

1. Introducción

“*International Law as the Constitution of Mankind*” es el título de una contribución de Christian Tomuschat en reacción a la incapacidad del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para preservar la paz en Kosovo hace ya diez años¹. El artículo aborda cuestiones de vasto alcance relacionadas con el papel histórico y presente, así como también con los objetivos de las Naciones Unidas, al igual que la necesidad de contar con una Constitución Internacional. “El principal objetivo”, escribe:

“must be to restore faith in the United Nations. Through their ill-considered policies in Bosnia- Herzegovina, national Governments and United Nations institutions alike have steered the world Organisation close to the brink of collapse. A world organization that remains passive when genocide is committed, women are raped, children shot by snipers and prisoners of war murdered in cold blood deprives itself of its *raison d'être*. The loss of credibility can be made good only by deeds which make clear that everyone is to benefit from the existence of a legal framework whose substantive as well as procedural elements embody the current constitution of the international community²”.

Desafortunadamente, con la crisis y la guerra en Iraq, la situación se desarrolló de forma muy diferente³, de hecho muchísimo peor. Nuevamente, Christian Tomuschat tomó la iniciativa, no solamente para destacar las consecuencias catastróficas que acarrearía una política estadounidense para las Naciones Unidas y el derecho internacional consistente en una hegemonía duradera, sino que también realizó un llamamiento a reconocer un derecho igualitario para todos los miembros de la comunidad de Estados como una base para la paz y la cooperación a escala mundial⁴. No hay alternativa al estado de derecho o, tal como lo sugiere *Matthias Kumm* en el sentido de un principio legitimador del derecho internacional, al “principio de legalidad internacional⁵” en las relaciones internacionales, ni tampoco hay alternativa a instituciones comunes fuertes que hagan cumplir ese derecho como un instrumento para la preservación de la paz y la seguridad mundial. La pregunta, sin embargo, es si el sistema legal existente en la actualidad es adecuado para superar este desafío. ¿Acaso puede ajustarse a las necesidades actuales, como lo sugirió *Christian Tomuschat*, mediante la “elaboración de nuevos tratados internacionales en campos especializados” con disposiciones para “procesos creadores de legislación de segundo orden, siguiendo el modelo de la Comunidad Europea” por un lado, y por otro lado “interpretando el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas en un sentido amplio, para permitirle al Consejo de Seguridad tomar determinaciones generales sobre actividades que, en su parecer, pudieran amenazar la paz y la seguridad internacional⁶? ¿Permitirían estos desarrollos, o incluso el establecimiento mismo de instituciones más efectivas, hablar acerca de la existencia de una “Constitución Internacional”, una como aquella por la que él aboga basado en una lista de factores “que *de facto* unen a todas las naciones del globo⁷”? ¿O es que acaso el significado mismo de la palabra “inter-nacional” implica que este derecho, por definición y extensión, sólo gobierna las relaciones entre Estados, mientras que el término “constitución” se refiere solamente al orden jurídico interno de los Estados?

* Este documento es una traducción del artículo originalmente publicado en inglés en Dupuy, Pierre-Marie et al. (eds) *Völkerrecht las Wertordnung. Festschrift für Christian Tomuschat* (Kehl: Engel Verlag, 2006) 973-1006. La traducción ha sido realizada por Dr. Osvaldo Saldías, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Humboldt de Berlín, e investigador del Instituto Walter Hallstein para derecho Constitucional Europeo.

¹ Tomuschat, CH, “International Law as the Constitution of Mankind”, en *International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission*, New York, United Nations, 1997, pp. 37-50.

² *Ibid.*, p. 49.

³ Véase Helmut König/Manfred Sicking (eds.), *Der Irak-Krieg und die Zukunft Europas*, Bielefeld, Taschenbuch, 2004.

⁴ Tomuschat, CH, “Das Völkerrecht und die Rolle der Vereinten Nationen”, en: Helmut König/Manfred Sicking (eds.), *Der Irak-Krieg und die Zukunft Europas*, Bielefeld, Taschenbuch, 2004, p. 43 (51, 59, 64). Véase también: Tomuschat, CH, “Völkerrecht ist kein Zweiklassenrecht. Der Irak-Krieg und seine Folgen”, *Vereinte Nationen*, 2/2003, p. 41. Recientemente: Tomuschat, CH, “Multilateralism in the Age of US Hegemony”, en: Ronald St. John Macdonald and Douglas M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 31-75.

⁵ Kumm, Matthias, “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework for Analysis”, *European Journal of International Law*, 15, (2004), pp. 907, 917 y ss.

⁶ Tomuschat, CH, “International Law as the Constitution of Mankind”, en *International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission*, New York, United Nations, 1997, p. 49

⁷ *Ibid.*, p. 39.

Habiendo enseñado derecho europeo e internacional durante casi diez años en la Universidad Humboldt de Berlín, codo a codo con Christian Tomuschat, y habiendo impartido, en 1998, un seminario conjunto sobre “Elementos de una Constitución Global”, me complace dedicarle las siguientes modestas líneas, las que son más bien un programa de investigación que un análisis pormenorizado, basándome en su obra y sus ideas al hilo de lo que yo llamaría la “dimensión global del *constitucionalismo multinivel*”. Sostengo que constitucionalismo es tanto la respuesta correcta, como la única posible a los desafíos actuales de la globalización, bajo la prevención de que el concepto de constitución sea adaptado a las necesidades del sistema de gobernanza de múltiples capas o multinivel. Christián Tomuschat ha resumido las nuevas condiciones bajo las cuales tomamos conciencia de que los Estados forman una comunidad internacional⁹. Se trata de aquello que Jürgen Habermas describe como la “constelación postnacional”. Vivimos en un mundo en el que los Estados, en tanto insisten en su soberanía nacional, han perdido el control sobre parte de aquello para lo que fueron creados. Mercados financieros internacionales, mercados globales con nuevos actores dinámicos y una demanda creciente sobre recursos escasos como la energía o el cambio climático, así como también crecientes olas de refugiados económicos, crimen internacional y terrorismo, la revolución digital y sus repercusiones sobre la información y la comunicación mundial han cambiado las condiciones bajo las cuales se pueden preservar la seguridad, el bienestar, la paz y la libertad. Incluso la única super-potencia que va quedando en el globo, hoy por hoy, entiende que es necesaria la cooperación a nivel global. Pero cooperación es irreconciliable con hegemonía.

El derecho internacional se encuentra sometido a limitaciones¹⁰. La autoridad del derecho internacional se ha visto desafiada no solamente por las políticas unilaterales de las potencias mundiales, sino también por la tensión a la que se ve sometida la credibilidad de los principios democráticos occidentales, incluido el respeto a los derechos humanos. Revisar los fundamentos del derecho internacional, como también explorar nuevas vías y modalidades para garantizar la seguridad internacional no son, por ende, un ejercicio meramente académico y teórico. La historia proporciona suficientes evidencias respecto a lo que puede acarrear

⁸ Para el concepto de “multilevel constitutionalism”, véase en primer lugar: Pernice, Ingolf, “Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and “Multilevel Constitutionalism”, en: E. Riedel (ed.), *German Reports on Public Law Presented to the XV. International Congress on Comparative Law, Bristol, 26 July to 1 August 1998*, Nomos, 1998, pp. 40-65; desarrollado subsecuentemente en: Pernice, Ingolf, “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited”, *CMLRev.* 36 (1999), pp. 703-750 (disponible en: www.whi-berlin.de/pernice-cmlrev.htm), Pernice, Ingolf, “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, *27 European Law Review* (2002), pp. 511-529, and Pernice, Ingolf, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Pedone, 2004. Para desarrollos posteriores del concepto, véase: Armin von Bogdandy, “The European Union as a Supranational Federation: A Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty”, *The Columbia Journal of European Law*, 6 (2000), pp. 27 y ss.; Jo Shaw, *Law of the European Union*, 3rd ed. Palgrave Macmillan, 2000, pp. 168, 179 y ss.; extendiéndolo al nivel internacional: C.U. Schmid, *Multi-Level Constitutionalism and Constitutional Conflicts*, Ph.D. Thesis EUI, Florence, 2001, pp. 19 y ss., e *ibid.*, part III (p. 215 ff.); Véase también Schuppert, GunnarFolke, “Anforderungen an eine Europäische Verfassung”, en: Klingemann/Neidhardt (eds.), *Zur Zukunft der Demokratie. Herausforderungen im Zeitalter der Globalisierung*, 2000, pp. 237, 256 y ss.; Atripaldi, Marieangela, “Parlamentarismo et democrazia in Europa. Riforma delle istituzioni e Multilevel Constitutionalism”, *Diritti e Cultura IX* (1999), pp. 199, 209 y ss.; Thym, Daniel, “European Constitutional Theory and the Post-Nice Process”, en: Mads Andenas/John Usher (eds.), *The Treaty of Nice and Beyond. Enlargement and Constitutional Reform*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 147, 156 y ss. En relación con la reforma del Tratado por la Convención Europea: Bridge, John, “The United Kingdom Constitution: Autochthonous or European?”, en: *Festschrift für Thomas Fleiner*, 2003, pp. 293, 300: “Thus, the texts of the existing Treaties can be fairly described as the constitution of the EU and the Court of Justice as constitutional court. The UK, as a member of the EU, is consequently party to a process of multilevel constitutionalism...” De modo similar: Dellavalle, Sergio, *Una Costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come “potere costituente”*, 2002, pp. 276 y ss.; Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, “Un orden jurídico para Alemania y Europa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 3 (1999), pp. 215 y 218; para un mayor desarrollo véase: Luther, J., “The Union, States and Regions: How do we Develop Multilevel Rights and Multilevel Democracy?”, en: U. Morelli (ed.), *A Constitution for the European Union*, 2005, p. 113; Bilancia, Paola/Pizzetti, Federico Gustavo, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano 2004; Utz Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt. Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechtes im europäischen Mehrebenensystem*, Mohr Siebeck, 2005, pp. 359, 502 y ss., 532 y ss., 571 y ss.; López Pina, Antonio, *Europa, un proyecto irrenunciable. La Constitución para Europa desde la teoría constitucional*, Madrid, Editorial Dykinson, 2006, pp. 216, 220. El concepto se refiere a lo que ha sido desarrollado bajo el término en alemán “Europäischer Verfassungsverbund” desde 1995, véase: Pernice, Ingolf, “Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung”, en: Roland Bieber/Pierre Widmer (eds.), *L’espace constitutionnel européen. Der Europäische Verfassungsraum. The European Constitutional Area*, Zürich, Schulthess, 1995, pp. 225, 261 y ss.; para un mayor desarrollo: Pernice, Ingolf, “Europäisches und nationales Verfassungsrecht, Bericht”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 60 (2001), pp. 148, 163 y ss., en español: Pernice, Ingolf, “Derecho constitucional europeo y Derecho constitucional de las Estados miembros”, *Revista española de Derecho Europeo*, 8 (2003), pp. 601-638.

⁹ Tomuschat, CH, “International Law as the Constitution of Mankind”, en *International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission*, New York, 1997, p. 39 y ss.; Véase para mayores detalles sobre el significado del término “international community”: Tomuschat, CH, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law*, Boston, London, The Hague, 2001, pp. 72-90.

¹⁰ Para preguntas que representan las dificultades actuales, véase por ejemplo Seidel, Gerd, “Quo vadis Völkerrecht?”, *Archiv des Völkerrechts*, 41 (2003), pp. 449 y ss. Las posibles implicaciones para la naturaleza cambiante del Derecho internacional se analizan en: Krisch, Nico, “Amerikanische Hegemonie und liberale Revolution im Völkerrecht”, *Der Staat*, 43 (2004), pp. 267 y ss.

un sistema basado puramente en la soberanía del Estado-nación y la inobservancia del derecho. La lección aprendida después de la Segunda Guerra Mundial ha sido clara: la arrogancia del poder debe ser reemplazada por el estado de derecho. El respeto por el derecho, la protección de la dignidad humana de todos los hombres y mujeres, como también de la igualdad de derechos y libertades para cada individuo son la llave para la paz y la seguridad. Esto incluye la solidaridad social y la cooperación económica pero, particularmente en una sociedad global en evolución, con una diversidad cultural, valores e intereses dados, no es sino el derecho conjuntamente acordado, el pleno respeto por este derecho, incluido el “derecho a la diversidad”, es decir, el derecho de cada individuo, grupo y persona a ser diferente¹¹, el que resulta ser una fuente fiable y garantía de la paz mundial.

2. Comparación entre los orígenes de la UE y del sistema de la ONU

La experiencia europea puede ser usada perfectamente para demostrar la importancia del análisis precedente. Después de siglos de brutales guerras entre Estados “soberanos” en el sistema (post-)westfaliano, y a modo de lección aprendida de las dos guerras mundiales, *Jean Monnet* y *Robert Schuman* hicieron una propuesta revolucionaria que constituiría el comienzo de una nueva era en las relaciones internacionales: reunir las soberanías de Estados que acordasen, en representación de sus respectivos ciudadanos, crear una autoridad supranacional y confiar ciertos poderes soberanos a instituciones supranacionales comunes. El resultado es un sistema de poder dividido basado en el derecho, que actúa a través del derecho y está determinado a alcanzar la justicia, la libertad y la paz entre los pueblos del mundo. La Unión Europea es, como lo calificaría *Walter Hallstein*, una Comunidad de Derecho, y la confianza mutua depositada por los Estados miembros y sus ciudadanos en el estado de derecho que gobierna esta Unión es la razón por la que ha tenido éxito en preservar la paz y lo que la hace tan atractiva para otros países que anhelan ser parte de esta empresa política conjunta.

No existe, aún, un equivalente a este exitoso desarrollo a nivel internacional. Habiendo aprendido la lección después del fracaso de la Liga de las Naciones, los padres fundadores de las Naciones Unidas no fueron tan lejos como para crear una autoridad supranacional con poderes legislativos, ejecutivos y judiciales, sino que se mantuvieron en la lógica de una organización internacional. El sistema está basado no solamente sobre la aceptación del carácter vinculante del derecho internacional, sino también en la prohibición del uso de la fuerza y de la intervención entre Estados, en el principio de la autodeterminación y la igualdad soberana de los Estados, así como en el respeto por los derechos humanos y la cooperación económica. Con todo, las instituciones de las Naciones Unidas no fueron investidas con poderes legislativos ni con la autoridad para actuar con efecto directo sobre los individuos. Su institución ejecutiva central, el Consejo de Seguridad, posee poderes decisorios, pero carece no solo de eficiencia debido al derecho de veto de los cinco miembros permanentes, sino que también carece de legitimidad debido a la desigualdad del status de sus miembros¹².

¹¹ En relación al rol de los derechos fundamentales como garantía de este derecho, véase: Pernice, Ingolf, “Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 12, 2000, p. 847, 850 y ss., disponible en: www.whi-berlin.de/pernice-charta.htm. El valor de este reconocimiento, que también se encuentra en el lema “unidos en la diversidad” (Artículo I-8 del Tratado para el establecimiento de una Constitución para Europa), se subraya en: Beck, Ulrich, “Europa neu erfinden. Eine kosmopolitische Vision”, en: Global Marshall Plan Initiative (eds.), *Hoffnung Europa. Strategie des Miteinander*, Taschenbuch, 2006, pp. 235 y ss.

¹² Para una propuesta de reforma véase: Fassbender, Bardo, *UN Security Council Reform and the Right of Veto. A Constitutional Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 318 y ss. El fracaso del proceso de reforma se detalla en Fassbender, Bardo, “All Illusions Shattered? Looking Back on a Decade of Failed Attempts to Reform the UN Security Council”, en: A. v. Bogdandy and R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 7 (2003), pp. 183 y ss., en particular en relación al poder de veto *ibid.*, p. 210 y ss.