinario en el derecho español*, por un garantismo que puede resultar excesivo y que, además, lleva a interpretaciones distorsionadas del Derecho. Así se evidenció posteriormente en otros asuntos con la persecución del *crimen de piratería*, en el *asunto playa de Bakio* o en el *asunto Alakrana*. En éste dos personas fueron traídas desde el Golfo de Adén, después de haber participado en el secuestro del buque en el mar, en un acto típico de piratería, pero no fueron perseguidos por ello sino por detención ilegal y por llevar armas de fuego, delitos que no estaban previstos por la ley orgánica del poder judicial, para jurisdicción universal, a diferencia de la piratería; y ello porque el legislador español había eliminado en la reforma del código penal de 1995 el tipo penal de la piratería. Para ello se realizó la distinción artificiosa, digna de mejor causa, entre *jurisdicción para perseguir* y *jurisdicción para condenar*.

La jurisdicción universal hizo que entrasen en colisión *los valores y los intereses*. Se produjo un repliegue casi total de esa facultad que tienen los Estados, en perjuicio de la defensa de los derechos humanos. Las reformas de 2009 y 2014 hacen un flaco favor a la defensa de los valores como consecuencia de las tensiones y de las presiones que vinieron por parte de países poderosos como China (por el asunto del Tibet), Israel y Estados Unidos (en este caso por los vuelos de la CIA, Guantánamo y Abu Graib), entre otros.

TERCERA PARTE. La dinámica del sistema internacional

Capítulo quinto. La tensión en los pilares del ordenamiento

1. La noción de dignidad humana.

Hay nociones básicas como la *de dignidad humana, sobre la cual se asienta el edificio de los derechos humanos*. Sus semillas fueron plantadas en el pensamiento clásico por autores como Platón, Aristóteles, Cicerón, Horacio, Terencio o Séneca, que habían establecido algunas premisas previas de fundamentación posterior, como el ideal de autonomía (el cuidado de sí), el *carpe diem* (la búsqueda de la felicidad individual), el ideal de ciudadano del mundo, la igualdad moral del ser humano y el *homo homini sacra res*⁸⁷.

⁸⁷ Vid. PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona humana desde la filosofía del derecho*, Dykinson, 2002, pp. 12 ss.

El telón de fondo de los derechos humanos está en la *idea de dignidad humana que, desde la modernidad, se recupera y construye. El hombre se sitúa como centro del mundo una vez derrumbado el edificio medieval de la cristiandad*. La dignidad como fundamento de los derechos humanos. A pesar del trascurso del tiempo la noción de dignidad tiene un gran prestigio. Por ello la *Declaración universal de derechos humanos de 1948* considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad “intrínseca” de todos los miembros de la familia humana; asimismo el preámbulo del *pacto de derechos civiles y políticos de 1966* reconoce que los derechos derivan de la “dignidad inherente” a la persona humana. En el Derecho español el art. 10, 1 de la *Constitución española* indica que la “dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social”

El prestigio de la noción ha conducido a un *uso inflacionario*, como sucede en la *Unión Europea*, donde aparece no sólo en la Carta de derechos humanos, en tanto que título del primer capítulo, como frontispicio de las normas de *ius cogens*, que establecen una jerarquía de valores, sino también como un derecho, mientras que el tratado de Lisboa establece que la Unión se fundamenta, junto a otros, en los valores de respeto a la dignidad humana (art 2 TUE), que también constituye un principio de la acción exterior (art. 21.1), una condición de adhesión (art 49) y de permanencia como miembro de pleno derecho (art. 7) para los Estados.

Ese prestigio ha llevado a su uso *extensivo en referencia a los pueblos y las culturas*. Así, la *Declaración de los principios de la cooperación cultural internacional*, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 4 de abril de 1966 indica que: 1.1. Toda cultura tiene dignidad y un valor que debe ser respetado y protegido. 3. (...) todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad. La noción de dignidad no va aquí referida a la persona, pero sí a la persona en su contexto cultural, pues los seres humanos somos seres culturales, y esa extensión del concepto tiene sentido por la estrecha relación casi de indivisibilidad entre el ser humano y su cultura.

La idea de dignidad desde una visión antropocéntrica está en la raíz de los derechos humanos, que desarrolla posteriormente la Ilustración y en la que, por ejemplo, no encajan reivindicaciones como los *derechos de los animales* o de los *ríos*, en tanto que *sujetos de Derechos humanos*. Eso no significa que no pueda desarrollarse su protección mediante técnicas de personificación, atribuyendo a determinadas entidades la representación y el deber de velar por sus “derechos”. Pero eso se complementa con otras sensibilidades, cuyo fundamento no puede estar sino indirectamente en dicha noción, como la protección del planeta y otros retos de la Humanidad, como la protección de los animales, que ponen en entredicho la centralidad del ser humano.

Esto se manifiesta en la jurisprudencia de algunos tribunales internos. Así los tribunales de Nueva Zelanda han reconocido que la personalidad jurídica del río *Whanganui*, antepasado y entidad viva del pueblo maorí. La Corte constitucional colombiana, en la sentencia T-622, de 2016, consideró al río *Atrato* sujeto de derechos, para protegerlo, y ordenó al gobierno que eligiese un representante jurídico⁸⁸. Más recientemente el 23/II/2021 se ha reconocido personalidad jurídica al *Río Pagmie*, en Canadá así como a tutores legales que los garanticen.

No estamos ante derechos humanos. La naturaleza, la cultura, el resto de los seres vivos de la humanidad están en estrecho contacto con nuestra dignidad, pues el ser humano vive en un planeta en el que hay una interacción como ecosistema. La visión occidental puede verse complementada por otras que la enriquezcan, como la de los *pueblos indígenas*, que pueden aportar luz para un mundo más sostenible. Los pueblos indígenas, olvidados por el art. 27 del Pacto de derechos civiles y políticos de 1966, que se refiere a los derechos de las minorías, ven los derechos y la cultura como el resultado de su relación con otros seres humanos, pero también con las plantas, los animales y la tierra.

Los recientes desarrollos de sus derechos, desde el Convenio de la OIT de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales se han plasmado en la *Declaración de la AGONU sobre los derechos de los pueblos indígenas* (13/IX/2007) y en la *Declaración americana de derechos de los pueblos indígenas*, de la OEA (2016). Estas declaraciones en gran parte reflejan el *Derecho internacional de los pueblos indígenas*⁸⁹, que tienen derechos propios y específicos, tales como el *derecho al propio derecho*, *derechos culturales* o el *derecho a la tierra*, de cuya concepción podrían extraerse enseñanzas para el desarrollo de la noción de sostenibilidad en el orden internacional. De otro lado hay un debate en torno a los *derechos de los animales*, que no están reconocidos en el Derecho internacional ni por los derechos nacionales, lo que no significa que los seres humanos no tengan obligaciones en relación con los mismos, como ya reconoce el Derecho. Ahora bien, no se puede afirmar que los animales sean titulares de derechos. Algunos autores así lo abogan e indican que con el tiempo se llegará a una *Declaración universal de los derechos de los animales*. Rey Pérez⁹⁰ aboga por considerar que forman parte de una comunidad moral construida sobre el principio de dignidad y la capacidad de experimentar dolor, dignidad que comportaría considerar a todos los miembros

⁸⁸ El decreto 1148 del Presidente de 2017 del Presidente de la República designó al Ministerio de Medio ambiente y desarrollo sostenible como representante legal y ordenó la conformación de un cuerpo colegiado de guardianes, en los que había representantes de las Comunidades.

⁸⁹ OLIVA MARTINEZ, D., *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos: fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho internacional*, BOE- Universidad Carlos III de Madrid, 2012.

⁹⁰ REY PEREZ, J.L., *Los derechos de los animales en serio*, Dykinson, Madrid, 2019, 236 pp y el comentario de SERRA-PALAO, P., en *Derechos y libertades*, n° 45, junio de 2021, pp. 433-442.

de la Comunidad moral como fines y no como medios, por lo que tendrían derechos morales, siendo necesaria su positivización, propone, en una posición que no compartimos.

Cabe indicar, finalmente, que la noción de dignidad humana es *indeterminada*. La jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo utilizan mucho la noción pero no han realizado hasta el momento una descripción positiva, clara y contundente de su significado jurídico⁹¹. En muchas ocasiones ha servido para rellenar lagunas, como en el célebre *asunto del lanzamiento del enano como atracción de circo* ante el Consejo de Estado francés, actividad que se estimó en aquel momento que podía ir contra su dignidad. Una de las notas de la noción es la propia indisponibilidad de la dignidad, razón por la cual está prohibida la venta de órganos, aunque la propia persona lo desee. Su carácter abierto e indeterminado puede permitir que sirva para transitar por nuevos derroteros. Así está sucediendo con la aplicación de la idea de dignidad en el *Derecho de la discapacidad*⁹², que es una nueva rama del derecho, que sirve para deconstruir y reconstruir ideas y actitudes estigmatizadoras y excluyentes y para construir nuevos principios y normas, que parten de un *nuevo modelo desde los derechos humanos*.

2. La globalización y los derechos humanos

Otro de los elementos de tensión para los derechos humanos en las últimas décadas viene por la denominada *globalización*. El siglo XX fue uno de las más cortos en la historia de la Humanidad. Cabe situar sus inicios al hilo de la primera guerra mundial, con la Sociedad de Naciones, y su fin cuando el mundo se abre a una realidad muy diferente a la anterior. Entre estos dos momentos se producen grandes cambios, que mutan las características de la vida internacional. A diferencia de lo ocurrido en otros grandes momentos históricos, que habían engendrado su propio orden, la postguerra sin guerra abrió un *periodo de transición, adaptación y reestructuración*. 1648 había producido el orden de Westfalia, 1815 el de Viena, 1919 el de Versalles y 1945 el de San Francisco (y Yalta). 1989, sin embargo, sólo reprodujo, en un primer momento, el sueño wilsoniano, ya repetido en varias ocasiones en el siglo, de un nuevo orden mundial. G. Bush, en su *Mensaje sobre el estado de la Unión* señalaba que:

⁹¹ En este sentido MILIONE, C.; CARDENAS, A., “Dignidad humana y derechos fundamentales. Consideraciones en torno al concepto de dignidad en la reciente doctrina del tribunal europeo de derechos humanos y del tribunal de justicia de la Unión Europea”, *Derechos y libertades*, n° 42, II, 2020

⁹² DE LORENZO, R., *Fundamentos del derecho de la discapacidad*, Thomson Reuters, 2020, en prensa

“lo que está en juego es una gran idea, un nuevo orden mundial, en el que diferentes naciones se juntan alrededor de una causa común, con la finalidad de realizar las aspiraciones universales del hombre -la paz, la seguridad, la libertad y la primacía del derecho”.

Frente a estos mensajes esperanzadores el nuevo universo creado por el efecto planetario del desmembramiento del mundo socialista afectaba de formas muy diversas al destino de la humanidad. Cobraba fuerza el factor de imprevisibilidad, menos presente en la guerra fría al abandonarse, en expresión de F. Mitterrand un “mundo injusto pero estable, por un mundo, esperamos, más justo pero sin duda más inestable”. La nueva primacía de la incertidumbre iba acompañada de una propensión al desorden. *El tránsito de un orden a un nuevo orden pasa por el desorden.*

En esta nueva situación la espina dorsal del nuevo mundo ha girado varias décadas en torno al concepto de *globalización*, que ha producido una liberalización económica global, ha debilitado al Estado, ha hecho que se produzca un incremento de la riqueza, pero también de la pobreza. La globalización ha descansado en una *ideología neoliberal* que se ha visto acompañada de un *proceso de debilitamiento del Estado social y de desregulación*. Los procesos de autonomización y de virtualización de la economía a la que le gusta escapar del control del Estado, concebido como barrera no tarifaria, y del sometimiento al Derecho, que estaría a su servicio y no al revés.

La globalización se hizo sin las suficientes salvaguardas frente al mercado. Desde muy pronto se vio el riesgo de *reducción del espacio político, de aniquilación de la política y de sustitución de la razón política por la razón técnica*⁹³. La globalización se reflejaba en una expansión global de los mercados, con escasas ataduras, a pesar de que la creación de la Organización Mundial del Comercio refundó el Derecho internacional económico. Pero lo hizo desde una *perspectiva que no tenía en cuenta ni incorporaba suficientemente los derechos humanos ni el derecho al desarrollo*⁹⁴. De otro lado la globalización ha auspiciado el fenómeno de que los actores no estatales adquieran mucho más poder en la vida internacional. Se produce, como señalaba Dupuy⁹⁵, el *desdoblamiento del mundo* porque junto al mundo de los Estados se mezcla un mundo cuyos actores son fuerzas vivas, llevados por flujos internacionales y animados por el deseo de eficacia.

El proceso de globalización es asimétrico, es decir, que no ha beneficiado a todos los países ni dentro de cada país supone una elevación general del nivel de

⁹³ DE VEGA, P., “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *REP*, abril/junio de 1998.

⁹⁴ MANERO SALVADOR, A., *OMC y desarrollo. Evolución y perspectivas del trato desigual en el Derecho del comercio internacional*, Tirant lo Blanc, 2006

⁹⁵ DUPUY, R.J., “Le dédoublement du monde”, *RGDIP*, 1996/2, p. 320,

vida. Desde la perspectiva geopolítica el actor dominante ha sido Estados Unidos. Había vencido a la Unión soviética tras décadas de enfrentamiento y primero quiso imponer a la comunidad internacional un modelo unilateral. Se produce el tránsito de un mundo bipolar a otro unilateral. Pero la guerra de Irak y otros acontecimientos deslegitimaron esa pretensión y el liderazgo norteamericano nunca llegó a imponerse sobre el resto del mundo.

Desde entonces el mundo ha vuelto a ser más *multipolar*, lo que tampoco ha fortalecido suficientemente el *multilateralismo* y el papel de las organizaciones internacionales. Han emergido nuevas potencias como China. Y estamos en una *fase de recomposición de los equilibrios internacionales*. La globalización no ha finalizado pero se ha reorientado. La crisis del sistema de la OMC será coyuntural pero su superación exige un giro en el que los principales polos económicos internacionales Estados Unidos, China, Unión Europea... no han alcanzado un consenso hasta el momento. En todo caso *eso no asegura que el nuevo modelo se base en los derechos humanos o en la sostenibilidad*.

3. Del universalismo al diálogo transcivilizatorio.

En cuanto seres culturales hay una estrecha relación entre cultura y derechos humanos, tanto de manera individual como en la convivencia entre los grupos. En este sentido, y de modo similar al comentado al referirnos a la Dignidad humana, la *Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural*, de 2 de noviembre de 2001 recuerda el vínculo entre la dignidad de los seres humanos, la cultura y la educación. El artículo 1 de dicha Declaración se indica que la diversidad cultural es “patrimonio común de la humanidad” y que es tan necesaria para “el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos”.

Esta apuesta por el *pluralismo cultural* para manejar la diversidad de la humanidad se reafirma por el artículo 2 de la Declaración. Durante muchos siglos desde la perspectiva de las relaciones entre Estados, o dentro de cada Estado, se trataba la diversidad con la asimilación, la supresión, mediante políticas genocidas o etnocidas. Esta visión de la igualdad entre los seres humanos y las culturas va cambiando desde que Naciones Unidas y la UNESCO, a mediados del siglo XX, en el contexto de la universalización, fomentan este mensaje. Pero una cosa es decirlo y otra es ponerlo en práctica.

Hay una inercia histórica, antropológica incluso, de superioridad de pueblos y culturas que es difícil de erradicar, y que sigue potenciada explícita o implícitamente por las *concepciones etnicistas, populistas y nacionalistas*. Así en Canadá, país con muy buena imagen en derechos humanos, entre 1883 y 1996 tenía una red de más de 150 internados que acogían a niños indígenas en programas de integración de comunidades indígenas, muchos de los cuales acabaron en fosas comunes recientemente descubiertas. En 2008 se creó la *National Truth and*

reconciliation Commission que consideró que se había producido un genocidio cultural.

Durante mucho tiempo las relaciones internacionales, e internas, fueron relaciones entre *civilizados, bárbaros y salvajes*. El cénit de esta concepción xenófoba se produce a fines del siglo XIX, en el reparto de Africa, como consecuencia de la traslación que se hizo del evolucionismo desde la antropología a otras ciencias sociales. En dicha clasificación los pueblos civilizados eran los Estados cristianos o de civilización cristiana (europa y América), los bárbaros eran la Puerta Otomano, China y Japón, y el resto eran salvajes a los que se podía conquistar para realizar la misión sagrada de civilización.

Esto supuso una dominación por los Imperios europeos del resto de los pueblos. Al principio el universalismo de los juristas españoles justificó la conquista desde presupuestos humanistas. Pero posteriormente se consolida una visión de la comunidad internacional jerárquica y no igualitaria. El Derecho y el sistema internacional se forman sobre la base de los intereses y concepciones de los Estados de cultura europea. Hay una conexión en el nacimiento del Derecho internacional entre los intereses del imperialismo europeo y la cultura y valores de esa civilización⁹⁶.

Al considerar la universalidad de los derechos humanos algunos autores afirman que es una forma de dominación de occidente sobre el resto del planeta. Este argumento nos parece trasnochado. La universalidad de los derechos humanos se refiere a la titularidad, el tiempo o a la aplicación espacial de los mismos⁹⁷. Pero se impugna la universalidad de los derechos fundamentalmente por dos razones: su origen europeo-occidental y la diversidad de culturas.

Frente al primer argumento, el del *origen cultural europeo* no tiene peso para servir de impugnación de validez ni legitimidad. Pero tanto el orden internacional, como el interno se cumplen más si son aceptados por sus destinatarios. De ahí que para consolidar el Derecho internacional de los derechos humanos es necesario realizar un esfuerzo desde una *perspectiva transcivilizatoria*, que parta del reconocimiento de la multiplicidad de culturas y civilizaciones y que abogue por una confluencia en el mismo mar desde diversos afluentes. Se trata de fomentar una cultura compartida en el respeto a la diversidad cultural, como mejor vía para que el orden sea aceptado y, a la postre, eficaz⁹⁸.

⁹⁶ FERNANDEZ LIESA, C., *Cultura y Derecho internacional*, Universidad de Alcalá de Henares, 2012; BOWDEN, N., "The colonial origins of International law. European expansion and the classical standard of civilizations", *Journal of history of the international law*, vol. 7, n° 1, 2005, pp. 1-23

⁹⁷ PECES-BARBA, G., "La universalidad de los derechos humanos", *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 613-633.

⁹⁸ YASUAKI, O., "A transcivilizational perspective on International law", *RCADI*, n° 342, 2009, 418 pp.

Es conveniente el *diálogo de civilizaciones en torno a los elementos cardinales de los derechos humanos*, lo que constituye uno de los retos en el desarrollo progresivo del ordenamiento. Un orden internacional de los derechos humanos que sea fruto de una cultura compartida en el respeto a la diversidad cultural es la mejor vía para que sea respetado y eficaz y que contribuya a la solución de los problemas de la humanidad. Se necesitaría un impulso consciente y mayor en esa dirección. Hay que ser conscientes de que ha habido una perspectiva occidental dominante que desde un sentido de universalidad y de diversidad, que no de superioridad, requiere un cambio en la tradición de Bartolomé de las Casas, Montaigne, Voltaire, Rousseau o Diderot. Se ha hecho poco en ese cambio de *legitimación intercultural de los derechos humanos*

Ello no obstante frente a la diversidad de culturas no cabe sino reafirmar la *tesis de la universalidad como estándar mínimo*, para evitar que los particularismos vacíen de contenido los derechos humanos. Rawls⁹⁹ ha indicado que “los derechos humanos establecen los límites morales al pluralismo entre los pueblos”. Además es la tesis que deriva de los principales tratados de derechos humanos y de la interpretación que de los mismos hacen los órganos de derechos humanos. En el choque entre culturas y prácticas tradicionales y los derechos humanos hay que respetar el estándar mínimo universal. El problema es la interpretación intolerante y radical que se hace desde algunas perspectivas fundamentalistas ideológicas, económicas, nacionalistas y religiosas. La Conferencia de Viena de derechos humanos (1993) indicó que “el carácter universal de los derechos humanos y libertades no admite dudas” (Parte I de la Declaración, pár. 1.1). La unidad no significa uniformidad y caben geometrías variables, cierto margen de manobra en los Estados y en las diferentes regiones, como muestran los regímenes de protección, en particular el africano.

El respeto de los derechos humanos supone también una actitud, no solo es cuestión de derechos y obligaciones. Una visión liberal de la libertad de expresión y de información en determinados contextos puede no ser adecuada en el *Encuentro con el otro*, donde caben tres actitudes: elegir la guerra, aislarse tras una muralla o entablar un diálogo, como indicaba Kapucinski. La crisis de las *viñetas de Mahoma* fue un ejemplo de lo que está permitido desde el ángulo del derecho a la libertad de expresión y de información como uno de los pilares de la democracia pero que no favorece la convivencia entre culturas y religiones, en el respeto a los símbolos y a los sentimientos religiosos. Quemar la bandera de Estados Unidos, o la de España, o el retrato del Rey según el TEDH pueden no ser conductas penadas por los códigos penales, pero no favorecen la convivencia.

⁹⁹ RAWLS, J., “El Derecho de gentes”, *Isegoría*, Revista de filosofía moral y política, nº 16, mayo de 1997, pp. 5-37.

4. Los digitalización y los derechos humanos.

El ciberespacio trae un elevado número de cuestiones que afectan a nuestra manera de vivir y a los derechos humanos. Es un espacio que no funciona con un régimen que se haya elaborado desde la perspectiva propia del interés general, ni por organismos internacionales. No existe un régimen que responda a una lógica internacional ni protectora. La digitalización tiene un impacto global. Estamos ante una transformación que deriva de un cambio económico y tecnológico que no ha sido dirigido por los Estados sino por grandes empresas como *Apple*, *Google*, *Amazon* o *Facebook* que, en dos décadas, han concentrado el poder con escasos contrapesos de las Instituciones públicas, nacionales o internacionales, que velen por el interés general. En el capitalismo global la digitalización se ha introducido sin que hubiese un marco normativo ni para las empresas ni para las personas, sobre los efectos que en las vidas y en los derechos de la gente tiene.

Estamos así ante una *revolución contemporánea* que afecta a la manera de relacionarnos, de trabajar y de vivir. Grupos enteros de personas pueden verse excluidos y quedarse atrás por falta de capacidades, de formación, de acceso a medios tecnológicos. Hay personas especialmente vulnerables, como las personas mayores, pero también otros grupos de población y sectores laborales. En el mundo laboral se generan desempleados de larga duración y su impacto general es todavía desconocido. Se calcula que, en pocas décadas, al menos la mitad de los empleos se verán afectados por la digitalización.

Por lo demás, y como se señala en la *Estrategia nacional de ciberseguridad*¹⁰⁰ el ciberespacio es un “espacio común global” que se caracteriza por su apertura funcional y dinamismo, la ausencia de soberanía, su débil jurisdicción, la facilidad de acceso y la dificultad de atribución de las acciones que en él se desarrollan (capítulo 1), lo que afecta a la preservación de la defensa de los valores y principios constitucionales y democráticos, así como a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En esta situación la digitalización de la sociedad tiene una cuestión pendiente, en el ámbito internacional, en los derechos humanos, que abre múltiples planos de reflexión que requieren un desarrollo progresivo del derecho internacional así como un consenso internacional en muchas cuestiones difíciles. Por ejemplo, las novedades de la robótica permiten reducir o eliminar el control humano directo sobre los sistemas de armas y uso de la fuerza. Esta autonomía de los sistemas plantea retos éticos y jurídicos, pues es el propio sistema el que se encarga de elegir el objetivo y las acciones. Los *drones* se han convertido en

¹⁰⁰ Orden PCI/487/2019, de 26 de abril, por la que se publica la *Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019*, aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional, B.O.E., núm 103, martes 30 de abril de 2019.

armas en conflictos como los de Afganistán, Irak, Siria o Libia y contra personas de Al Qaeda, los talibanes, en Yemen o Somalia¹⁰¹. El derecho humanitario se aplica a las armas nuevas en virtud del art. 36 del Protocolo I de 1977 que exige que cuando se adopten armas nuevas o nuevos medios o métodos de guerra se tiene la obligación de determinar si su empleo estaría prohibido por el Derecho internacional. Se plantea, indica López-Jacoiste, la conformidad del empleo de drones con los principios de Derecho humanitario.

Asimismo se ha planteado cual debiera ser el *estatuto jurídico de los robots*. Se propuso en el Parlamento Europeo, en 2017, que se utilizase la categoría de personalidad jurídica en su versión de *e-responsibility* o personalidad electrónica, que es objeto de debates. Más de 150 expertos enviaron una carta a la comisión europea en la que indicaban que “dar estatuto de persona a máquinas autónomas no se puede fundar ni en el modelo de persona física ni en el de persona jurídica” pues un robot no es titular de derechos y detrás de una máquina autónoma tampoco hay una persona¹⁰². Esto supone una *visión post-humana de la historia y de la antropología humana*, indica Salardi, pues la noción de personalidad jurídica se vincula a los conceptos de autonomía, libertad y responsabilidad.

Desde la perspectiva de los derechos humanos falta por reconocer los *derechos humanos digitales*. Alexandra Pana ha defendido una tesis doctoral en 2021 en la que propone el reconocimiento del *derecho a la vida digital, la identidad digital, la reputación digital, la libertad de expresión, el derecho al olvido, el derecho al domicilio digital, a la seguridad informática y la paz cibernética o al testamento digital*. En España la *carta de derechos digitales* se refiere al *derecho a delimitar la jornada laboral, a que se protejan nuestros intereses en el comercio electrónico y en la protección del consumidor, a la propia imagen en las redes sociales, a la seguridad y privacidad de los datos, a no ser localizados por los teléfonos móviles, a la herencia digital, a la inclusión digital y la no discriminación etc..*

5. El debate sobre las generaciones de derechos

En supuestos como la digitalización está plenamente justificado el desarrollo de nuevos derechos, que no cabría considerar que forma parte un proceso de inflación. Que se considere o no que eso sea un nueva generación de derechos

¹⁰¹ LOPEZ-JACOISTE, E., “El empleo de drones armados desde la perspectiva del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos”, *Nuevas tecnologías en el uso de la fuerza: drones, armas automáticas y ciberespacio*, Cervell Hortal, M.J., (Dir), Thomson Reuters, 2020, pp. 67 ss.

¹⁰² SALARDI, S., “Robótica e inteligencia artificial. Retos para el derecho”, *Derechos y libertades*, nº 42, II, 2020.

es un debate doctrinal, sin mayor trascendencia, que solo depende de como se defina qué es una generación de derechos. Las generaciones son un aproximación temporal, de cuándo surgen los derechos. Se podrían hacer en ese sentido muchas generaciones. A nuestro juicio hay tres grandes generaciones de derechos, los civiles y políticos, los económicos sociales, y culturales, y los de tercera generación en que podríamos incluir los colectivos, como el de libre determinación, desarrollo, paz y solidaridad. También se podría hacer una cuarta generación a modo de cajón de sastre. Pero también se pueden incluir algunas generaciones de derechos dentro de las ya existentes. Por ejemplo las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que las demás si bien la codificación y el desarrollo progresivo de sus derechos en el proceso de especificación era necesaria. O lo mismo sucede con los derechos en el ámbito digital que suponen adaptar los derechos ya existentes a un nuevo entorno y problemática.

La cuestión de las generaciones es esencialmente doctrinal. Es tal vez más importante reflexionar sobre si hay una inflación de derechos, en el sentido de que cualquier pretensión se cubra bajo un nuevo derecho. A veces la preocupación por los denominados nuevos derechos parece llevar al olvido a los viejos, que no están asegurados. El debate sobre las generaciones de derechos humanos debe tener en cuenta asimismo que no todos tienen la misma estructura. Los *derechos de primera y de segunda generación* son derechos que tienen la misma estructura de titulares, contenido y exigibilidad en el orden interno y en el internacional. Las otras generaciones de derechos tienen titulares y contenidos distintos, que difícilmente pueden equipararse a los derechos internos. Así sucede con el derecho al desarrollo o con el derecho a la paz.

Otros derechos tienen una diferente estructura, que puede tener relevancia jurídica en el orden internacional. Pero más en el sentido de obligaciones entre Estados que de derechos humanos individuales, como sucede en el derecho al desarrollo. Por ejemplo el *derecho a la paz* es una noción que ha servido en el ámbito jurídico interno e internacional en relación con el *acuerdo entre las FARC y el gobierno colombiano*. El consejo de derechos humanos aprobó el 17/V//2010 la Resolución 14/3 sobre el *derecho de los pueblos a la paz*. Este derecho tenía ciertas debilidades en cuanto al titular y contenido. Pero acuerdos como el citado parecen avanzar en la comprensión de su sentido. Esa posibilidad viene avalada porque en la práctica se ha basado en las referencias constitucionales e internacionales. El acuerdo con las FARC de algún modo se internacionaliza y se registra en el CICR (Comité internacional de la Cruz Roja) con objeto de extraerlo de la dinámica política interna colombiana y de darle una sostenibilidad más allá de dos legislaturas.

Es un acuerdo especial del art. 3 común de los convenios de Ginebra de 1949, lo que permitía su “internacionalización”. Y también se fundamenta en el *Derecho a la paz*, que se ha encontrado tanto en el orden internacional como en el

derecho interno colombiano, de manera creativa, en la referencia de los arts 22 y 95 de la Constitución colombiana. El preámbulo del acuerdo dispone que “la paz ha venido siendo calificada universalmente como un derecho humano superior, y requisito necesario para el ejercicio de todos los demás derechos y deberes de las personas y del ciudadano”. Y el art 4 del anexo del Acuerdo de paz indica que “la paz es un derecho y un deber irrenunciable de los colombianos alcanzarla y conservarla”. En definitiva, *el acuerdo es un elemento de la práctica internacional que permite contribuir a perfilar un nuevo derecho, el derecho a la paz, que junto al derecho al desarrollo, va tomando forma y adquiriendo visibilidad y contenido, lo que puede abrir nuevos horizontes*. Es en todo caso un derecho en formación.

Actualmente en el centro de la agenda hay otros debates como los *derechos de la población LGTB o los derechos humanos y los nuevos modos de familia*¹⁰³. No estamos ante nuevas generaciones de derechos, sino ante la aplicación de los ya existentes a personas que son objeto de determinadas discriminaciones y cuya situación puede llevar al desarrollo de normas específicas. en lo que se ha denominado el *proceso de especificación*. Estos desarrollos plantean muchas cuestiones, pero en la Comunidad internacional su reconocimiento será un *proceso lento*. En la Unión Europea se ha avanzado pero es algo reciente, de las dos últimas décadas. Su universalización en el Derecho comparado y en el Derecho internacional será, en su caso, un lento proceso de decantación progresiva. Hasta tanto se produzca habrá muchas normas de soft law, como los *principios de Yaguakarta (2004), sobre la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*.

En ocasiones el proceso se acelera pues la *identidad de género puede considerarse un aspecto de la propia personalidad*, dimensión de la dignidad y la libertad, valores y principios ya reconocidos por los Tratados. La Corte interamericana ha considerado que la identidad de género está vinculada a la libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y de ejercer libremente las opciones que dan sentido a su existencia, conforme a sus convicciones, así como el derecho a la vida privada¹⁰⁴. Para la Corte el reconocimiento de la identidad de género está vinculado a la idea de que el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, siendo un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas. Por ello el reconocimiento de la identidad de las

¹⁰³ CRUZ ANGELES, J., GUTIERREZ CASTILLO, V., *Derechos humanos y nuevos modelos de familia: estudios en el marco del sistema europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

¹⁰⁴ *Opinión consultiva C-24, de 24-XI-2017 de la Corte Interamericana sobre identidad de género y no discriminación a personas del mismo sexo*.

personas es una de las medidas que facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica. Posee, indica, un valor instrumental para el ejercicio de otros derechos y su plena vigencia fortalece la democracia y los derechos y libertades.

Capítulo sexto. Nuevos horizontes para el Derecho internacional

1. La revolución y los derechos humanos.

Los *derechos humanos* ha sido objeto de un proceso revolucionario en el orden internacional, debido al impacto que han tenido en el conjunto del ordenamiento. Los pilares de esa Revolución no son muy visibles, pero están, en primer lugar, en el cambio progresivo de los valores. Los *valores* del orden internacional clásico eran los de igualdad entre los Estados (soberanía y no intervención) y de seguridad jurídica (propio de todo orden jurídico). Valores como la dignidad humana, la paz o la solidaridad son los propios del Derecho internacional contemporáneo, aunque tuviesen precedentes previos. Hoy en día estos valores son en algunos casos incipientes y sus desarrollos deficientes, pero han penetrado en la estructura del orden internacional.

Las revoluciones, internas o internacionales, han terminado con una nueva síntesis de los principios fundamentales, o por excluir a los principios incompatibles¹⁰⁵. Las *revoluciones normalmente se adaptan al sistema universal*. Las revoluciones en la Comunidad internacional se ven a vista de pájaro, en la distancia. Fenómenos que parecen revolucionarios han dado lugar al síndrome de una nueva era, que luego ha quedado en menos, como pasó con la caída del muro o el 11 de septiembre.

En este sentido tanto el Estado revolucionario marxista leninista, como los nuevos Estados surgidos de la descolonización buscaron una revolución para adaptar el orden internacional a sus planteamientos. Finalmente se acomodaron al sistema universal tanto en *el conflicto este-oeste -con los principios de la coexistencia pacífica-*, como en *la descolonización -con algunos cambios jurídicos y la universalización-*. El Derecho internacional se adapta a la convivencia entre Estados opuestos. El orden internacional está siempre bajo el *síndrome de una crisis patológica*.

¹⁰⁵ LEBEN, C., “Les révolutions en Droit international: essai de classification et problématique générale”, *Révolution et Droit international*, Colloque de Dijon, SFDI, Ed. A Pedone, París, 1990, pp. 47 ss.

Los deseos doctrinales no están en la base de los principios y de las normas, que reflejan el consenso de los que tienen capacidad para crear el Derecho internacional. *La emanación de valores como la dignidad humana, la paz y la solidaridad junto a otros clásicos como la seguridad jurídica y la igualdad son un fenómeno reciente e incompleto.* Pero a pesar de su carácter incompleto supusieron una *revolución en el orden internacional*, que se reflejó en la *teoría de los sujetos* (sujetividad del individuo, responsabilidad penal ante la Comunidad internacional) y en la *teoría de las normas* (normas objetivas y generales, normas de *Ius cogens*).

El Derecho internacional se transformó en sus funciones, no solo cumple la clásica función kelseniana de repartir o distribuir las competencias entre los Estados sino que tiene una *función transformadora* de la sociedad internacional pro derechos humanos. Un orden finalista o transformador al servicio de los valores como la dignidad, la paz o la solidaridad. Este giro ha penetrado en el *ethos* doctrinal y también se refleja en el tejido normativo, en los principios y las normas del ordenamiento y ha contribuido a cambiar la realidad internacional.

2. El futuro de la revolución antimoderna

Una corriente de pensamiento ataca los valores de la modernidad, al considerar que son un instrumento de dominación y aboga por una revolución frente a ella, en lo que cabría denominar *revolución antimoderna*. Ciertamente que la formación y expansión de los derechos humanos forma parte de la *modernidad*, lo que implica aceptar las premisas de su desarrollo. El desarrollo de los derechos humanos no supone impugnar los cimientos del orden internacional, pues es un producto socio histórico del mismo. La crisis de la modernidad, del legado de la Ilustración ha dado lugar a la búsqueda de nuevos proyectos.

Pero hay que tener cuidado con superar la modernidad sin haberla alcanzado. Algunas utopías fueron implantadas mediante graves crímenes contra la humanidad como los gulag en la época de Stalin, o los jemereros rojos. Impugnar la modernidad por valores alternativos como la nación, la religión, el poder y la privacidad que no se integran en una propuesta unitaria expresa, señala Peces-Barba¹⁰⁶, un caos cultural. Buena prueba es que atacar la modernidad en los países árabes ha acabado apuntalando a las dictaduras teocráticas. La utopía ha dado paso a la *revancha de Dios*¹⁰⁷, a que los movimientos de reislamización en el mediterráneo hayan tomado el relevo a los grupos marxistas.

¹⁰⁶ PECES-BARBA, G., *Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de estudios constitucionales, 1995, p. 13.

¹⁰⁷ KEPEL, H., *La revancha de Dios*, Ciencia política, Alianza editorial, 2005, pp. 24 ss.

Desde la *teoría crítica* se deslegitima el Derecho internacional de los derechos humanos al concebirse como un “elemento central de las matrices de subordinación”, un “factor social de dominación y de explotación”, junto a otros como el *racismo, el patriarcado, el capitalismo o el imperialismo*¹⁰⁸; el sistema universal de derechos humanos sería una forma de dominación y de que occidente civilice al tercer mundo con los propios valores culturales.

Este tipo de tesis aplican al ámbito del Derecho internacional o bien propuestas *neomarxistas* o bien la denominada *teoría crítica*. La teoría crítica es un grupo de pensadores que se aglutinan en torno al Instituto de investigación social hace un siglo, buscando desde una perspectiva interdisciplinaria superar el dominio y la represión. La principal potencialidad de esta teoría, cuyos máximos representantes fueron Theodor Adorno y M. Horkheimer, autores de la *Dialéctica de la Ilustración*, era hacer patente la naturaleza legitimatoria de la ideología dominante sobre la realidad opresiva del capitalismo desarrollado¹⁰⁹. Knox¹¹⁰, que parte de la premisa del materialismo histórico, estima que los derechos humanos cumplen una función ideológica como discurso, de reproducción del *statu quo* y de legitimación del sistema. O. Corten, en un sentido más restringido indica que el discurso positivista del Derecho internacional es un modo de legitimación de los poderes dominantes¹¹¹.

Se puede ser crítico con el Derecho internacional sin formar parte de esa Escuela, y sin dejar de aceptar que la evolución del orden internacional depende en gran medida de lo que quieran hacer los que más poder tienen. Pero un análisis crítico de la relación Derecho y poder, no permite borrar las fronteras entre ambas nociones, ni desde la *realpolitik* ni desde el criticismo. *El orden internacional de los derechos humanos no es un mero instrumento al servicio del poder de las grandes potencias ni es un mero factor en la toma de decisiones.*

La teoría crítica es en gran medida activismo, en el sentido de que busca eliminar de manera erosiva los pilares del Derecho internacional para que sean sustituidos por otros. El Derecho internacional no es una religión o una fe en la que se deba creer, pero ha contribuido a mejorar la situación de la Humanidad.

¹⁰⁸ BACHAND, R., *Les subalternes et le Droit international*, Ed. A. Pedone, París, 2018, 253 pp., p. 183, 187.

¹⁰⁹ GONZALEZ SORIANO, J.A., “La teoría crítica de la Escuela de Frankfurt como proyecto histórico de racionalidad revolucionaria”, *Revista de filosofía*, vol. 27, n° 2, 2002, pp. 287-303, p. 290.

¹¹⁰ KNOX, E., “A marxist approach to RMT v. The United Kingdom”, González-Salzburg, D., Hodson, L., (Dir), *Research methods for international human rights law. Beyond the traditional paradigm*, Routledge, 2020, p. 13 ss.

¹¹¹ CORTEN, O., *Le discours du Droit international. Pour un positivisme critique*, Ed. Pedone, 2009, p. 102.

Realizar una crítica a las relaciones de poder y apoyar en eso la evolución normativa no forma parte del Derecho internacional sino de un análisis desde otros parámetros. Así lo admite Bachand cuando indica que “la crítica es sobre todo política y se hace para denunciar y últimamente cambiar las relaciones de dominación y explotación”.

Otra cuestión es considerar que las relaciones de poder formalizan las contradicciones. Como cualquier orden resulta de las relaciones de poder, lo que es una limitación en una sociedad con las características de la internacional. En todo caso a pesar de las contradicciones el Derecho internacional de los derechos humanos ha supuesto una Revolución para el Derecho internacional, cuyo reto es mantenerse y reforzarse.

3. Cosmopolitismo y los derechos humanos.

El sistema universal es además resultado del *espíritu cosmopolita*. En el trasfondo de los derechos humanos hay un conjunto de *ideas fuerza, de mitos y de utopías que vienen del ideal cosmopolita*, que ha servido para introducir en el Derecho valores, principios y normas relativos a la paz, la dignidad y la solidaridad. El *cosmopolitismo* encuentra sus raíces en el estoicismo griego. Es un estado de ánimo universalista y solidario, bajo cuyo aliento se defienden cosas tales como la *ciudadanía mundial*, noción que puede tener muchas conexiones con los derechos humanos.

Bajo este espíritu se han elaborado una pleyade de proyectos de paz, como el *Ensayo sobre la paz presente y futura de Europa*, de Willian Penn, la *Paz Perpétua* del Abad de Saint Pierre (1713) o la más conocida de Kant, de 1795. Estos proyectos¹¹² buscaban superar la idea de soberanía del Estado y los peligros para la paz mediante una *constitución cosmopolita entre Estados*, una Liga de Naciones, un pacto para superar las guerras. Ha habido conceptos motores que han impulsado los derechos humanos. Sur¹¹³ muestra como la *utopía* juega un papel relevante en los derechos, como refleja la Declaración de 1948. En su dimensión utópica, indica, el orden internacional es un derecho de los débiles que tiende a corregir las desigualdades; en su dimensión organizativa es un derecho de iguales (principio de igualdad soberana); en su dimensión de registro es un derecho de los poderosos, que consagra de manera general su situación y sus ventajas.

Este ideal se refleja en nociones y conceptos, algunos precursores como la idea de amistad y de fraternidad previa a la construcción de los derechos huma-

¹¹² Vid. GOYARD FABRE, S., *La construction de la paix ou le travail de Sisyphe*, Vrin, 1994, pp. 277 ss.

¹¹³ SUR, S., “Système juridique international et utopie”, *Archives de philosophie du Droit*, t. 32, Le Droit international, Sirey, 1987, pp. 35-47.

nos. La *philia*, la amistad de la que se ocupan filósofos griegos (Jenofonte, Jenócrates, Aristóteles, Praxífanos, Cenon, Epicuro, Poseidonio, Plutarco o Platón)¹¹⁴; el *homo homini sacra res*. Como indica Peces-Barba la concepción de la amistad como relación imprescindible para la convivencia social, como fraternidad, será determinante como ética de la generosidad, para fundamentar políticas protectoras de los débiles.

Otro concepto motor para los derechos humanos ha sido la de *humanidad* y, en particular, la de *patrimonio común de la humanidad*. Tiene su origen en el pensamiento filosófico tradicional. Ha participado en la construcción del orden internacional contribuyendo a que aparezcan nuevos ámbitos, discursos y estructuras, más allá del Estado. La *humanidad* no es un sujeto de Derecho internacional, sino que está estatalizada, de un lado, y es objeto de protección por el ordenamiento, de otro. Para Bedjaoui debería ser el sujeto por excelencia; para Cançado Trindade, en una posición más ideológica que jurídica, ya es un sujeto¹¹⁵.

La humanidad es más bien un *bien jurídico protegido* que se ha visto reflejado en diversas instituciones internacionales, como el *patrimonio de la humanidad*, el *enviado de la humanidad*, la *represión de los crímenes contra la humanidad*, las *intervenciones de humanidad*, el *Derecho internacional humanitario* etc..

No hay pues un concepto unívoco, pero la noción ha tenido gran importancia para los derechos humanos. Es una noción que evoca lo solidario, lo colectivo y lo comunitario, en un sentido transtemporal, que supera el interés nacional de cada Estado y el consenso entre ellos como acomodación de intereses¹¹⁶. Es un motor de cambio normativo que da una visión inspiradora de transformación en sentido solidario, lo que ha favorecido desarrollos solidarios y ha contribuido a transformar la naturaleza e ideología del sistema internacional. Es una noción con relevancia jurídica pues penetró en el sistema internacional. La noción está, como analizó R. J. Dupuy¹¹⁷, en el *imaginario de las naciones* pero también en el *orden jurídico*

¹¹⁴ PECES-BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de filosofía jurídica y política)*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson 1999, p. 9.

¹¹⁵ BEDJAUI, M., "Classicism and revolution in the elaboration of the principles and rules of space law", *Perspectives in international law*, Kluwer law, 1995, pp. 441 ss; BLANC AL-TEMIR, A., *El patrimonio común de la Humanidad. Hacia un régimen internacional para su gestión*, 1992; CANÇADO TRINDADE, A., *International law for humankind. Towards a new Ius Gentium*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 725 pp, p. 281 ss

¹¹⁶ CARRILLO SALCEDO, J.A., "Contribution de la notion d'humanité au renforcement de la dimension idéologique du Droit international", *Les droits de l'homme à l'aube du XXI siècle. Karel Vasak Amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 115 ss; SUCHARITKUL, S., "L'humanité en tant qu'élément contribuant au développement progressif du Droit international contemporain", *L'avenir du Droit international dans un monde multicultural*, Colloque 1983, ADI, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 415 ss.

¹¹⁷ DUPUY, R.J., *L'humanité dans l'imaginaire des nations*, Julliard, Collège de France, 1991, 283 pp.

En otros tiempos ha habido la ilusión de que el Derecho de la comunidad internacional se transforme en *derecho de la humanidad*, de conformidad con criterios solidarios, como el interés de las generaciones futuras, el patrimonio común de la humanidad, el desarrollo humano, los crímenes contra la humanidad, las normas de *Ius cogens*, las obligaciones *erga omnes* etc..Jenks se refería al *derecho común de la humanidad*, Abi Saab al *derecho interno de la humanidad*, Pureza al *orden público para la humanidad*¹¹⁸.

En estos momentos *la noción de humanidad y de patrimonio común de la humanidad están en horas bajas*. Los nuevos desarrollos del orden internacional en los espacios patrimonio de la humanidad no se realizan con un espíritu solidario, sino de gestión. Ha perdido fuerza la idea de humanidad en las Instituciones internacionales. Los nuevos desarrollos del Derecho internacional, como los objetivos de desarrollo sostenible (Agenda 2030), la cooperación migratoria (Pacto de migraciones de 2018) o los Principios Rectores empresas y derechos humanos no hacen referencia a esta noción. Además, se trata de avances enmarcados en el *soft law*, principalmente.

El acuerdo de 29 de julio de 1994 sobre el sistema de explotación y exploración de los *fondos marinos* atemperó la noción y más recientemente los desarrollos para la explotación y utilización de los *recursos naturales en la luna* también van en esa misma línea, de *soslayo de la noción de patrimonio de la humanidad*. El desarrollo del acuerdo de 1979 que debe regir las actividades en la luna y otros cuerpos celestes está siendo objeto de debates sobre su artículo 11, relativo a la explotación de los recursos naturales. Aparte del bajo nivel de aceptación de este instrumento los debates en el seno de la comisión sobre la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos no hay un consenso para impulsar la noción. En este sentido Austria, Australia, México y Bulgaria han considerado que la explotación es compatible con el *principio de patrimonio de la humanidad*, pero no Rusia, Estados Unidos, Luxemburgo o Emiratos Arabes Unidos que han aprobado leyes internas para la explotación¹¹⁹. Un grupo de trabajo impulsado por Grecia y Bélgica intentan llegar a un casi imposible consenso. En el Antártico la falta de acuerdo llevó a que el convenio de 1988 estableciese una moratoria para la posible explotación de los recursos, hasta 2048. Junto a la noción de humanidad hay otras utopías motoras en el Derecho internacional de los derechos humanos como es en la actualidad los *objetivos de desarrollo sostenible* que buscan un desarrollo compatible con la economía, el desarrollo social y el medio ambiente.

¹¹⁸ JENKS, W., *El derecho común de la humanidad*, Tecnos, 1968; ABI SAAB, G., “Humanité et communauté internationale dans la dialectique du Droit internationale”, *Mélanges R.J. Dupuy*, Pedone, 1991; PUREZA, J.M., *El patrimonio común de la humanidad. Hacia un derecho internacional de la solidaridad*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, 399 pp.

¹¹⁹ PRADO ALEGRE, E., “Sobre la exploración, explotación y utilización de los recursos naturales en la luna”, *Tiempo de Paz*, nº 136, 2020.

4. Constitucionalismo y derechos humanos.

La idea de Constitución en la comunidad internacional también es una noción fértil, siempre que nos aproximemos a ella teniendo en cuenta las especificidades del orden internacional. A pesar de la ausencia de una constitución escrita de la Comunidad internacional, el debate en torno a la denominada Constitución de la Comunidad internacional ha reflejado los *progresos del Derecho internacional*. El debate ha dado lugar a *teorías constitucionales del Derecho internacional*. Aplicar el paradigma constitucional al fenómeno jurídico internacional debe hacerse teniendo en cuenta los rasgos de supremacía, jerarquía, valores o pacto que están presentes en cualquier constitución. Y también a sus tres funciones básicas que son las de seguridad, justicia y legitimidad.

Ha habido teorías constitucionales clásicas, como las de la *escuela germánica e italiana* que surgieron como reacción a las insuficiencias del positivismo y del voluntarismo. Frente a un derecho basado sólo en la voluntad surgen la *teoría pura del derecho*, el *objetivismo social* (Duguit, Scelle, Politis), el retorno al derecho natural (Pilet, Le Fur, Salvio, Verdross) y la *teoría de la Institución*¹²⁰. Todas esas teorías favorecían la idea de conciliar Derecho y Poder y establecen una jerarquía normativa. En el universalismo humanista de la *Escuela germánica* (de Verdross y Mosler), de estirpe iusnaturalista, la Constitución internacional expresa un *orden objetivo que culmina en la unidad moral del género humano*. La Escuela italiana, en la línea histórica de Savigny y marcada por la *teoría institucionalista* de Santi Romano basa la idea de Constitución en el hecho social. La idea clave es la *unidad esencial del Derecho y de la institución*.

En nuestra opinión la concepción del orden jurídico internacional desde el paradigma constitucional puede hacerse si se acepta un *concepto material de constitución no escrita en un documento único, según el modelo británico o anglosajón*. No utilizamos el término constitución desde la más reciente *escuela del constitucionalismo global*, que pretende crear la ilusión de la legitimidad de la gobernanza mundial defendiendo la agenda política de la aplicación de los principios constitucionales en la esfera jurídica internacional, para mejorar la efectividad y la justicia del orden jurídico internacional¹²¹. De manera más apegada al orden normativo entendemos que hay transformaciones normativas del conjunto del Derecho internacional que han permitido la creación de una *Constitución material* y que existen en el mismo *dimensiones constitucionales*.

¹²⁰ Vid. KOLB, R., *La bonne foi en Droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de Droit*, préface de G. Abi-Saab, Puf, París, 2000, p. 60

¹²¹ Vid. PINON, S., "Las incertidumbres del constitucionalismo global", *Teoría y realidad constitucional*, n° 46, segundo semestre de 2020, pp. 141 ss; PETERS, A., "Los méritos del constitucionalismo global", *Revista Derecho del Estado*, n° 40, 2018, p. 4.

Una corriente doctrinal¹²² que no compartimos defiende que la Carta de Naciones Unidas reuniría los elementos básicos de una constitución. A nuestro juicio la constitución no está, sin embargo, en la Carta de Naciones Unidas, que si bien refleja algunas dimensiones constitucionales (arts. 1,2, 6-2, 39, 103 y 108) no representa la defensa de los intereses jurídicos generales que derivan de las obligaciones erga omnes a excepción, en cierta medida, del crimen de agresión, del crimen de denegación de autodeterminación o de las graves violaciones de derechos humanos, ex capítulo VII de la Carta, como indica De Hoogh¹²³. Pero aunque la Carta incluye algunos principios fundamentales nuevos (aunque no el de protección de los derechos humanos), no puede concebirse como constitución de la comunidad porque la seguridad y certeza (primera función de una constitución) se canalizan por procedimientos de creación y aplicación de normas que se fundamentan directamente en el Derecho internacional general. La justicia, los valores, fines y principios que pueden alcanzar la idea de justicia no se incluyen de manera completa en la Carta, y hay importantes categorías normativas jerarquizadoras, como las normas de *ius cogens*, que se desarrollan al margen. De hecho en la Carta no está ni la constitución internacional de los derechos humanos, ni un catálogo ni un principio. La legitimidad además se desarrolla no solo a través de las Naciones Unidas. Es decir, *la carta incorpora dimensiones constitucionales, pero no todas, y lo relevante de esa constitución se articula en el Derecho internacional general*

Hay dimensiones constitucionales también en los derechos humanos, porque hay unidad material y reglas primarias de alcance universal, en terminología hartiana, en derechos humanos lo que implica que la comunidad internacional de Estados en su conjunto ha reconocido como obligatorios un núcleo duro de principios y reglas de Derecho internacional, reducidos en número y que tienen naturaleza consuetudinaria, constituyendo parámetros de validez y de inspiración de las normas generales y particulares del Derecho internacional. En esta constitución estaría el *principio fundamental de protección de los derechos humanos (y el núcleo duro de los mismos)* y los *principios esenciales de coexistencia y cooperación entre los Estados*, contenidos en la Res. 2526 (XXV) de la AGONU. De ahí que M. Díez de Velasco los denominase *principios constitucionales o estructurales*, cuya naturaleza depende de su contenido material y no de su fuente formal y de la práctica internacional sobre los mismos. También formarían parte de esa constitución las *normas secundarias básicas y generales del orden internacional sobre creación, cambio y adjudicación* y las normas sobre *subjetividad internacional*. Las nociones de comunidad y de humanidad también contribuyen

¹²² SIMMA, B., *United Nations charter commentary*, 1994.

¹²³ HOOGH, A., de, *Obligations erga omnes and international crimes. A theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States*, Kluwer law, 1996, p. 126-127.

a resaltar la dimensión constitucional del orden internacional. En todo caso una parte central de esa constitución se encuentra, como en las constituciones nacionales, en los *derechos humanos, sobre todo en los reconocidos como norma de *Ius cogens*, que forman parte esencial de esa constitución que incorpora valores en el Derecho internacional*. En este sentido, como dijera Mariño¹²⁴ *hay situaciones jurídicas subjetivas de carácter constitucional en el orden internacional que derivan de la obligación de respetar los derechos humanos y libertades fundamentales y de proteger la dignidad del ser humano*.

CUARTA PARTE. Los desafíos del sistema universal

Capítulo séptimo. El desafío de la judicialización.

El sistema internacional de derechos humanos no ha sido objeto de una plena judicialización, si bien a nivel regional se han realizado grandes avances. Se ha producido una proliferación de tribunales internacionales que es esencialmente positiva pues promueve la judicialización, es decir la justiciabilidad, que no cabe confundir con la juridicidad.

1. La proliferación de Tribunales internacionales.

La justicia internacional refleja el viejo sueño de la paz a través del Derecho. A pesar de los avances no existe, sin embargo, un Tribunal internacional de derechos humanos. El Tribunal para la antigua Yugoslavia tenía como lema *fiat justitia ne pereat mundus* lo que muestra el vínculo entre la *paz, los derechos humanos y la judicialización* de las relaciones internacionales. Este Tribunal acabó tras un cuarto de siglo su labor, habiendo alcanzado logros importantes en los casi dos centenares de asuntos que resolvió. Su labor permitió que las víctimas fuesen escuchadas y recibieran algo de justicia, para paliar los deseos de venganza y fortalecer con el tiempo las condiciones de la paz. También ha servido para desarrollar el derecho internacional humanitario, expandir sus márgenes y hacer avanzar el derecho penal internacional en cuestiones como la prohibición general de la tortura, los crímenes sexuales en tiempos de guerra, los elementos del crimen de genocidio, del crimen contra la humanidad y del crimen de guerra.

¹²⁴ MARIÑO MENENDEZ, F.M., “Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el Derecho internacional”, *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, 2000, pp. 315-362. También DIAZ BARRADO, C.M., *El Derecho internacional del tiempo presente*, Dykinson, 2004, p. 156.

La proliferación de tribunales es un avance hacia la protección de los derechos humanos que ha roto el *binomio soberanía jurisdicción* pues los tribunales internacionales no forman parte del poder soberano de un Estado ni de un inexistente Estado mundial. Cada Tribunal es el resultado de un pacto entre Estados cuyo objeto es crear un tribunal, que es un sistema autocontenido que no se inserta en una estructura internacional estatal, ni existe una pirámide kelseniana. El nexo de unión de los tribunales es su pertenencia a la galaxia del orden internacional. El Derecho internacional no es un derecho primitivo, pero es diferente a los estatales, cuyo punto de inflexión y de centralización sería la jurisdicción internacional obligatoria.

Los tribunales internacionales tienen competencias de atribución y una *jurisdicción consensual y facultativa*, fruto del consentimiento del Estado y no obligatoria. El ejercicio de la jurisdicción depende de la voluntad de las Partes, de su consentimiento, que es clave en todo el ciclo vital del orden internacional, lo que genera relativismo. Algunos tribunales internacionales admiten reservas y declaraciones interpretativas, como en el tribunal europeo de derechos humanos, siempre que no vayan contra el objeto y fin del Tratado, y otros no, como sucede en la Corte penal internacional. Al crearlos los Estados se ponen de acuerdo en el tratado constitutivo. Los acuerdos son escuetos, pues cada palabra resulta de un consenso. Todo esto son especificidades del orden internacional.

Es difícil, sin embargo, que los Estados sometan su comportamiento en derechos humanos a un Tribunal internacional. De hecho, no existe un tribunal internacional de derechos humanos si bien los hay regionales (europeo, americano, africano). Además, los mecanismos interestatales de control de derechos humanos, que permiten, en los tratados onusinos, o en el convenio europeo de derechos humanos, que un Estado demande a otro por violación de los derechos humanos se aplican de manera muy excepcional, por consideraciones políticas. Es el caso incluso de la Unión Europea, en que el art. 7 del Tratado de Unión Europea encuentra difícil aplicación porque hay una minoría de bloqueo que frena este mecanismo previsto ante una violación o riesgo de violación de los derechos fundamentales. Incluso el reglamento 2020/2092, de 16-XII-2020 sobre el régimen general de condicionalidad considera que no basta con que se produzca una vulneración del Estado de derecho para condicionar las ayudas sino se produce una infracción del presupuesto. Si esto sucede en una Unión de Derecho, lo mismo pasa, incrementado, en otras organizaciones e instituciones internacionales.

Se da una politización de los mecanismos no jurisdiccionales que debilita los mecanismos de control, por lo que hay que avanzar hacia la judicialización. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó el 22/VI/2021 la Res 2381 (2021) titulada ¿Deben los políticos ser juzgados por las manifestaciones hechas en el ejercicio de su mandato?. Esta resolución, adoptada por un órgano político, se dirige a los jueces españoles para que tomen decisiones que, ha indi-

cado la Comisión Permanente del Consejo General del Poder judicial obvia los “principios de legalidad, separación de poderes, independencia judicial e igualdad ante la ley”. Por todo ello, también es muy importante la proliferación de Tribunales de derechos humanos. La *proliferación de Tribunales supone una mayor judicialización de las relaciones internacionales y también de los derechos humanos*.

Por otro lado, los tribunales existentes han contribuido a establecer las *paredes maestras del Derecho internacional, en derechos humanos, con todas sus limitaciones*. El *Tribunal permanente de justicia internacional* realizó las primeras interpretaciones del *principio de igualdad en derechos humanos y de las medidas de acción positiva*, en el *Asunto de las Escuelas minoritarias en Albania*, o de noción de minorías, en el *Asunto de las Escuelas minoritarias en la Alta Silesia polaca*.

Y aunque al *Tribunal internacional de Justicia* no le han llegado casos de derechos humanos, su labor ha sido relevante en asuntos como el de la *Barcelona Traction*, al referirse a las obligaciones erga omnes y las normas de *Ius cogens*, al diseccionar las relaciones entre el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos (*Asunto consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*), al declarar el carácter consuetudinario de algunas normas de Derecho internacional humanitario o del art. 3 común de los convenios de Ginebra (*Asunto actividades armadas en el Congo*), al referirse a la noción de principios generales intransgredibles como consideraciones elementales de humanidad (*Asunto del Estrecho de Corfú*), al interpretar el principio de no intervención y no uso de la fuerza, en relación con los derechos humanos (*asunto actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*), analizar el alcance de las obligaciones de derechos humanos de una potencia ocupante (*asunto actividades armadas en el Congo*), reflexionar sobre la relación entre derechos humanos y protección diplomática (*Ambatielos, Diallo, Asunto Lagrand, Avena*), o sobre la libre determinación (*Asunto del Sudoeste africano, el Sáhara, Namibia o Timor Oriental*). Junto a ello no cabe olvidar asuntos como el de *armas nucleares, inmunidades, genocidio, sucesión de Estados en materia de derechos humanos etc..*

Algunos tribunales y órganos se ocupan de los derechos humanos de manera directa, como la Corte penal internacional (los tribunales ad hoc y especiales), los tribunales regionales de derechos humanos (Tribunal europeo, americano y africano), órganos de derechos humanos de Naciones Unidas, mientras que otros lo han ido haciendo progresivamente (Tribunales de procesos de integración). En los tribunales puramente económicos, o de otras materias, como el CIADI (Centro internacional de arreglo de diferencias de inversión), órgano de apelación de la Organización Mundial del comercio los derechos humanos no pueden ser ajenos a su labor.

El mapa judicial resultante ha llevado a debates sobre los *riesgos que podría traer para la unidad del Derecho internacional*, mucho menores a los beneficios que aporta. La Comisión de Derecho internacional (2006) adoptó unas *conclusiones sobre los riesgos de la fragmentación*. La labor de codificación fue estéril desde la perspectiva de las funciones de la CDI, al no desembocar en un Tratado, pero el trabajo contribuyó a poner de relieve el papel de la doctrina en la interpretación del Derecho, en situaciones de complejidad. La principal conclusión es que la emergencia de regímenes convencionales especiales (que no deberían ser calificados de autónomos) no ha comprometido la seguridad jurídica, la previsibilidad, ni la igualdad de los sujetos de derecho. La técnica *lex specialis, lex posterior derogat prior, los acuerdos inter se* y la superioridad reconocida a las normas imperativas así como la noción de “obligaciones debidas a la Comunidad internacional en su conjunto” asegura una “caja de instrumentos” elemental para responder a los problemas más fundamentales planteados por la fragmentación (par 492 de las conclusiones).

La mayor judicialización de los derechos humanos aún cuando es incompleta tiene efectos positivos como el de la *fertilización cruzada entre sistemas*, una influencia y seguimiento de unos y otros, así como fenómenos de integración jurídica por ejemplo entre el TEDH y los ordenamientos nacionales, en el respeto al margen de apreciación. El Tribunal europeo ha liderado la *apertura de las Constituciones y del resto de los ordenamientos al Derecho internacional de los derechos humanos*. El enfoque jerárquico de relación no se estima adecuado y la doctrina se refiere a un *proceso de integración funcional, constitucionalismo en red y escenario de pluralismo constitucional*. Se iría más allá del *diálogo jurisdiccional*, con cierta ductilidad, indica García Roca¹²⁵, lo que supone una ventaja desde la perspectiva supranacional conducente a armonizar un rico pluralismo judicial y cultural. También ha habido *diálogos intersistémicos* entre el sistema europeo y americano, sistemas que arrancan del tronco común y universal que opera como contexto y que ha llevado a la formación, indican algunos autores, de un sistema euroamericano de derechos fundamentales.

Pero también se producen *conflictos entre Tribunales*, en ese tránsito de un mundo fragmentado en Estados soberanos a un mundo fragmentado en regímenes especializados. El conflicto es inevitable pues, como se indica en las conclusiones (segunda conclusión, pár 492) “no hay un sistema homogéneo y jerárquico que permita eliminar los problemas”. Ahora bien los conflictos son menores en relación con los beneficios de la judicialización. Hay conflictos en el espacio

¹²⁵ GARCIA ROCA, J., FERNANDEZ, P.A., SANTOLAYA, P., CANOSA, R., (Eds), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Thomson Reuters, 2012. RIPOL CARULLA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, 2007, 1 edición, 212 pp.

europeo, al hilo de la protección de los derechos humanos en la Unión europea, en el tribunal europeo de derechos humanos y en los tribunales constitucionales de los Estados. Una vez que tanto el tribunal europeo como los tribunales constitucionales nacionales y el de la Unión se sienten garantes de los derechos late el problema de quien tiene el *ultimátum verbum*, problema de difícil solución. La coexistencia en el mismo espacio europeo de varios Tribunales superiores no es sencilla y ha producido amplios debates doctrinales. El Tribunal Constitucional polaco acaba de declarar (13/VII/2021) la primacía del derecho polaco sobre el europeo, en caso de conflicto, en respuesta a una consulta del Primer Ministro, Morawiecki, que se preguntaba sobre qué hacer en caso de “dudas constitucionales de alcance y justificadas” que “no encuentran justificación en el texto de los tratados de la Unión Europea”.

2. La lucha contra la impunidad y la creación de un tribunal de derechos humanos

Ha habido grandes avances en la lucha contra las *graves violaciones de derechos humanos*, es decir contra los grandes crímenes contra la humanidad (*genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, crimen de agresión*). Se han consolidado nociones como la definición de los crímenes contra la humanidad (actos criminales constitutivos de un ataque generalizado o sistemático dirigido a la población civil) después de un camino en el que ha avanzado mucho la lucha contra la impunidad. El estatuto de Londres que creó el 6 de agosto de 1945 el tribunal de Nuremberg establecía su competencia *rationae materiae* en el artículo 6 e incluía el *crimen contra la humanidad* porque no se quería que determinadas atrocidades quedasen sin castigo, como el holocausto o la persecución de la población civil. Además, incluía el *crimen contra la paz*, a pesar de que el pacto Briand Kellog de renuncia a la guerra de los años veinte, cuyo sentido sería incorporado en la constitución republicana de los años treinta, no había alcanzado una vigencia general ni de que el Pacto de Versalles creador de la Sociedad de Naciones prohibiese el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, aunque sí que lo limitaba. También se incluían los crímenes de guerra, que estaban tipificados en el Derecho internacional humanitario.

El estatuto vulneraba el *principio de legalidad y el de no retroactividad*, lo que sin embargo era lógico, con más de cincuenta millones de muertos. Hubiese sido una ironía de la historia que el principio de legalidad, que nace para proteger al ser humano frente al Estado absoluto, en el marco de la revolución francesa, fuese el único aplicado para proteger a Hitler y a los nazis frente a sus víctimas. En la relación entre el Derecho y el Poder hay momentos singulares de la historia en que *el poder está por encima del Derecho*. Detrás de Nuremberg están, como dijera Cassese, los campos de concentración y otras atrocidades.

Después se aprobaron los *Principios de Nuremberg* y se inicia el camino hacia un tribunal internacional penal. Se frena esa evolución por la guerra fría. Hubo que esperar al inicio de la guerra en la Antigua Yugoslavia para que, en 1994, la CDI (la comisión de Derecho internacional) aprobase un *proyecto de estatuto de Tribunal penal internacional*, complementado en 1996 con otro *proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad*. El código de crímenes de 1996 era muy restrictivo en los tipos penales incluidos.

Al aprobar el proyecto la CDI hizo una Declaración en la que se indicaba que “con el fin de llegar a un consenso la CDI ha limitado el alcance. En 1991 la lista incluía doce categorías. Algunos de los miembros han manifestado su pesar. La CDI ha tomado nota de esta medida para que el código pueda ser aprobado y obtenga el apoyo de los gobiernos. Queda entendido que la inclusión de ciertos crímenes en el código no modifica la calificación de otros crímenes en Derecho internacional, y que la aprobación del código no prejuzga en modo alguno el ulterior desarrollo de esta parte importante del derecho”. Así no se incluyeron los *crímenes de intervención, la dominación colonial, el reclutamiento, la utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios, el tráfico de estupefacientes, el terrorismo o los daños internacionales y graves al medio ambiente*. Esto volvía a poner de manifiesto las limitaciones del principio del consentimiento en los avances en los derechos humanos y la lucha contra la impunidad.

En este contexto se crearon por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, al haber un acuerdo entre las grandes potencias en esos casos, lo que permitía eludir el consentimiento general, al representar ese órgano a la comunidad internacional y al haber una situación de amenaza para el mantenimiento de paz o ruptura de la paz (art. 39 de la Carta), los *Tribunales ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, y los denominados *Tribunales especiales* del Líbano, Sierra Leona o Camboya. Los especiales mediante un acuerdo entre Naciones Unidas y los respectivos Estados. Todos ellos tenían por objeto y competencia juzgar graves crímenes contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y serían un avance importante.

Bassiouni, presidente del Comité de redacción del estatuto de la Corte penal internacional, indicó en su discurso en la ceremonia de apertura a la firma, el 18 de julio de 1998, que se estaba en una *nueva era en la historia de la justicia penal internacional*. Era un *paso de gigante*. Se había llegado a un acuerdo de consenso el 16 de julio de 1998 que suponía un compromiso con avances y límites entre los tres grupos de países que habían asistido a la conferencia internacional. El grupo impulsor, el de los países afines estaba compuesto por los occidentales, algunos africanos y los iberoamericanos, unos sesenta países; los asiáticos y del norte de Africa lo veían con bastante recelo; y las grandes potencias no lo querían, pues preferían los tribunales ad hoc creados por el propio Consejo de Seguridad. Como principales elementos del consenso estaban la restricción de la competencia material a los más graves crímenes de trascendencia internacional, con umbrales,

así como el principio de complementariedad entre la Corte y las jurisdicciones nacionales, que da prioridad a los sistemas internos, la posibilidad por el Consejo de suspender un procedimiento etc.. En todo caso se había aceptado, lo que era un logro, el *principio de aceptación automática de la competencia de la Corte, del mismo modo que se habían prohibido las reservas*.

Dos décadas después las grandes potencias como Estados Unidos, Rusia o China siguen sin comprometerse por el mismo. La práctica del Tribunal ha girado en torno a los países africanos, lo que ha generado recelos, al haber sido vista como una corte antiafricana. Tal vez por ello en 2015 se aprueba el *protocolo de Malabo* en el marco de la futura corte africana de justicia que si bien no pone en tela de juicio su jurisdicción ha planteado nuevos retos; lo mismo ha sucedido en relación con la falta de cooperación en la detención y entrega de personas con inmunidad, que ha llevado a diversas interpretaciones de los arts. 27, 98 y 86 del estatuto sobre las obligaciones de los Estados parte.

Pero estos avances no permiten ocultar ni los problemas pendientes ni que estos tribunales no sustituyen la que podría realizar una *Corte internacional de derechos humanos*, sobre la que hubo una propuesta suiza en 2008. Estaría compuesta por 21 jueces elegidos para un mandato de entre 3 y 9 años, y tendría su sede, proponían, en Ginebra. Esta propuesta, así como otra de Túnez, de 2013, de crear una Corte constitucional internacional suponen un implícito reconocimiento de la debilidad de los mecanismos de derechos humanos y su objeto central sería contribuir a incrementar la eficacia de los mismos¹²⁶. En todo caso la Comunidad internacional no ha apostado por un Tribunal de derechos humanos, sobre el que no hay debates siquiera, ni en el ámbito doctrinal ni en la práctica de los Estados. En realidad esto evidencia que la judicialización del sistema universal de derechos humanos es un desafío pendiente.

Capítulo octavo. El desafío de la sostenibilidad

Los derechos avanzan por luchas y circunstancias históricas. Pero su sostenibilidad una vez alcanzada la normatividad no está asegurada, pues depende de un contexto cambiante, económico y político. La sostenibilidad de los derechos requiere también de un esfuerzo sostenido, de unas Instituciones que los apoyen y de unas sociedades que los hagan posibles. Fenómenos como *globalización, el debilitamiento del Estado, la degradación de la democracia liberal, la crisis*

¹²⁶ CALLEJON, L., “Cour mondiale des droits de l’homme. Cour constitutionnelle internationale. Analyse compare de deux projets d’inspiration cosmopolitique”, *Le cosmopolitisme juridique*, Olivier de Frouville (Dir), Pedone, 2015, pp. 329-351.

económica, el nacionalismo y los populismos han puesto en crisis la fortaleza de los derechos humanos. ¿Estamos en un momento de progreso, de consolidación o de posible regresión del acervo existente?. ¿Está consolidado el acervo internacional de los derechos humanos?.

1. Progresión o regresión de los derechos humanos

Frente a la idea de progreso no estamos a salvo de que el patrimonio de los derechos humanos pueda sufrir una regresión. Un buen ejemplo del riesgo de regresión para los derechos humanos es la vuelta de los talibanes en Afganistán y el fracaso occidental tras dos décadas en la zona, que ha sido aprovechado por países como Rusia o China en la idea de que no se debe seguir exportando valores, ensalzando así una idea de la soberanía muy clásica, que sirve como parapeto frente a los derechos humanos. El nuevo Emirato islámico de Afganistán no augura nada bueno ni para los derechos de las mujeres, ni de los niños, ni para la sociedad en general, al aplicar una interpretación fundamentalista de la religión, que ha llevado, en una de las primeras medidas, a prohibir la música en todo el país, entre otras muchas medidas y prohibiciones que vulneran las bases de los derechos humanos y que evidencian el riesgo de regresión que se produce en muchas zonas del mundo. Muchos derechos tienen escasa aplicación mientras la doctrina se preocupa por nuevas perspectivas, avances intelectuales que solo son aplicables para pequeños grupos de población en países ricos. Los derechos humanos se abrieron paso con dificultad con un horizonte compartido. *La globalización puso en duda los derechos sociales, poniendo en duda la sostenibilidad del Estado social.*

La tendencia a fijarse en *nuevos derechos* sobre los que no existe el mínimo consenso puede ser un fenómeno más regresivo que fortalecedor. Cuando se plantea si un río tiene derechos probablemente podemos perder de vista lo esencial. Viejas instituciones como las confederaciones hidrográficas pueden cumplir con la función protectora de la cuenca hidrográfica, sin necesidad de que se articulen como derechos humanos, por su propia naturaleza imposibles de construir sin deconstruir previamente el acervo del Derecho existente. Tampoco ayudan las posiciones de algunas potencias como Estados Unidos, China, Rusia, la debilidad europea o el Islam radicalizado que parecen llevar a una crisis el viejo sueño ilustrado de los derechos humanos.

Es necesario reconquistar el sentido de los derechos humanos de las democracias liberales y del Estado social, que es el que más ha avanzado en la práctica internacional. Los modelos comunistas no han permitido el desarrollo de valores como la libertad o el pluralismo, por lo que no cabría afirmar que respeten los derechos de primera generación. *Destruir el patrimonio internacional de los derechos humanos en busca de un paraíso mejor donde estén liberados de las matrices de subordinación es un camino peligroso*, pues ya se ha intentado muchas veces y

nunca ha llevado a nada bueno. Por ello es mejor seguir apostando por la consolidación de un modelo que, mal que bien, ha establecido los *valores de igualdad, libertad, solidaridad y pluralismo*. Se debiera volver a lo básico, a los principios, a la dignidad, los grandes tratados de derechos humanos. Renovar la apuesta por los derechos humanos, pues no se debieran dar por realizados.

2. El cuestión de la eficacia

La vida internacional evidencia *violaciones graves y masivas de los derechos humanos sin castigo*. La guerra en Siria, las primaveras árabes, la situación en Libia o Ucrania, Colombia, junto a la pobreza o el hambre, los genocidios (Yugoslavia y Ruanda), las dictaduras militares, los desaparecidos, las violaciones de derechos humanos detrás del telón de acero, la plaza de Tiananmen, las torturas de Abu Graib, o Guantánamo, la persecución de los defensores de derechos humanos, Venezuela o Corea del Norte nos hacen reflexionar sobre la eficacia de los derechos humanos en el mundo contemporáneo.

Bermejo analiza la ineficacia de la denominada *responsabilidad de proteger* en Siria, Darfur, República democrática del Congo, Costa de Marfil o Libia¹²⁷. En esos lugares la ineficacia de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario es grande, lo que puede llevar a plantear la validez de las normas. Aplicables en todo el planeta pueden producirse espacios de ineficacia lo que no conlleva la invalidez de las normas. El Derecho internacional por lo demás sirve para orientar el comportamiento de los Estados en una dirección, para que asuman sus obligaciones. Pero hay violaciones que persisten. Por ejemplo, la *trata de seres humanos* es un negocio internacional que mueve más de 150.000 millones de euros anuales. Los principios y directrices de derechos humanos sobre trata de personas (de 20 de mayo de 2002) o los tratados aplicables, desde los clásicos de 1904, 1910, 1921, 1949 o los más recientes de esclavitud (1926, 1956), trabajo forzoso (desde el de 1930), derechos de la mujer (1978), del niño (1989), el protocolo de Palermo (2000), el convenio europeo frente a la trata (2005), la directiva de la UE (2011/36/UE), la Declaración de Naciones Unidas de principios de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, el estatuto de la víctima (ley 4/2015) o los protocolos sobre la trata (2017) y menores no acompañados parecen ineficaces.

No es la falta de normas el problema sino su inaplicación. La ineficacia no solo se produce en la Comunidad internacional, sino también en la nacional, lo que no hace dudar de su vigencia. De manera ilustrativa cabe citar la sentencia del

¹²⁷ BERMEJO GARCIA, R., “Intervenciones y responsabilidad de proteger en los conflictos armados”, *Pliegos de Yuste*, nº 17, 2016, pp. 37 ss.

Tribunal Supremo 396/2019, de 24 de julio de 2019 (ponentes Sánchez Melgar), cuando indica:

“La trata de seres humanos (...) una vez en nuestro país las personas violentadas son obligadas a ejercer la prostitución en diversos club de alterne, salpicados por la geografía nacional, a modo de lugares en donde la dignidad humana carece de la más mínima significación, con tal de obtener el beneficio para el cual las mujeres han sido traídas como si fueran seres cosificados, de los que se intenta obtener el máximo rendimiento económico, mientras tales personas se encuentre en condiciones de ser explotadas. No hace falta irse a países lejanos para observar la esclavitud del siglo XXI de cerca, simplemente, adentrarse en lugares tan cercanos, a lo largo de los márgenes de nuestras carreteras, en donde hallar uno o varios clubs de alterne en cuyo interior se practica la prostitución con personas forzadas, esclavizadas, a las que, sin rubor algunos, se compra y se vende entre los distintos establecimientos, mientras tales seres humanos se ven violentados a pagar hasta el billete de ida a su indignidad”.

De ahí que uno de los retos principales para los derechos humanos sea lograr mayores niveles de efectividad. La distancia existente entre las Declaraciones de derechos humanos y su efectividad también depende de los seres humanos. La eficacia de los derechos depende de la socialización también de las personas. Adela Cortina¹²⁸, apoyándose en estudios de neurociencia, considera que las personas identifican lo justo con lo que les favorece individualmente, sin tener como referente a la humanidad ni ser universalistas. La *aporofobia* (el rechazo al pobre) se habría incorporado al cerebro por el evolucionismo y para eliminarla habría que educar a las personas, indica. Cambiar las tendencias exige educar la conciencia con un esfuerzo sostenido y consciente. Indica la Carta de la Unesco que la paz se consigue a través del espíritu de los hombres, lo que es predicable para los derechos humanos.

Hay ámbitos en los que para saber si las normas de derechos humanos son eficaces hay que realizar un análisis desde la distancia, mediante nuevas metodologías estadísticas que permiten ver el grado de eficacia. En esta línea son relevantes los *indicadores*, que permiten evaluar la eficacia. Por ejemplo, en los últimos treinta años la tasa de mortalidad de los niños ha bajado de 91 a 43/1000, el número de escaños de mujeres se ha incrementado del 17 al 23%, pero sigue habiendo pobreza y hambre (1/9), malnutrición (1/3), refugiados y desplazados (más de sesenta millones de personas y grupos especialmente vulnerables, como las minorías, los pueblos indígenas (casi 400 millones), los migrantes (250 millones), las personas con discapacidad (en torno a 1000 millones) etc.. El Programa

¹²⁸ CORTINA, A., *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Paidós, 2017, p. 14, 43 y 126.

de Naciones Unidas para el desarrollo utiliza como indicadores básicos la esperanza de vida, los niveles de educación y de nutrición, junto a otros como los ingresos *per capita*, el gasto público, los coeficientes de desigualdad, los indicadores de salud, disparidad de géneros, percepción de bienestar, seguridad humana (personas sin hogar, homicidios, violencia contra la mujer...).

No es excesivamente útil para medir la eficacia de los derechos humanos el sistema universal, salvo que se pondere científicamente el escaso número de países que se han comprometido por los sistemas de quejas, entre otros muchos datos que habría que evaluar. A veces se dice que tal país ha sido uno de los más “condenados”, cuando en realidad lo que sucede es que es de los pocos que se someten a los sistemas de control. Por ello son más útiles los análisis que comparan a los 193 países del mundo mediante determinados índices como el *número de condenas en Tribunales internacionales*, o el *Democracy Index* (de *The economist*), que analiza 60 indicadores (proceso electoral, pluralismo, libertades, participación política..), *Rule of law index report*, que elabora *World justice Project* (corrupción, sistema de justicia, independencia judicial..), *Freedom House* (países libres, semilibres y sin libertad), los rankings de condenas por tribunales de derechos humanos, las tasas de feminicidio, criminalidad, corrupción, salud, felicidad etc. En estos casos se ve una fotografía más general del estado de los derechos.

3. La sostenibilidad, la Agenda 2030 y los derechos humanos

Los derechos humanos tienen relación con otras agendas internacionales, como la relativa a la sostenibilidad. La declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre *desarrollo sostenible* (Río+20), celebrada los días 20-22 de junio de 2012 indica que:

“es necesario lograr un desarrollo sostenible promoviendo un crecimiento sostenido, inclusivo y equitativo, creando mayores oportunidades para todos, reduciendo las desigualdades, mejorando los niveles de vida básicos, fomentando el desarrollo social equitativo y la inclusión y promoviendo la ordenación integrada y sostenible de los recursos naturales y los ecosistemas que contribuye entre otras cosas al desarrollo económico, social y humano y facilita al mismo tiempo la conservación, la regeneración, el restablecimiento y la resiliencia de los ecosistemas frente a los problemas nuevos y en ciernes”.

El concepto de desarrollo sostenible resulta de un largo proceso en el que uno de los hitos más recientes es la Agenda 2030 en tanto que “plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad”. La Declaración, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015, es similar a la Declaración universal de derechos humanos de 1948, y podría convertirse en un referente para la Comunidad internacional bajo cuya percha se produzcan amplios desarrollos.

Muchos objetivos de la Agenda conforman derechos humanos reconocidos internacionalmente. Así, los objetivos 1 (pobreza), 2 (hambre), 3 (vida sana), 4 (educación), 5 (igualdad de género), 6 (agua), 8 (crecimiento inclusivo), 10 (desigualdad), 13 (clima), 16 (sociedades e instituciones pacíficas e inclusivas). La Agenda 2030 es un *gran viaje a favor de la dignidad humana en el que nadie debe quedarse atrás*, ha señalado la Asamblea General de Naciones Unidas. La hoja de ruta que establece tiene muchas páginas en blanco e interrogantes. Estamos ante un horizonte que podría conducir a la frustración. Los logros se medirán una vez que esté más avanzado el camino. De cumplirse los objetivos el mundo se transformará a mejor. Los objetivos de desarrollo sostenible pueden completar la dinámica de los derechos con la metodología de los objetivos, que puede constituir un buen complemento si no los desjuridifica.

Se plantea si estamos ante un nuevo paradigma del orden internacional. Michaud y Marc¹²⁹ consideran que cuando hay un fin de época, de civilización, y no solo una crisis parcial, se produce una ruptura generalizada que cambia la estructura del conjunto. Hay un consenso en cuanto a que la Humanidad ha tomado conciencia de que ha llegado a un punto que sería insostenible si no se adoptan medidas radicales en poco tiempo, dados los límites del crecimiento en la era de los combustibles fósiles. Hay una percepción de *crisis ecológica, social y de modelo basado en un crecimiento ilimitado y en la explotación de los recursos naturales no renovables*, lo que lleva a profundizar en la sostenibilidad.

Rifkin¹³⁰ predice que en 2028 se producirá el colapso de los combustibles fósiles, que traerá la tercera revolución industrial, la inversión en renovables, la digitalización, la glocalización (en lugar de la globalización, que dará más papel a las regiones que a los Estados) y una sociedad carbono cero que cambiará nuestras formas de vida. Antonio Gutiérrez, Secretario General de Naciones Unidas, declaraba el 20 de mayo de 2021 en un *Mensaje al Foro sobre cambio climático* que “con los compromisos internacionales actuales nos dirigimos a un aumento desastroso de la temperatura de 2, 4 grados a final de siglo. Estamos al borde del abismo” (...) “todavía sería posible evitar los peores impactos del cambio climático si hay cooperación y se aprovecha la recuperación tras la pandemia para emprender un camino más ecológico”. Consideró que a más tardar en 2030 hay que abandonar el carbón en los países de la OCDE y en 2040 para todo el mundo

Estas visiones ya estaban en el *Informe los límites del crecimiento 1972*, realizado por encargo del Club de Roma, que concluía que en un siglo la huella humana sobre la tierra se habría vuelto insostenible. Aunque coincidamos con estas visiones será necesario un *consenso jurídico y una transformación económica, política*

¹²⁹ MICHAUD, G., MARC, E., *Vers une science des civilisations*, Ed. Complexe, 1981, p. 99.

¹³⁰ RIFKIN, J., *El Green new deal global*, Paidós, primera edición, 2020, p. 11.

y cultural, que no se ha producido todavía. La sostenibilidad está penetrando en sectores del Derecho internacional, como en el *Derecho internacional del medio ambiente*, en el que es un *principio general* junto a otros como el de prevención, el de precaución y la obligación de cooperar. Se ha formado una telaraña de acuerdos internacionales entre los que destacan convenios como el de la protección del medio ambiente frente a la destrucción de la *capa de ozono* (de 1985), el convenio de *cambio climático* (de 1992), de *diversidad biológica* (Convenio de Nairobi de 1992) o el convenio de *lucha contra la desertificación* (1994).

La noción se ha abierto al *Derecho internacional de los derechos humanos* lo que se observa en el *derecho humano al medio ambiente* y en la noción de *desarrollo humano*, fomentada por el Programa de Naciones unidas para el desarrollo, desde 1991. La doctrina ha analizado cómo los derechos humanos contribuyen a la sostenibilidad¹³¹.

La pata que falta por construir para amueblar el desarrollo sostenible es la del Derecho internacional económico. *La sostenibilidad como principio fundamental del Derecho internacional, similar a otros principios constitucionales o estructurales necesitaría de mayores desarrollos*. Es un *principio integrador de diversos sectores, transversal a diferentes regímenes*¹³². Además, es un objetivo político, un concepto jurídico con valor normativo y pluralidad de manifestaciones, sustantivas, procedimentales, una especie de marco metodológico especial, indica Rodrigo¹³³. Todo ello permite que sirva también para interpretar las normas en una determinada dirección.

4. Los derechos humanos en situaciones de crisis y de excepción.

En situaciones de crisis y de excepción se producen limitaciones y restricciones de los derechos humanos. Los Estados pueden suspender unilateral y temporalmente algunas obligaciones de derechos humanos en estados de excepción, como golpes de Estado, en la lucha antiterrorista, la criminalidad organizada o el narcotráfico. Las restricciones a los derechos deben realizarse cuando son necesarias, están previstas por la ley y de manera proporcional. Hay derechos que no se pueden suspender ni restringir, como el *derecho a la vida, a no ser sometido a*

¹³¹ KALTENBORN, M., KRAJEWSKI, M., KUHN, H., *Sustainable development goals and human rights*, Springer, 2020; DURAN, P., DIAZ BARRADO, C., FERNANDEZ LIESA, C., *International society and sustainable development goals*, Aranzadi. Thomson Reuters, 2016, 589 pp.

¹³² VOIGT, C., *Sustainable development as a principle of international law. Resolving conflicts between climate measures and WTO law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 145 ss.

¹³³ RODRIGO, A., *El desafío del desarrollo sostenible*, Tribuna Internacional 2015; DIAZ BARRADO, C., “Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas”, *Anuario español de derecho internacional*, n 32, 2016, pp. 9-48.

*tortura, la prohibición de esclavitud, la prohibición de encarcelamiento por obligación contractual, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho a un trato humano, la prohibición de toma de rehenes, el genocidio, el traslado forzoso o deportación sin motivo autorizado por el Derecho internacional, la prohibición de propaganda a favor de la guerra*¹³⁴etc..

En el caso de España el Tribunal constitucional ha estimado que la utilización del Estado de alarma en lugar del estado de excepción, en relación con la pandemia, no fue la opción constitucional adecuada para la limitación de derechos fundamentales que suponía el confinamiento domiciliario. Ha considerado el Tribunal que la limitación era tan intensa que suponía una suspensión, lo que encaja en el estado de excepción. Sin entrar en este debate, que ha dado lugar a amplias reflexiones doctrinales sobre el marco constitucional, las limitaciones a los derechos humanos deben realizarse siempre con criterios restrictivos, estar establecidos por ley, ser proporcionales y necesarias, son los estándares internacionales. Probablemente el régimen constitucional de los arts 116 y 55 no estaba bien diseñado para una pandemia de este alcance.

De otro lado, los derechos se ven también limitados en una pandemia por los hechos, dado que aumenta la pobreza y la desigualdad. En 2020 y como consecuencia de la pandemia la pobreza ha subido en España hasta los niveles de 2014, en que se vieron las peores consecuencias de la crisis de 2008. En 2020 un 7% de los españoles sufrió pobreza grave, mientras que en 2019 era el 4,7%, siendo las Comunidades autónomas donde hay más dificultades Canarias, Andalucía y Extremadura y donde menos Aragón, País Vasco y Navarra. Según el indicador de la tasa Arope de la Comisión Europea el 26,4% de las personas en España estaba en 2019 en riesgo de pobreza, un punto más que en la encuesta precedente, mientras que la media europea es del 21,9. Esta tasa mide la desigualdad, siendo el desempleo la mayor causa de riesgo de exclusión.

Los Estados tienen obligaciones tanto en derechos humanos, como financieras y de deuda pública. Se plantea la cuestión del *choque entre las obligaciones financieras del Estado y sus obligaciones en derechos humanos*¹³⁵. El relator de Naciones Unidas propuso que cuando los pagos de la deuda entrasen en colisión con los derechos humanos debía haber un equilibrio adecuado entre ambas obli-

¹³⁴ *Observación general n° 4*, de 24/VII/2001, del Comité de derechos civiles y políticos, sobre el artículo 4 del Pacto

¹³⁵ MANERO SALVADOR, A., *El cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica internacional*, Madrid, 2013, 75 pp; KAUFMANN, C., “International law in recession?. The role of international law when crisis hits: food, finance and climate change”, *Essays in honour of judge B. Simma*, Oxford University Press, 2011, pp. 1189-1206.

gaciones. Esta noción de equilibrio es insuficiente y viene a significar, simplemente, que los Estados en sus presupuestos deben tener en cuenta los derechos humanos. Propuso unos *principios directivos* sobre la deuda exterior y los derechos humanos, que no son obligatorios. En todo caso ni las bases jurídicas ni la articulación de los diferentes rescates tuvo en cuenta el impacto en los derechos humanos.

Las pandemias tienen una larga trayectoria histórica. Mateo Alemán (1599) a ellas se refería, en el Guzmán de Alfarache, cuando indica “librete Dios de la muerte que baja del norte y del hambre que sube del sur”, en un ambiente de Sevilla que bien refleja Miguel de Cervantes, en *Rinconete y cortadillo*. Cuando la economía se resiente hay efectos negativos para los derechos humanos. La epidemia del coronavirus produce daños globales, tanto personales como económicos, que serán de alcance desigual. Es una catástrofe mundial que afecta a la salud y vida de millones de personas y a la economía mundial. Los derechos humanos se verán afectados por los recortes. Las obligaciones de los Estados podrán incumplirse más fácilmente, lo que sin duda sucederá en muchas partes. La efectividad de los derechos no solo depende de las normas sino de que el Estado disponga de los recursos necesarios.

También existe el riesgo de que se resquebraje el consenso global en torno a la idea ilustrada de los derechos humanos que refleja la ONU y la Constitución de 1978. Para Kissinger la pandemia ha hecho renacer una ciudad amurallada en una época en que la prosperidad depende del comercio mundial y del movimiento de personas. La transición del orden poscoronavirus debería salvaguardar los principios del orden mundial liberal¹³⁶. En la Unión Europea el *plan de recuperación y resiliencia y la reacción ha estado marcado por la solidaridad europea*. A corto plazo los créditos y la solidaridad permiten sortear las dificultades, pero también se planteará el choque entre las obligaciones financieras del Estado y las obligaciones de derechos humanos. En el pasado los recursos disponibles en derechos han estado limitados por las políticas de ajuste estructural y la deuda lo que afecta a servicios públicos como la educación o la salud entre otros. Salir de la situación actual requiere endeudarse teniendo en cuenta que España no tiene la independencia económica para salir de esta situación sin apoyo europeo. La Unión Europea no es un Estado social, de tal manera que la solidaridad principal seguirá siendo de cada Estado. Sin un mínimo de solidaridad se hubiera incrementado el antieuropeísmo y los Estados del sur no hubieran podido superar la crisis.

¹³⁶ KISSINGER, H., “La pandemia del coronavirus transformará para siempre el orden mundial”, *El Confidencial*, 6/04/2020.

5. Derecho y políticas de derechos humanos

Las normas de derechos humanos establecen la obligación para los Estados de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos, pero no indican qué políticas precisas se deben implementar. El binomio derecho humano-obligación del Estado permite determinar si los Estados han cumplido determinadas obligaciones, pero no determina las mejores metodologías para que los derechos humanos puedan ser reales y efectivas.

La metodología jurídica debe complementarse con el *diseño de políticas públicas para la implementación de los derechos*. La ciencia no permite saber con exactitud las mejores políticas. Diferentes medidas pueden, como ante un enfermo, tener diferentes resultados. Además, las políticas nacionales educativas, de vivienda, de pensiones, de seguridad social, de alimentos, de salud no vienen determinadas por las normas de derechos humanos. El margen de apreciación de los Estados en derechos humanos no permite aclarar con precisión las mejores políticas de derechos humanos¹³⁷.

Sobre todo porque los derechos humanos no se garantizan por discursos políticos. Además el *principio de la libre elección del sistema político, económico, social y cultural*, manifestación de la soberanía, dificulta la precisión de las políticas, en ausencia de compromisos convencionales o de otra naturaleza. Por ejemplo, las políticas de derechos humanos de Cuba tienen una eficacia muy condicionada por la situación geopolítica, económica y las sanciones. En la propia Unión Europea tanto en la crisis financiera de 2008 como en relación al Covid 19 las políticas tuvieron que idearse sobre la marcha.

Ciertamente que puede haber políticas contrarias a los derechos humanos. Pero los Tratados de derechos humanos no determinan qué políticas debe hacer un Estado. El relator de la pobreza, P. Alston ha hecho fuertes críticas a las *políticas de España o el Reino Unido, en materia de vivienda*, pero sería difícil sacar de estas críticas lecciones generalizadas. Incluso es difícil verificar que de haber hecho otras políticas habría menos problema de vivienda. Por ejemplo España es uno de los países que tiene más altos índices de vivienda en propiedad, lo que no puede ser sino positivo. El que al mismo tiempo haya incumplimientos en relación con desalojos de personas vulnerables no da al Estado la clave de cuáles son en su conjunto las mejores políticas de vivienda, pues depende de factores que el relator no analiza en una visita. En megaurbes como Madrid o Barcelona la política no puede ser la misma que en el resto de España.

Cuáles sean las mejores políticas no es algo sencillo de determinar objetiva-

¹³⁷ LEGG, A., *The margin of appreciation in international human rights law. Deference and proportionality*, Oxford Monographs in International law, 2012, 213 pp.

mente. Además, a pesar de que ha aumentado el conocimiento en las sociedades modernas se produce la paradoja señalada por Innerarity en *La democracia del conocimiento*¹³⁸ de que la sociedad del conocimiento está acabando con la autoridad del conocimiento. Se es consciente del no saber. Los expertos son instrumentalizados por el poder para justificar decisiones políticas previamente adoptadas, por lo que el diálogo saber-poder no va a garantizar las mejores políticas.

De otro lado hay muchos factores generales y transversales que difícilmente pueden ser objeto de normas convencionales. Los derechos humanos se ven condicionados por la globalización, el debilitamiento del Estado, el modelo económico o la revolución digital. O por factores que lo superan como la pobreza, el machismo, el nacionalismo, las multinacionales, el racismo, el fundamentalismo, la falta de consenso internacional o la falta de democracia plena.

La dinámica económica internacional constituye -indica J. Sachs- una amenaza que incide muy negativamente en los derechos humanos, pero que no depende de los derechos humanos. Así, controlar el cambio climático, la acidificación de los océanos, la disminución de la capa de ozono, el uso excesivo del nitrógeno y del fósforo, como resultado del uso intensivo de fertilizantes químicos para la agricultura, la sobreutilización del agua dulce, el uso del suelo etc..son fenómenos que inciden en los derechos humanos pero que lo superan y exigirían un enfoque *holístico*, en interés general, hoy en día escaso. La protección de los derechos humanos no solo depende del Derecho internacional de los derechos humanos sino de otros sectores y de que haya políticas que lo hagan posible. En esta línea debe complementarse con otras lógicas y con políticas de derechos humanos.

Capítulo noveno. El desafío democrático.

Uno de los desafíos más importantes para los derechos humanos está en las Instituciones y en factores como el populismo o el nacionalismo que contribuyen a un deterioro grave de la convivencia en pluralismo. El desafío democrático también tiene relación con el papel de la Democracia en el mundo, así como con la evolución de la democracia, que es uno de los principales desafíos contemporáneos para la sostenibilidad de los derechos humanos

¹³⁸ INNERARITY, D., *La democracia del conocimiento. Por una sociedad inteligente*, Paidós, 2011, pp. 68 ss.

1. El principio democrático en el Derecho internacional

El principio democrático no ha alcanzado la mayoría de edad en la Comunidad internacional. En el orden internacional clásico primaba el *principio de efectividad*. Las transformaciones políticas de un Estado eran cuestiones de política interior. En aquel tiempo la legitimidad únicamente hizo acto de presencia en ámbitos regionales que dieron lugar a la doctrina Tobar (1907) según la cual se rechazaba reconocer a los gobiernos de hecho surgidos de revoluciones contra la constitución; o la convención entre cinco repúblicas de Centroamérica que condicionaban el reconocimiento de gobierno al respeto del orden constitucional establecido, en 1910, pero que nunca llegaron a consolidar una norma consuetudinaria frente a la *efectividad*, reflejada en la *doctrina Estrada* (1930) por la cual, y es la práctica general, no se reconocen gobiernos y solo Estados.

En organizaciones como la Sociedad de Naciones o Naciones Unidas no se ha exigido ser una democracia para adherirse y para permanecer en plenitud de derechos. La estabilidad internacional, el equilibrio de fuerzas y la defensa de los intereses ha sido lo relevante. La legitimidad democrática no existía, como se pudo comprobar por la actitud de la Comunidad internacional durante la guerra civil española o en la interpretación del art 4 de la Carta, y en la propia adhesión de España a la organización, en 1955, junto a muchos otros países no democráticos, tras un pacto entre la URSS y Estados Unidos. La propia Carta de Naciones Unidas no contiene el término *Democracia* pues, indicaba Pérez Vera, “entre los Estados miembros de la organización ese vocablo adquiere matices diferentes en regímenes políticos que utilizándolo como denominador común sirven a orientaciones aisladas y contradictorias”¹³⁹.

Durante la guerra fría se reforzaron los pilares del *Derecho internacional de la democracia*. No solo los principios subyacentes en la Carta, sino la Declaración universal de derechos humanos, la Resolución 1514, los pactos de 1966, la Resolución 2625 o el Acta final de Helsinki establecieron unas bases sólidas, al reconocerse el derecho a elecciones libres, entre otros derechos políticos como los recogidos por los arts. 14, 18, 19, 21, 22, 25 y 26. Pero lo cierto es que, como reconocía Boutros Ghali en la *Agenda por la Democracia*, la guerra fría truncó el apoyo de Naciones Unidas a sus Estados miembros en esa línea.

La doctrina es pacífica al admitir que el derecho a la autodeterminación de los pueblos se ha aplicado sólo en sus aspectos externos, aunque apuntase a la democracia, pues se interpreta en conexión con el *principio de no intervención, soberanía integridad territorial, intangibilidad de las fronteras y con la regla que prohíbe los reconocimientos prematuros*. Así, el *principio de la libre elección del*

¹³⁹ PEREZ VERA, E., *Naciones Unidas y los principios de la coexistencia pacífica*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 21 ss.

sistema político, económico, social y cultural y el principio de autonomía constitucional no permiten iluminar la existencia de una norma jurídica consuetudinaria que establezca la obligación de organizarse políticamente, en el interior de los Estados, según los postulados de la democracia liberal.

La diversidad política de la *base social internacional* ha impedido la formación de una norma de legitimidad democrática de alcance universal. La base social tanto en la guerra fría como después no es mayoritariamente democrática. La democracia ha avanzado como un concepto compartido que es objeto de promoción. Ahora bien la evolución de la sociedad internacional hacia la Democracia es un proceso lento, que no está consolidado. Se estima que sólo un 25-30% de los Estados son plenamente democráticos. En algunos casos se han producido retrocesos en el entorno europeo, incluso en miembros de la Unión Europea. Clarificador es el caso de los países que vivieron las *primaveras árabes* hace una década, como Argelia, Egipto, Siria, Libia, Yemen, Jordania, Irak, Omán, Mauritania, Yibuti, Somalia, Arabia Saudí, Líbano, Kuwait, Marruecos o Sudán. En la búsqueda de la revolución democrática, la sociedad civil se dio de bruces con conflictos armados, en particular en Libia, Siria y Yemen, golpes de Estado (Egipto), o quedó igual que antes (Arabia Saudí, Líbano, Mauritania, Sudán, Yibuti) tras pequeñas reformas (Marruecos, Argelia, Kuwait, Oman, Jordania)

Los defensores de las primaveras árabes consideran que se ha plantado la semilla de la libertad. Aunque así fuese el camino de la democratización es lento, como también lo es en Africa, Asia o América, y en la propia Europa, donde vemos algunos retrocesos. Esta realidad ha anclado el *Derecho internacional a ese derecho de coexistencia entre sistemas políticos diferentes*. Sigue siendo por el momento válida la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia en el sentido de que las orientaciones políticas de un Estado son de su competencia exclusiva mientras no violen una obligación internacional¹⁴⁰. Precisa Corten que no existe una obligación jurídica internacional de respetar el derecho nacional y de que, por esa razón, un Estado que viole su propia ley o constitución no ve comprometida su responsabilidad internacional¹⁴¹, salvo que haya compromisos convencionales regionales, como sucede en la Unión Europea o en el Consejo de Europa.

Otra perspectiva de la Democracia en el ámbito internacional tiene relación con el funcionamiento de la propia sociedad internacional. *¿Es la gobernanza internacional democrática?* Es evidente que no. El discurso democrático constituye una ética extrajurídica, pero no un modelo de gobernanza. En una perspec-

¹⁴⁰ *Asunto Nicaragua*, TIJ. Rec. 1986, pág. 258, 263.

¹⁴¹ CORTEN, O., "Rapport général. L'Etat de Droit en droit international. Quelle valeur juridique ajoutée?", *L'Etat de Droit en droit international*, Colloque de Bruxelles, SFDI, Pedone, 2009.

tiva de futuro Olivier de Frouville¹⁴² defiende que estamos en un *estado o derecho de transición cosmopolita*, en lo que denomina *teoría democrática del Derecho internacional*. La sociedad internacional habría entrado en un *proceso de transición cosmopolita*.

2. Democracia y patriotismo constitucional

La democracia está en riesgo por los nacionalismos y los populismos. Las sociedades respetuosas con los derechos humanos no deben hacer peligrar la diversidad, el pluralismo ni la interculturalidad. Frente al nacionalismo excluyente hay que reafirmar al *modelo de ciudadanía constitucional*, que protege la diversidad cultural. La idea del patriotismo constitucional fue objeto de reflexión por Habermas en los ochenta en relación con países como España, tras una visita al Congreso de los diputados. Esta noción expresa la *adhesión a los valores constitucionales más que a las identidades culturales*. Sustituir el nacionalismo por valores democráticos y pluralistas, constitucionales, no identitario-culturales¹⁴³ es lo más adecuado.

Es una manera de contrarrestar y de encauzar el nacionalismo de las minorías, que ha sido una reacción al Estado en identidades posnacionales¹⁴⁴. Forma parte del ideal cosmopolita¹⁴⁵. Los Estados deben aprender a vivir en diversidad con fórmulas de convivencia que se basen en el patriotismo en tanto que nacionalismo cívico, que identifica nacionalidad con ciudadanía, y que no tiene nada que ver con el nacionalismo étnico, más vinculado a la genética o la cultura¹⁴⁶. En la tensión identitaria entre pluralismo y fundamentalismo la opción por los derechos humanos es la primera, lo que lleva a rechazar las políticas asimilacionistas. Tanto el Derecho internacional de los derechos humanos como el de las minorías reconocen el derecho a la identidad como parte de los derechos humanos, en sociedades plurales.

El renacimiento del *nacionalismo* en países occidentales como Canadá, Francia, Irlanda, Bélgica, Suiza, Italia, Reino Unido y con especial relevancia

¹⁴² FROUVILLE, O. de., “Vers un théorie démocratique du Droit international”, *La démocratie appliquée au Droit international. De quoi parle-t-on?*, Pedone, 2018, pp. 143 ss.

¹⁴³ HABERMAS, J., *Identidades nacionales y posnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989; id. *La necesidad de revisión de la izquierda*, Tecnos, Madrid, 1991; ROSALES, J.M., *Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997

¹⁴⁴ KYMLICKA, W., STRAEHLE, C., *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*, Unam, 2001, 105 pp.

¹⁴⁵ NUSSBAUM, M., *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, Paidós, 1999, 2017, p. 22 ss.

¹⁴⁶ VIROLI, M., *Por amor a la patria. Un ensayo sobre las diferencias entre patriotismo y nacionalismo*, Deusto, 2005, 2019, 237 pp., p. 16 y p. 23.

en España ha deteriorado la democracia. Las democracias enferman cuando se deteriora la idea clásica de *ciudadanía* y se entra en procesos de exaltación de los *particularismos étnicos, nacionales o religiosos*¹⁴⁷. Con la caída del muro el conflicto geopolítico este-oeste es sustituido por el cultural. Touraine advertía que había que defender la democracia frente a la obsesión por la identidad nacional, étnica o religiosa. Marlene Wind¹⁴⁸ se refiere a la *tribalización de la Unión europea*, en una tendencia a levantar puentes levadizos por las políticas identitarias y de la reducción de la democracia a la mera voluntad del pueblo.

Fukuyama¹⁴⁹ analiza cómo las *democracias liberales no acaban de saber resolver el problema del Thymos* (la parte del alma que anhela el reconocimiento de la dignidad); no estarían siendo capaces de resolver la cuestión de la búsqueda de formas parciales de reconocimiento (nación, religión, secta, raza, origen étnico o sexo), lo que habría producido, indica, el *tránsito de las políticas de reconocimiento a las políticas de resentimiento*.

De otro lado en los Estados democráticos también los derechos humanos se ven en peligro por el incremento del *populismo, que se caracteriza por la falta de respeto a la constitución y a las leyes, al Estado de derecho, la separación de poderes, la independencia judicial, el pluralismo político, social y cultural, la labor de una prensa libre o de la política*. En algunas sociedades se instala la dialéctica amigo enemigo y se identifica un enemigo esencial en torno al cual se busca la adhesión emocional del pueblo. En esa dinámica ni las leyes ni la Constitución actúan como debieran pues se ven arrinconadas por la voluntad y el decisionismo. Estas democracias se convierten en iliberales y en ellas se llega a una democracia sin derechos¹⁵⁰.

Estos fenómenos no sólo se dan en países lejanos sino también en Estados Unidos, que ha sido un faro democrático desde época contemporánea, o en la cuna de los derechos humanos, en Europa (en Polonia y Hungría, y con manifestaciones en otros países). El Papa Francisco reconoce que con el populismo la política “no es una discusión sobre proyectos a largo plazo sino recetas de marketing inmediatas que buscan la destrucción del otro” (par 16) En esta pugna de intereses vencer es destruir” “un proyecto con grandes objetivos suena a delirio”.

¹⁴⁷ TOURAINE, A., *¿Qué es la democracia?*, Temas de Hoy, Ensayo, 1994, pp. 34 ss; SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, 2001.

¹⁴⁸ WIND, M., *La tribalización de Europa. Una defensa de nuestros valores liberales*, Espasa, 2019, pp. 9 ss.

¹⁴⁹ FUKUYAMA, F., *Identidad. La demanda de dignidad y las políticas de reconocimiento*, Ed. Deusto, 2018.

¹⁵⁰ MOUNK, Y., *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y como salvarla*, Paidós, Barcelona, 2018. ROSANVALLON, P., *El siglo del populismo*, Galaxia Gutenberg, Crítica, 2020

Buen botón de muestra en la Unión Europea es el *Asunto C-618, ST Justicia, Gran Sala de 24 de junio de 2019 del TJUE que condenó a Polonia*. La Comisión había iniciado un procedimiento por incumplimiento del art. 19 TUE (1, segundo), en relación con el art. 47 de la Carta de Derechos fundamentales al haberse reducido la edad de jubilación de los jueces del Supremo y al atribuir al Presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional de los jueces una vez alcanzada la edad de jubilación.

Para el Tribunal el *principio de tutela judicial efectiva* exige una *justicia independiente*. Para que el Tribunal Supremo polaco pueda garantizar el derecho a la tutela judicial es necesario preservar la independencia, que está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y por el derecho a un proceso equitativo. El *principio de inamovilidad* exige que los jueces permanezcan en el ejercicio de sus funciones en tanto no hayan alcanzado la edad de jubilación forzosa o hasta que termine el mandato, si tiene una duración determinada. Polonia no ha dado razones objetivas sobre la necesidad de la medida, lo que no respeta el principio de proporcionalidad. Se está ante una terminación anticipada y definitiva de la carrera judicial de los interesados, no justificada por un objetivo legítimo, lo que viola el *principio de inamovilidad del juez, inherente a su independencia*.

3. Soberanía, democracia y derechos humanos

El titular de la soberanía en España es el *pueblo español*, como establecen los artículos 1 y 2 de la Constitución de 1978, en una fórmula de consenso que encierra un *modelo de convivencia en pluralismo*. Sin entrar en una reflexión amplia sobre la soberanía, que nos llevaría por largos derroteros, cabe indicar que, como el Dios Jano, tiene dos caras. Una es la externa, que se refiere a la independencia frente a terceros, en la dimensión tradicional. En el célebre *Asunto de la Isla de Palmas* Max Huber señaló que “la soberanía en las relaciones entre Estados significa independencia. La independencia de una parte del globo es el derecho a ejercer con exclusión de cualquier otro Estado las funciones estatales”. Esto permitió superar una concepción abstracta de la soberanía. La otra cara de la moneda, es el principio de autodeterminación democrática interna, es decir, la capacidad de decidir del soberano de manera democrática. En el caso de España el demos que se autodetermina es el pueblo español pues ninguna norma o principio de Derecho internacional ni de derecho constitucional han debilitado el título ni el fundamento de la soberanía, ni permiten apoyar en Derecho el desafío soberanista.

El elemento central de la soberanía es el *derecho a decidir*. El desafío soberanista rompió la esencia del consenso constitucional al indicar, en el art. 1 de la

*Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo catalán*¹⁵¹, que el pueblo de Cataluña tiene carácter de sujeto político y jurídico soberano¹⁵², del mismo modo que la ley 19/2017, en su artículo 2 (del referéndum de autodeterminación) lo reitera. El Tribunal Constitucional consideró que esta ley era en su conjunto inconstitucional al ser contraria al *principio de soberanía* y poner en entredicho la *unidad y la supremacía de la constitución*¹⁵³.

El *derecho a decidir* es una expresión que constituye un sucedáneo del principio de libre determinación, es un *falso derecho*, que ni el Derecho internacional ni el nacional reconocen¹⁵⁴, como tampoco el derecho comparado¹⁵⁵. La gran mayoría de las constituciones incluyen reglas rígidas que preservan la unidad, la indivisibilidad y la integridad territorial del Estado¹⁵⁶. La interpretación jurisprudencial de estas reglas constitucionales no deja lugar a dudas sobre la falta de reconocimiento del derecho a decidir¹⁵⁷. La sentencia núm 459/2019, de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo, cuyo ponente fue Manuel Marchena, ha identificado con

¹⁵¹ Res 5/X de 23/I/2013, del Parlamento de Cataluña

¹⁵² Sobre la inconstitucionalidad STC 42/2014, 25/III/ FJ1

¹⁵³ STC 114/2017, de 17/X2017, FJ5

¹⁵⁴ Sentencia núm 459/2019, de la sala de lo penal del Tribunal supremo, p. 199.

¹⁵⁵ Todo lo más cabe referirse , y no está claro en todos, a Etiopía (1995), la Federación de San Cristobal y las Nieves, la cláusula de retirada de la Unión Europea (que no es aplicable), las constituciones de la URSS (de 1924, 1956 y 1977), de la Antigua Yugoslavia (1946, 1953, 1963, 1974), Birmania (entre 1974-1974), Uzbekistán (1992) -que prevé el derecho de secesión de Karakapastán-, Checoslovaquia (se reformó en 1991 y se disolvió en 1992), Sudán (en 2005, luego se separó Sudán del Sur en 2011), o Liechtenstein.

¹⁵⁶ Muchas constituciones hacen referencia a la *unidad del Estado* (Moldavia, Sudafrica, Alemania, Irlanda...). Otras consideran al Jefe del Estado o al presidente de la República como representación de la unidad (Italia, Portugal, Rumanía, Ucrania, Kirgizistán, Azerbaiyán, Rumanía). Algunas prohíben asociaciones o partidos independentistas (Grecia, Croacia, Alemania, Rusia). En muchas *hay cláusulas de integridad territorial* en el marco de la defensa nacional (Albania, Belarús, Hungría, Moldavia, Lituania), en relación con el Jefe del Estado (Armenia, Azerbaiyán, Georgia, Bélgica, Luxemburgo), con los diputados (Chipre, Turquía) o en otras referencias, como el art. 89 de la francesa (no puede perseguirse una revisión que afecte a la integridad del territorio) o la constitución rusa, que establece que los derechos de los pueblos se ejercen en el marco exclusivo de la federación y el respeto a la integridad territorial de Rusia. También hay *cláusulas de indivisibilidad del Estado*, como en USA, Brasil, Estonia, Perú, Noruega, España o Italia. Informe de la Comisión Europea para la democracia por el derecho, Estrasburgo 12/I/2000 sobre *La autodeterminación y la secesión en el derecho constitucional*.

¹⁵⁷ *Sentencia 118 de abril de 2015 del TC italiano* -en relación con la ley de la Asamblea regional del Véneto sobre la realización de un referéndum consultivo; en Estados Unidos cabe resaltar el *Asumto Texas v White* y el *asunto Scott Kolhaas v State of Alaska, office of the lieutenant governor* (Supreme Court n° s 13024 de 154 de enero de 2010). En Rusia la *Decisión de 13-III-1992 sobre la constitucionalidad de la decisión del Consejo Supremo de la República de Tartaristán*. En Alemania el Auto de 16-XII-2016 de la Corte constitucional alemana; o la *Decisión del Consejo Constitucional francés de 9/V/1991 sobre la ley del estatuto de la colectividad territorial de Córcega*.

brillantez y cristalina claridad el lugar del Derecho a decidir en el Derecho internacional, por lo que debiera tener resonancia académica internacional.

Tampoco la ruptura del pacto constitucional puede encontrar fundamento en un cambio en las circunstancias, en el *derecho de nulificación*, pues la Constitución no es un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores. Se ha fundamentado ese derecho en el *principio democrático*, pero el vínculo Democracia y Estado de derecho forma parte de los valores europeos y constitucionales. Además ese derecho tampoco sería legítimo cuando el problema político a resolver resulta de un *proceso de exaltación nacionalista y de arrinconamiento de la sociedad no soberanista*, que ha acabado con el ambiente de pluralismo necesario en una sociedad basada en los derechos humanos. En las circunstancias desarrolladas en las últimas décadas ese derecho serviría para ahondar en la quiebra de la convivencia y de un marco constitucional realizado por consenso para convivir en diversidad.

Para reflexionar sobre la caja de pandora del consenso constitucional hay que partir del hecho de que la constitución de 1978 no fue de los vencedores ni de los vencidos¹⁵⁸. Se hizo con un *espíritu de concordia y reconciliación*. En dicho *consenso se excluían los nacionalismos extremistas español y periféricos*. Desatar el nudo gordiano exigiría un nuevo consenso que partiese de un planteamiento de derechos humanos pluralista, de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos.

En la cuestión territorial los elementos básicos del consenso eran, indica Peces-Barba, los siguientes: existe una nación española, que integra a las demás en su interior y que es la sede de la soberanía que reside en el pueblo español; se reconoce a España como nación de naciones o de regiones, lo que fue aceptado por los nacionalistas catalanes; las otras naciones -Cataluña, País Vasco y Galicia que integran España son naciones culturales cuyos hechos diferenciales están reconocidos en la constitución.

Reabrir el consenso plantea en esencia, más allá de la posibilidad de una secesión, dos cuestiones básicas desde la perspectiva constitucional. De un lado, la de si España es un *Estado plurinacional*, lo que está fuera del consenso, pues la constitución no es el resultado de un pacto entre naciones que tenían soberanía previa y pactan, que era la posición del PNV¹⁵⁹. Junto a los nacionalistas también apoyan la plurinacionalidad algunos anarquistas -que consideran que la consti-

¹⁵⁸ PECES-BARBA, G., “La idea de España en el estado de las autonomías”, *Unidad y pluralidad en tiempos revueltos. Derechos, constitución, secesión*, Alberto del Real Alcalá, VVAA, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 21-41; PECES-BARBA, G., *Discursos parlamentarios de Gregorio Peces-Barba*, Cortes Generales, Madrid, 2014, Diario de sesiones del Congreso, nº 64, Intervención del 11 de mayo de 1978, p. 2170; *La España civil*, Galaxia Gutenberg, 2006, pp. 31 ss.

¹⁵⁹ TOMAS Y VALIENTE, F., *Autonomía y soberanía. Una consideración histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 113-131, p. 117.

tución no es democrática- y Podemos, al menos Pablo Iglesias, que considera a España -dice- un país de países. España, indica, se debe construir desde la libre decisión democrática de sus diferentes pueblos, por lo que es partidario de que la ciudadanía catalana decida su destino a través de un referéndum¹⁶⁰. Admite, pues, la independencia de Cataluña, por un lado, y cambios jurídicos que reflejen la plurinacionalidad de España.

Se plantea asimismo si cabe considerar a España como una *nación de naciones*. Este término utilizado por A. Carretero (1962) fue impulsado por Peces-Barba en los debates constitucionales en los que indicó que España es una “comunidad superior, una nación de naciones, que se organiza como Estado social y democrático de derecho”. “La existencia de España como nación no excluye la existencia de naciones comunidades, pero la existencia de estas naciones comunidades no debe llevarnos a una aplicación rígida del principio de las nacionalidades”. Peces-Barba y algunos autores consideran que esta es la tesis que hizo suya la Constitución¹⁶¹. Pero no todos conciben igual la fórmula. Maiz¹⁶² (2018) lo vincula la federalismo plurinacional que postula una soberanía compartida en un Estado de Estados construido desde el reconocimiento, indica, de una plural nación de naciones, lo que entronca con una idea de soberanía compartida. Esta línea de pensamiento negaría la existencia de España como nación, por lo que algunos se preocupan por su defensa como ya hiciese Antonio Machado en carta de agradecimiento a Ramiro de Maeztu por el envío de su Libro *Defensa de la hispanidad*.

Alzaga o Tajadura¹⁶³ estiman que la definición de España como unidad superior de nacionalidades y regiones supuso el rechazo expreso a configurarse como nación de naciones (las nacionalidades, indica Tajadura, no son sinónimos de nación); Ariño precisa que la fórmula no cabe si de ello se quieren derivar consecuencias jurídico políticas de organización y distribución del poder. Fraga consideraba todavía en los ochenta que se debería eliminar la palabra nacionalidades del artículo segundo, y redactar nuevamente el título VIII¹⁶⁴. En todo caso *sería una fórmula que, de aceptar la existencia de la nación española, es decir, de no incurrir en un negacionismo podría tener alguna posibilidad de consenso, si bien*

¹⁶⁰ TAIBO, C., *En defensa de la consulta soberanista en Cataluña*, Catarata, 2014 Posición de P. Iglesias en DOMINGUEZ, A., *Repensar la España plurinacional*, Icaria editorial, 2017

¹⁶¹ PECES-BARBA, 2014, antes citado. BLAS, A., “EL PSOE y la cuestión nacional”, *Nación y nacionalismos en la España de las autonomías*, CEPC, BOE, Madrid, 2018, p. 153 ss; SOLOZABAL, J.J., “España: nación de naciones”, pp. 237-253

¹⁶² MAIZ, R., *Nacionalismo y federalismo. Una aproximación desde la teoría política*, siglo XXI de España, 2018, 502 pp.

¹⁶³ TAJADURA, J., “El pronunciamiento del TC sobre el preámbulo del estatuto de autonomía de Cataluña: nación, realidad nacional y derechos históricos”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 27, 2011, primer semestre, UNED, 423-449.

¹⁶⁴ FRAGA IRIBARNE, M., *El cañón giratorio: conversaciones con Eduardo Chamorro*, Barcelona, Ed. Vergara, 1982, p. 205

los radicalismos a que ha conducido el procés y la desconfianza generada por las posiciones extremistas podrían haber alejado esta opción.

También se ha reabierto el debate en torno a la reivindicación de *hechos y tratamientos diferenciales y asimétricos*. Cambó¹⁶⁵ decía en 1927 que el problema catalán tiene por única base la existencia de un hecho diferencial, una personalidad inconfundible e indestructible; J. Pujol consideraba que tratar la excepcionalidad con criterios de generalidad había dejado sin resolver el problema de Cataluña¹⁶⁶. Herrero cuenta en sus memorias que fue la negativa a un modelo asimétrico que reconociese la singularidad de Cataluña y Euzkadi la que forzó la referencia a las nacionalidades y donde nacionalistas vascos y catalanes se oponían a la generalización, que se produce finalmente¹⁶⁷. Los debates actuales reproducen básicamente las posiciones previas al consenso, si cabe más radicales. Algunos proponen un federalismo asimétrico para “esas verdaderas naciones que son Cataluña y País Vasco”¹⁶⁸. Tal vez por ello otras comunidades autónomas se apresuraron, como Aragón, a aprobar leyes como la 8/2018 -inconstitucional por muy variadas razones, como ha venido a señalar el Tribunal constitucional- con las que parece reivindicar una singularidad similar a los demás. ¡A ver quien se excluye¡.

Reflexión final.

Hemos visto que los derechos humanos se abren paso en la comunidad internacional entre grandes dificultades y muchos desafíos. Hay tensiones, nuevas demandas y obstáculos que hacen que estén en un debate permanente y que nece-

¹⁶⁵ CAMBO, F., *Por la Concordia*, Alianza editorial, Madrid, 1986, p. 22

¹⁶⁶ PUJOL, J., “La personalidad diferenciada de Cataluña. Historia y presente”, *Nacionalidades y Estado en España. Tres conferencias de los Presidentes José Antonio Ardanza, Manuel Fraga y Jordi Pujol*, (47-58), Madrid, 1991, Ed. Uc3M-BOE, p. 60, 61, 62.

¹⁶⁷ La tesis de Herrero era satisfacer “aspiraciones nacionales”. Pero como admite ganó la tesis de la generalización defendida por Clavero y Pérez-Llorca. Herrero llega a proponer un régimen común de mancomunidades interprovinciales y que se reconociese por disposiciones adicionales los hechos diferenciales catalán, vasco, navarro y gallego. Esto habría sido, indica (p. 156) lo que en realidad provoca la retirada de Peces-Barba de la ponencia, aunque alegase la libertad de enseñanza; en todo caso Suárez decidió evitar toda mención expresa a Cataluña, Navarra y las provincias vascas, de lo que se hizo responsable el vicepresidente Fernando Abril, que había llegado a un acuerdo constitucional con el PSOE y se desautorizó la propuesta de Herrero como mero documento de trabajo. Herrero rompió la disciplina de partido y de voto con nacionalistas y comunistas, frente a Fraga, Cisneros y Pérez-Llorca, por lo que hubo un empate de votos que impedía la adopción de la nueva propuesta centrista, como consta en las actas de 15-III-1978, lo que fue un escándalo luego olvidado por el feliz desenlace constitucional. HERRERO, *Memorias de estío*, Madrid, Ed. Temas de hoy, 1993, p. 381.

¹⁶⁸ OLIVER ARAUJO, J., (2016) “Cataluña, entre la autonomía y la autodeterminación (una propuesta)”, *La cuestión catalana*, nº 37, 1, 221-230

siten de nuevas respuestas desde el Derecho para que sigan siendo un medio útil con el que salvaguardar la dignidad de los seres humanos.

Pero la realización de los derechos humanos es tan difícil que supera al propio Derecho, interno e internacional, y requiere de condiciones que lo hagan posible, tanto culturales como económicas y políticas. Es importante la sostenibilidad económica, la preocupación de los poderes y las Instituciones públicas, pero también la concienciación y la labor de la sociedad civil. Es una tarea en la que todos deben colaborar, desde la Escuela, con la educación en derechos humanos, a las familias y a los medios de comunicación. Un ambiente social favorable a los grandes valores de la modernidad (igualdad, libertad, pluralismo, solidaridad) favorece la convivencia en diversidad, lejos de la dialéctica amigo-enemigo, de la polarización, de estereotipos y actitudes que aún de manera inconsciente son discriminatorios.

Queda mucho por recorrer para llegar a un sistema universal consolidado. Hobsbawm, en su voluminosa *Historia del siglo XX*, no lo cita nunca como tampoco lo hacen la mayoría de los historiadores. Este dato es indicativo de la escasa relevancia que tiene en el discurrir de la vida de los pueblos y de las personas. Y ello a pesar de que la *Declaración universal de derechos humanos* ya ha alcanzado la edad de jubilación. La organización de Naciones Unidas, las organizaciones regionales y las no gubernamentales juegan un papel básico en la protección de los Derechos humanos y son insustituibles.

Una tarea urgente es reforzar el sistema universal para que llegue a jugar un papel en la vida internacional. Eso exige reconquistar los derechos humanos reforzando los consensos internacionales, mediante el diálogo, y fortalecer el sistema institucional tanto por la judicialización como por avances en el multilateralismo y en las agendas complementarias a la humanización.

La universalización ha llevado a que de manera imperceptible se asuma cada vez más el mensaje de los derechos humanos. En un mundo interdependiente los derechos humanos forman parte de la hoja de ruta internacional. La sostenibilidad internacional en el triple plano social, económico y político está llevando a políticas internacionales como la digitalización o la transición ecológica, entre otras, que plantean nuevos retos para los derechos humanos.

Evitar el deterioro del Estado democrático social y liberal, principal garante de los derechos humanos es necesario, del mismo modo que reducir los nacionalismos excluyentes y los populismos. También se debiera impulsar la judicialización del sistema universal por los Estados democráticos, en Naciones Unidas. La aventura de los derechos humanos necesita Instituciones fuertes, tanto nacionales como internacionales, que los promuevan y que favorezcan el viejo sueño kantiano de la paz a través del Derecho.

DISCURSO DE CONTESTACIÓN

A CARGO DEL

Excmo. Sr. Don Antonio Blanc Altemir

Excelentísimo Sr. Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Excelentísimas señoras y señores académicos, Ilustrísimas autoridades, señoras y señores,

Mis primeras palabras han de ser necesariamente de agradecimiento hacia esta querida Academia por el encargo conferido para contestar el discurso de ingreso en esta docta Corporación del Excelentísimo Sr. D. Carlos Fernández Liesa, agradecimiento que quiero hacer extensivo al propio beneficiario por haber propuesto mi nombre para llevar a cabo esta honrosa y para mi muy emotiva tarea.

A pesar de las restricciones y limitaciones impuestas por la pandemia, sin duda alguna es éste uno de los actos que revisten mayor solemnidad entre todos los que se desarrollan a lo largo del curso académico al representar el refrendo y la bienvenida a un nuevo Académico, tras escuchar su brillante y al mismo tiempo vibrante discurso de ingreso.

La satisfacción y la emoción que para mí supone participar en un acto de esta relevancia, se ven reforzadas por la personalidad del verdadero protagonista de esta tarde, el profesor doctor Carlos Fernández Liesa, de quien diré que al margen de los numerosos méritos que jalonan su curriculum, a los que me referiré de forma sintética más adelante, es sobre todo y ante todo una persona con una extraordinaria capacidad de trabajo, que afronta sus retos con entusiasmo, tenacidad y generosidad, características que manifiesta tanto en sus relaciones académicas como personales.

Siguiendo con la tradición y los usos académicos, me propongo realizar una semblanza del nuevo académico, para pasar a continuación a referirme a los aspectos más destacados de su discurso y todo ello con la prudencia que en el uso del tiempo es deseable y aconsejable en estos actos.

El profesor Carlos Fernández Liesa nació hace casi 57 años en el hospital militar de esta ciudad de Zaragoza, donde su padre D. José Luis Fernández Berge era médico militar (coronel médico) especialista en pediatría. De su matrimonio con Doña Teresa Liesa González, natural del pueblo oscense de Loporzano, nacieron cinco hijos varones. A pesar del indiscutible arraigo zaragozano de la

familia del hoy académico recipiendario, pues su madre y sus cuatro hermanos residen en esta ciudad, siendo dos de ellos médicos y los otros dos ingenieros industriales, nuestro nuevo académico ha desarrollado la mayor parte de su vida académica en Madrid, concretamente en la Universidad Carlos III.

Nuestro recipiendario es padre de tres hijos y está casado con la brillante periodista de origen navarro Maite Cunchillos Ozcoidi, actualmente jefa de prensa de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

Como todos sus hermanos estudió la EGB en los corazonistas del Paseo de la Mina, en el que también se encontraba, antes de trasladarse cerca del aeropuerto, el club de tenis donde con relativa frecuencia practicaba dicho deporte con su padre, cursando más tarde el bachillerato en el Instituto Goya en la avenida de igual nombre ya a finales de los setenta en una Zaragoza inmersa en plena transición democrática.

Definida su vocación jurídica, nuestro nuevo académico cursó la Licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de esta ciudad durante los años 1982-1987. Fueron unos años en los que la Facultad, donde fumaban en clase al principio tanto profesores como alumnos, privilegio que después sólo recaería en los primeros, presentaba un índice de masificación notable con muchos alumnos y pocos pero muy buenos profesores, que contribuyeron a formar generaciones de excelentes juristas que hoy ejercen como jueces, notarios, catedráticos o abogados.

Tras cursar un Máster en Altos Estudios Internacionales en el prestigioso Instituto de igual nombre en la ciudad francesa de Niza, inició en 1998 su carrera académica con una beca de formación de profesorado universitario en la Facultad de Derecho de Zaragoza, donde permaneció dos años, hasta que se trasladó en 1990 a la recién creada Universidad Carlos III de Madrid, al mismo tiempo que el profesor Fernando Mariño Menéndez (que había sido catedrático de Derecho Internacional Público en la de Zaragoza, entre 1982 y 1990), y que le dirigió la Tesis doctoral sobre las bases de la política exterior europea. Tesis defendida en 1992 y que obtendría la máxima calificación y el premio extraordinario de doctorado en dicha Universidad, en la que también obtendría por concurso oposición en 1994, la plaza de Profesor Titular, y posteriormente la de Catedrático en el año 2005.

Ciertamente no es tarea fácil, por razones de tiempo, intentar glosar el CV de nuestro académico recipiendario dada su extensión y su brillantez en todas las dimensiones que van desde la docente y la investigadora a la gestión.

Por lo que respecta a la primera, la docente, el profesor Carlos Fernández Liesa ha desplegado una intensa actividad en todos los niveles de grado, máster y doctorado. Entre ellos destacaré que ha sido y es director del Máster en acción solidaria e inclusión social, considerado por el ranking publicado por el diario El

Mundo como el primero en cooperación internacional, desde su creación hace 22 años y otras tantas ediciones. También es profesor del Máster en diplomacia y relaciones internacionales de la Escuela diplomática desde 2005, en el que es responsable de la asignatura Organizaciones internacionales y del Máster en Abogacía de la Universidad Carlos III de Madrid, en el que es responsable de la asignatura Tutela ante tribunales internacionales, así como de otros muchos otros Másteres, habiendo sido además Director de más de 100 Congresos, jornadas y seminarios sobre temas de su especialidad.

El doctor Fernández Liesa ha sido Profesor invitado en múltiples Universidades españolas y extranjeras, entre las que destacaré sin ánimo exhaustivo, la Universidad de Buenos Aires (Argentina), las Universidades Externado y Medellín (Colombia), el *Institut des Hautes Etudes Internationales* de París, la Université d'Orleans, y la Universidad de Perpignan (Francia), las Universidades de Sao Paulo, Salvador de Bahía y Curitiba (Brasil), la Universidad de Monterrey, la Universidad de Baja California y la Universidad de Guadalajara (México), o la University of Notre Dame (EEUU), y la Universidad de Lisboa (Portugal), entre otras muchas...

Su labor científica e investigadora en el campo del Derecho Internacional Público y de la Unión Europea es ingente, profunda y absolutamente imprescindible en el panorama actual de la doctrina española, como lo demuestran algunas cifras que me permito trasladarles: el Dr. Fernández Liesa ha obtenido cinco sexenios de investigación reconocidos por la Comisión Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora; es autor o coautor de 11 monografías; ha dirigido o codirigido 23 libros colectivos y es autor de más de 50 artículos y colaboraciones en homenajes, publicados en revistas especializadas y de alto impacto, así como de más de 65 capítulos en libros colectivos, sobre temas que configuran sus principales líneas de investigación, como protección internacional de los derechos humanos, conflictos internacionales, cooperación internacional, espacio iberoamericano, protección jurídica internacional del patrimonio cultural, tribunales internacionales, política exterior europea...

También ha participado en más de 40 proyectos de investigación financiados en convocatorias competitivas de ámbito universitario, regional, estatal, europeo e internacional, siendo en muchos de ellos el investigador principal. Ha dirigido una quincena de tesis doctorales, y ha participado además como miembro del Tribunal de más de cien Tesis doctorales.

El profesor Fernández Liesa es, asimismo, miembro de diversos grupos de investigación, comités de expertos nacionales e internacionales así como miembro del Consejo Científico de una serie de Revistas especializadas como el Anuario Español de Derecho Internacional, que edita la Universidad de Navarra, Director de la Revista Electrónica Iberoamericana y de la Revista Tiempo de Paz, miembro de la Asociación española de profesores de Derecho internacional y

Relaciones internacionales, de la Asociación argentina de Derecho internacional y de la *Société Francaise pour le Droit international*.

Por si lo explicitado hasta ahora de forma muy resumida no fuera suficiente, el recipiendario ha tenido tiempo y energías para desarrollar una serie de cargos en el ámbito de la gestión universitaria, como son Director del Departamento de Derecho internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, cargo que ocupa actualmente; ha sido también Director del Instituto de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria; Secretario General de la Universidad Carlos III de Madrid; Vicerrector de estudiantes y convergencia europea o Director de la Residencia de estudiantes Fernando de los Ríos de dicha Universidad.

Sin embargo y conociendo bien al profesor Carlos Fernández Liesa, estoy convencido que los extensos y prolíficos apartados de su magnífico curriculum seguirán creciendo con intensidad en los próximos años, dada su extraordinaria capacidad de trabajo y de iniciativa demostrada hasta ahora en todos los ámbitos.

Por lo que respecta al discurso propiamente dicho, diré en primer lugar que el académico recipiendario nos ha ofrecido un excelente y brillante discurso de ingreso sobre “El sistema universal de derechos humanos. Teoría y realidad”, materia que constituye, como ya he dicho anteriormente, una de sus principales líneas de investigación.

Tras una breve introducción sobre la evolución y el contexto histórico y normativo de la implantación de un sistema universal de los derechos humanos, nuestro nuevo académico ha estructurado su discurso en cuatro partes diferenciadas respectivamente dedicadas a la conformación del sistema universal de los derechos humanos; a la teoría; a la dinámica y, finalmente, a los desafíos actuales de dicho sistema universal, entre los que destaca el reto de la judicialización, el de la sostenibilidad y el desafío democrático.

Uno de los temas que siempre han estado presentes en torno a la cuestión de la protección de los derechos humanos es, sin lugar a dudas, el relativo al de su universalidad. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que, junto a los dos Pactos adoptados en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas constituye lo que se conoce como la “Carta Internacional de los Derechos Humanos”, supuso un hito considerable al ser el primer instrumento de carácter general -aunque formalmente no vinculante- que incorporaba un catálogo específico de derechos humanos proclamado por una organización internacional con vocación universal.

Es evidente que la Declaración pretende incorporar una concepción universal de los derechos humanos, superadora de ideologías, culturas o religiones, y basada en la dignidad humana. Así se desprende del primer párrafo del Preámbulo, y sobre todo de su primer artículo:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

La dignidad humana, en cuanto que valor predicable o atributo intrínseco y al mismo tiempo específico de todos los seres humanos, constituye el fundamento último de los derechos humanos y de su universalidad.

Desde esta perspectiva, afirmar la universalidad de los derechos humanos supone llevar a cabo una abstracción de las diferentes situaciones históricas, políticas, religiosas e incluso éticas para reafirmar que tan sólo se requiere el requisito de ser humano para ser titular de tales derechos. Ello implicaría igualmente la necesidad de superar el marco jurídico positivo existente en un momento determinado, en la medida en que los derechos humanos son anteriores al derecho positivo y en que además se encuentran fuera del ámbito exclusivo de la jurisdicción doméstica de los Estados como consecuencia del proceso progresivo y al mismo tiempo imparabile de su internacionalización.

En definitiva, la universalidad de los derechos humanos comporta aceptar su propia existencia, pues ambas cuestiones –universalidad y existencia- caminan indisolublemente unidas, en la medida en que en ningún caso podría admitirse que los derechos humanos lo fueran tan sólo respecto de ciertas categorías o grupos humanos, como mujeres, niños, ancianos, blancos, negros o discapacitados.

La universalidad de los derechos humanos implica por lo tanto, aceptar que tales derechos se adscriben a todos los seres humanos con independencia de cualquier contexto y que son predicables respecto de todos los seres humanos, precisamente por que dicha adscripción se realiza al margen de cualquier circunstancia temporal, espacial, política o cultural.

A sensu contrario, negar la dimensión universal de los derechos humanos equivale a no aceptar que puedan ser invocados contra todas las amenazas provengan de donde provengan, lo que implicaría no sólo renunciar al gran progreso que para la propia humanidad supone la universalidad de los derechos humanos, como ya ha sido apuntado, sino también ignorar que ésta garantiza su propia efectividad.

La larga marcha hacia la universalización de los derechos humanos no ha estado exenta de progresos y retrocesos constantes que le atribuyen todavía hoy un carácter de proceso inacabado, a modo de pretensión permanente. En efecto, la indiscutible existencia de divergencias sobre la concepción de los derechos humanos o al menos sobre algunos de ellos, así como sobre la conveniencia de reforzar la efectividad de los mecanismos de garantía, entre otras cuestiones, no impide que existan igualmente convergencias definidas que marcan, como afirma Cassese, una tendencia nítida hacia la universalización.

No obstante y como afirmaba al principio de su discurso el profesor Fernández Liesa, este sistema universal “no es fruto de la razón, ni de un legislador central, sino que es un *producto socio-histórico*, lo que afecta a sus rasgos como sistema jurídico, a su coherencia de conjunto y a su alcance”. Como afirma Bobbio, en *El tiempo de los derechos*, éstos nacen donde pueden y como pueden. No son el resultado de visiones doctrinales o conceptuales sino de reivindicaciones y de realidades históricas en las que, a menudo y parafraseando al profesor Truyol Serra, “hay ríos de sangre derramados por la humanidad”.

Partiendo de esta afirmación, fácilmente constatable, acometeré brevemente en esta contestación dos cuestiones que en mi opinión sostienen el edificio de la universalidad de los derechos humanos: la dignidad humana, y la dialéctica universalidad-relativismo.

Las frecuentes críticas e impugnaciones a la universalidad de los derechos humanos pueden sistematizarse en torno a tres dimensiones diferentes: filosófica, política y jurídica. Centrándonos en ésta última perspectiva, y partiendo del hecho de que sólo podemos considerar los derechos humanos desde la óptica de la efectividad en la medida en que sean reconocidos por los ordenamientos jurídicos positivos, la carencia fáctica de aquélla determinaría para algunos autores que la universalidad jurídica de los derechos humanos seguiría siendo en la actualidad una falacia o una quimera. Para Ferrajoli, ésta sería la perversa consecuencia de confundir derechos y garantías, pues nos llevaría a descalificar en el plano jurídico las dos conquistas más importantes del constitucionalismo del siglo XX: la internacionalización de los derechos fundamentales, y la constitucionalización de los derechos sociales, pues en ausencia de las debidas garantías quedarían aquellas conquistas reducidas “a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes”.

Con independencia de que pueden existir otras objeciones, puede afirmarse que los argumentos susceptibles de ser utilizados contra aquéllas, se apoyan en un denominador común: la dignidad humana como fundamento último de la universalidad de los derechos humanos, en la medida en que la titularidad sobre tales derechos recae en todo ser humano dotado de carácter racional y libre que lo identifica como perteneciente al género humano.

El reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos más allá de cualquier diferencia étnica, cultural, régimen político o desarrollo económico, tan sólo puede basarse en la dignidad humana común a todos los hombres, que como proclama la Declaración Universal en su primer artículo, “nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”

Dignidad que se deriva de la común condición de todos los seres humanos, en la medida que pertenecen a una especie única y diferente del resto del reino animal, dotada de naturaleza libre y racional, así como de un conjunto irreductible

de potencialidades entre las que destacarían la libertad y la sociabilidad. El concepto de dignidad humana, aunque nace con una marcada connotación religiosa, se desarrolla y reformula en la época moderna manteniendo su carácter antropocéntrico pero desvinculándose de cualquier origen divino. Partiendo de esta nueva concepción, que reconoce la igualdad de todos los seres humanos, se articularán las herramientas jurídicas que deberán garantizar la igualdad jurídica y política de los individuos a pesar de las innegables diferencias sociales y de otra índole.

Desde esta concepción, de orientación marcadamente iusnaturalista, cabría afirmar que el postulado de la dignidad humana descansaría por lo tanto en la unicidad y singularidad del género humano, con un claro precedente en Francisco de Vitoria y, en general, en la Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes de los siglos XVI y XVII, que conferiría a los pertenecientes a aquél una titularidad sobre los derechos humanos, o al menos, sobre los más básicos y fundamentales, independientemente del contexto social o político. Como muy acertadamente ha señalado el profesor Fernández Liesa en su discurso, esta concepción universalista es la que lleva a considerar a Francisco de Vitoria como uno de los padres fundadores del moderno Derecho internacional.

Aunque el concepto de dignidad humana, que para el filósofo Robert Spaemann es más antiguo que el de los derechos humanos, puede analizarse desde la óptica de otras disciplinas, es la perspectiva jurídica la que proporciona las herramientas para garantizar su respeto a través de la construcción de la teoría de los derechos humanos, perspectiva que va a ser complementada por la dimensión jurídico internacional.

La dignidad intrínseca del ser humano constituye, como afirmaba el profesor Carrillo Salcedo, un “nuevo principio constitucional que la Carta de las Naciones Unidas introdujo en el Derecho internacional”, cuya relevancia y consecuencias jurídicas ha confirmado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La dignidad humana se ha convertido, por lo tanto, en un “principio generalmente aceptado en el Derecho internacional contemporáneo”, del que la Carta y la Declaración Universal son “expresiones jurídicas positivas y jurídicamente obligatorias”, que confieren a los Estados la obligación de asegurar el respeto de los derechos humanos, en la medida en que éstos constituyen la cristalización y la expresión más directa de esa dignidad.

Sin embargo, desde la perspectiva de la efectividad y aplicación práctica de tales derechos, conviene recordar que no pueden confundirse los planos de lo moral y de lo jurídico, pues como afirmaba el profesor Peces-Barba, citado igualmente por el beneficiario, “los derechos no lo son plenamente hasta incorporarse al Derecho positivo”. Por lo tanto, y dado que para sostener la universalidad de los derechos humanos no es oportuno hacerlo *a priori* desde la positividad, pero tampoco desde la óptica exclusivamente moral, habrá que

aceptar que las pretensiones morales, que son la base de la dignidad humana y de los grandes valores de igualdad, libertad, seguridad o solidaridad, tan sólo se convierten en derechos cuando se positivizan.

Y ello llevado al plano del Derecho internacional, equivale a afirmar que, desde la misma perspectiva, tan sólo serían auténticamente universales las normas que hayan sido aceptadas por todos los Estados, con la excepción de las normas de *ius cogens*, que al tratarse de normas imperativas de Derecho internacional general, no requieren del consentimiento de los Estados, y se imponen a su voluntad más allá de todo vínculo convencional, cuestión ésta ya apuntada por nuestro nuevo académico y sobre la que volveré posteriormente.

Una atención específica requiere la objeción basada en el fenómeno de la regionalización progresiva, así como en el denominado relativismo cultural que determina una diferente concepción de los derechos humanos, e incluso de aquéllos que deben considerarse como fundamentales, en función de los regímenes políticos vigentes o de las tradiciones culturales dominantes.

Los particularismos derivados de la propia diversidad cultural existente en la actual sociedad internacional constituyen un desafío permanente a la universalidad. Un argumento a menudo utilizado para reafirmar los particularismos frente a la universalidad, se basa precisamente en la alegación de que los derechos humanos constituyen una creación de Occidente y que translucen valores de carácter occidental. Esta polémica, que ya se planteó con ocasión de la aprobación de la Declaración Universal, se ha reproducido en otros foros y en otras ocasiones posteriores.

Sin embargo, aunque la aportación occidental a la internacionalización de los derechos humanos puede calificarse de relevante, en ningún caso puede derivarse de ello que los derechos humanos lo sean sólo del hombre occidental, como tampoco lo son en exclusiva de ninguna raza o cultura determinada, pues como proclama la Declaración Universal, ésta constituye “un ideal común” a alcanzar por todos los pueblos y naciones.

Ahora bien, aceptado este parámetro de universalidad pero reconociendo al mismo tiempo que los derechos humanos deben ser reconocidos y respetados en sociedades concretas y determinadas que presentan profundas divergencias políticas, religiosas y culturales, se impone, con carácter previo, intentar conciliar los fenómenos de la universalidad y de la diversidad, que aparentemente se nos presentan como contradictorios y difícilmente compatibles.

En efecto, ni la percepción de la cuestión de los derechos humanos, ni la concepción sobre los mismos, ni tan siquiera la prioridad en protegerlos son las mismas en todas las partes del mundo, pues aquéllas se ven mediatizadas por razones de índole cultural, político o religioso. En las sociedades subdesarrolladas, en las que no están garantizados ni los derechos más básicos como la alimentación

o la vivienda, existe una tendencia definida a relativizar determinados derechos o libertades considerados en su seno como menos básicos o fundamentales, los cuales, sin embargo, difícilmente serían relegados a un segundo plano en las sociedades más desarrolladas como la occidental. Sin embargo, la crisis económica de los últimos años así como la actual pandemia, ha potenciado la desigualdad social también y de forma evidente en los Estados desarrollados, en particular los europeos, situándose, como sostiene Bauman, en los mayores niveles de las últimas décadas, lo cual ha provocado por un lado una notable reducción de los recursos hacia los países menos desarrollados, y por otro, ha potenciado de forma considerable la exclusión social en el interior de los propios Estados, también en los más desarrollados.

Es evidente que de la misma forma que el desarrollo facilita una mayor puesta en práctica de los derechos humanos, la ausencia de aquél, es decir el subdesarrollo, constituye un freno para su expansión. El desarrollo se configura, por lo tanto, como una condición necesaria, aunque no suficiente, para una puesta en práctica cada vez más completa e integral de los derechos humanos. Pero aceptar esta afirmación, por otra parte constatable, no equivale a aceptar paralelamente como un postulado previo, que hasta que no se alcance un determinado nivel de desarrollo no podrá materializarse su efectiva protección, estando ésta reservada tan sólo a aquéllas sociedades desarrolladas. El riesgo y la potencial perversidad que pueden derivarse de tales afirmaciones resultan evidentes, pues además de negar la efectiva realización de los derechos humanos a una gran parte de la humanidad, se estaría dando argumentos a determinados regímenes para condicionar su reconocimiento y protección –a modo de una condición suspensiva- al menos en lo que respecta a los derechos civiles y políticos, a la satisfacción de los derechos económicos y sociales, lo que atentaría directamente contra la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

La concepción de los derechos humanos se ve igualmente condicionada por los particularismos ideológicos y religiosos. Desde la óptica occidental, prima una visión de inspiración iusnaturalista, en la medida en que se consideran consustanciales a la naturaleza humana y por lo tanto anteriores a toda organización política, y al mismo tiempo individualista, desde el momento en que el hombre es el centro de todo el sistema, lo que conecta muy directamente con la ideología de corte liberal. En cambio, desde la perspectiva marxista, no sólo primaba una concepción más estatista o colectiva, que no sabía ver al hombre si no era integrado en la sociedad, sino que también la importancia concedida a los derechos de la segunda generación, era comparativamente mayor. Esta diferente concepción, que ha marcado las relaciones entre el bloque occidental y socialista durante largas décadas de guerra fría, se ha visto reemplazada en los últimos años por la irrupción en escena de la contradicción Norte-Sur, y la concepción que de aquéllos tienen los países del Tercer Mundo, influenciada igualmente, como afirma oportunamente Cassese, por las tradiciones culturales y religiosas

del budismo, hinduismo, confucianismo o el Islam, con sus diferentes matices sobre el hombre y los derechos humanos.

La cuestión del relativismo cultural, que cristaliza la tensión existente entre la universalidad y los particularismos, resalta la existencia de otros valores y referencias diferentes a los occidentales, a los que tacha de extraños a la propia idiosincrasia, así como de intentar imponerse al resto del mundo mediante fórmulas neocolonialistas. Esta contraposición de puntos de vista sobre la dimensión conceptual de los derechos humanos, que ha estado presente de forma persistente en la sociedad internacional desde la Declaración Universal, presenta en el momento actual unas características específicas, aparentemente contradictorias. En efecto, junto a la reafirmación constante de lo identitario y de los particularismos en nombre de unas diferencias, en ocasiones más aparentes que reales, nos encontramos, como afirmaba el profesor René Jean Dupuy, ante un proceso imparable de mundialización que produce asimismo sus efectos en el ámbito de los derechos humanos.

La dialéctica entre la universalidad y los particularismos ha aflorado sistemáticamente con ocasión de la discusión y posterior aprobación de instrumentos internacionales de derechos humanos. El tema, que ya se planteó en el momento de la discusión del texto de la Declaración Universal y posteriormente con ocasión de la adopción y posterior entrada en vigor de los dos Pactos internacionales de derechos humanos, se ha vuelto a plantear más recientemente.

Sin duda, un argumento a favor de esta pretendida universalidad lo aporta el hecho indiscutible de que dichos textos han sido voluntariamente aceptados por Estados muy diferentes –diametralmente opuestos en algunos casos- en cuanto al modelo económico, político, religioso e incluso social. Sin embargo, puede afirmarse que el esfuerzo desplegado con ocasión de la discusión de tales instrumentos en aras a unificar las tendencias centrífugas que inevitablemente se producen en esta materia en el seno de la comunidad internacional, no ha culminado en un resultado aparente y globalmente positivo pues se trata de un proceso inacabado y abierto.

Es evidente que el objetivo perseguido es la búsqueda del siempre difícil equilibrio entre la universalidad y el respeto a las particularidades nacionales y regionales, sin que suponga que los Estados puedan ampararse en ellas para eludir el respeto a los derechos y libertades fundamentales. En definitiva, podemos afirmar que el relativismo cultural no puede servir para justificar las violaciones sistemáticas de los derechos humanos, pero tampoco puede aceptarse que en nombre de la universalidad, se imponga coactivamente un modelo cultural eurocéntrico a países que tienen tradiciones culturales y políticas propias, siempre y cuando no representen formas de tiranía que nieguen o violen los derechos humanos más fundamentales, como afirma Pérez Luño.

Sin embargo, y aceptado este postulado general, se impone encontrar un equilibrio entre universalidad y diversidad, pues los derechos humanos toman carta de naturaleza en contextos políticos, sociales y culturales muy diferentes. Las especificidades y la diversidad influyen, sin duda, en el contenido real y práctico que aquellos presentan y manifiestan. De la misma forma que no se puede discutir la unicidad del género humano y de su dignidad intrínseca, tampoco es discutible la diversidad de culturas y sistemas políticos y sociales existentes en la sociedad internacional actual.

Es por lo tanto absolutamente necesario establecer una relación dinámica y al mismo tiempo armónica entre universalidad y diversidad, como afirma Bedjaoui, antiguo magistrado y presidente de la Corte Internacional de Justicia. En esta línea de pensamiento, el denominador común entre ambas radicaría en determinar si existen una serie de derechos humanos considerados como mínimos y fundamentales, reconocidos por toda la comunidad internacional independientemente de sus particulares tradiciones, culturas o religiones. Estos constituirían los atributos inalienables de la persona humana, es decir un auténtico núcleo duro de derechos que expresarían la dimensión irreductible del género humano, y que traslucirían unos valores universalmente reconocidos y aceptados, cuya violación haría imposible el respeto de los demás derechos, alterando al mismo tiempo la propia esencia y naturaleza humanas.

La definición de un núcleo intangible o irreductible de derechos humanos nos conecta irremediablemente con el concepto de normas de *ius cogens*, concepto al que oportunamente se ha referido el Dr. Fernández Liesa afirmando que este tipo de normas ha introducido una *jerarquía normativa* en el Derecho internacional. En efecto las normas imperativas son aquellas que han sido así calificadas por la comunidad internacional en su conjunto, mediante su “aceptación” y su “reconocimiento”. Dichas normas, que derivan de un consenso general de los Estados referido a determinados valores jurídicos que se consideran esenciales en el ordenamiento internacional, no admiten acuerdo en contrario, y como establece el artículo 53 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, “sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”, como ya ha quedado dicho.

En definitiva, aquellos derechos que conforman el núcleo duro o intangible, constituirían normas de *ius cogens*, lo que comportaría en la práctica la limitación de la libertad contractual de los Estados, al provocar la nulidad absoluta de aquéllos tratados internacionales que estén en oposición con dichas normas, ya sea en el momento de su celebración o por la aparición posterior de una nueva norma imperativa de Derecho internacional general, según se establece en el artículo 64 de dicho Convenio.

Esta limitación implica, por lo tanto, la imposibilidad de que uno de los derechos que conforman el citado núcleo duro, pudiera ser derogado, tanto

mediante un tratado celebrado entre dos o más Estados, o como consecuencia de la posibilidad de suspensión o derogación que incorporan determinados instrumentos convencionales de derechos humanos.

Dado que no existe una total coincidencia en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en la determinación de los derechos que no son susceptibles de suspensión o derogación, será necesario, en mi opinión, buscar el mínimo común denominador de los derechos que los distintos instrumentos internacionales califican como inderogables, lo que, unido a su aceptación y reconocimiento como tales por la comunidad internacional en su conjunto, determinará su conceptualización como normas de *ius cogens*. Dicho *standard minimum*, vendrá determinado por los derechos que protegen lo que podríamos llamar el núcleo indestructible de la dignidad humana: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud o servidumbre, y el derecho a las garantías jurídicas y procesales mínimas e indispensables. El criterio para la inclusión de un derecho a este núcleo duro será, además de su inderogabilidad formal, que su violación haga imposible el disfrute de los demás derechos incorporados al mismo.

El hecho de que nos encontremos ante un núcleo de derechos inderogables en cualquier circunstancia, por excepcional que sea, determina en la práctica una limitación de la soberanía de los Estados cuando esté en juego el respeto a la dignidad humana. Este núcleo duro, deviene universal más allá de las especificidades de carácter regional que puedan introducir determinados instrumentos regionales de derechos humanos. El nivel infranqueable que determinará ese estándar mínimo, será el respeto a la dignidad humana, con independencia de las tradiciones culturales, políticas o religiosas u otras circunstancias particulares.

Debo concluir y concluyo reiterando mi felicitación al nuevo académico por su extraordinario y magnífico discurso, lleno de matices y consideraciones muy oportunas que nos invitan a reflexionar sobre un tema de gran interés como es el sistema universal de los derechos humanos que, sin duda, constituye una de las conquistas jurídicas más relevantes de la humanidad. Felicitación que quiero hacer extensiva a nuestra querida Academia por acoger en su seno a un brillante y prestigioso internacionalista que sin lugar a dudas contribuirá con sus aportaciones al logro de los nobles objetivos de esta docta e ilustre Corporación.