Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

VI

LOS MÉRITOS DEL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Anne PETERS*

SUMARIO: I. *Introducción: El significado del constitucionalismo global.* II. *¿Un tigre de papel?* III. *¿Desempacar el constitucionalismo global?* IV. *Pluralismo constitucional.* V. *Constitucionalismo compensatorio.* VI. *Constitucionalismo global como un mecanismo hermenéutico.* VII. *El problema y la promesa de la política.* VIII. *En lugar de una conclusión: el potencial crítico del constitucionalismo global.*

I. INTRODUCCIÓN: EL SIGNIFICADO DEL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

El constitucionalismo global es una agenda política y académica que identifica y defiende la aplicación de los principios constitucionalistas en la esfera internacional, en aras de mejorar la efectividad y la justicia del orden jurídico internacional.[1] La constitucionalización global se refiere al proceso continuo, pero no lineal, de la emergencia gradual y de la creación deliberada de elementos constitucionales en el orden jurídico internacional por los actores jurídicos y políticos, respaldada por un discurso académico, en el cual se identifican y desarrollan estos elementos.

---

* Este capítulo fue publicado originalmente como "The Merits of Global Constitutionalism" en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, no. 2, 2009, pp. pp. 397-411. Se agradece la autorización de Anne Peters e Indiana University Press para esta publicación. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora.

[1] Véase, Anne Peters y Klaus Armingeon, "Introduction—Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, 2009, pp. 385, donde se discuten los términos "Constitución", "constitucionalismo" y "constitucionalización".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

El discurso constitucionalista global ha desafiado la visión tradicional de que la esfera internacional es "una clase de basurero constitucional o un distrito vacío".[2] La mayor parte del tratamiento del constitucionalismo global trata sobre aspectos como los poderes constitucionales para la resolución de conflictos de valores y la ponderación como una técnica constitucional.[3] Ellos examinan las funciones constitucionales del Derecho de la responsabilidad internacional, al igual que las constituciones sectoriales en campos especiales del Derecho internacional. Ellos también discuten las oportunidades y exigencias de una Constitución democrática global, la forma en la cual el constitucionalismo global impacta los individuos aglomerados en estados-naciones y los estándares empíricos que pueden ser utilizados para evaluar el constitucionalismo global.

Hay cuatro elementos importantes de la constitucionalización que no son analizados en profundidad en los siguientes artículos[4] y sobre los cuales quisiera referirme aquí.[5] Primero, el principio de soberanía está siendo desplazado de su posición como el *Letztbegründung* (primer principio) del Derecho internacional. El estatus normativo de la soberanía se deriva de la humanidad, es decir, del principio jurídico según el cual los derechos, intereses, necesidades y la seguridad humana deben ser protegidos y promovidos. Este estatus normativo también es el *telos* del sistema jurídico internacional[6]. La humanidad es fundacional en un sentido normativo porque los Estados no son fines en sí mismos, sino que son entidades compuestas cuya justificación yace en el cumplimiento de las funciones públicas necesarias para que los seres humanos vivan juntos en paz y seguridad[7]. La soberanía estatal es fundamental para el Derecho internacional solo en un sentido ontológico, dado que el respeto a la soberanía de los otros constituye el sistema "horizontal" de actores yuxtapuestos y gobierna la actividad de creación del Derecho

[2] Philip Allott, "Intergovernmental Societies and the Idea of Constitutionalism", en Jean-Marc Coicaud y Veijo Heiskanen (eds.) *The Legitimacy of International Organizations.* Tokyo, United Nations University Press, 2001, p. 92.

[3] Véase, por ejemplo, el simposio, "Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, 2009.

[4] *N. del T.* La autora se refiere a los artículos que acompañan al presente escrito en la edición publicada por el *Indiana Journal of Global Legal Studies.*

[5] Véase, de forma más general, Anne Peters, "Conclusions", en Jan Klabbers, Anne Peters y Geir Ulfstein., *The constitutionalization of international Law.* Oxford, Oxford University Press,2009.

[6] Véase Anne Peters, "Humanity as the A and Ω of Sovereignty", *The European Journal of International Law* vol. 20, no. 3, 2009, pp. 513–544.

[7] Esta justificación es aceptada por teorías del Estado de todos los matices, incluso Hegel puede ser leído de esta forma.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

internacional. Una soberanía estatal humanizada implica responsabilidad por la protección de los derechos humanos básicos y la responsabilidad del gobierno por sus acciones sobre los humanos. Cuando las necesidades humanas son tomadas como el punto de partida, el enfoque cambia de los derechos de los Estados a las obligaciones del Estado en relación con las personas naturales, un Estado que no cumple con esos deberes tiene su soberanía suspendida. La posibilidad de una suspensión de la soberanía conduce, en un sistema de gobierno multinivel bajo el principio de solidaridad, a una responsabilidad de respaldo de la comunidad internacional, actuando a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El proceso continuo de humanizar la soberanía es la piedra angular de la transformación actual del Derecho internacional en un sistema centrado en los individuos.

Segundo, el principio del consentimiento del Estado es parcialmente reemplazado por una toma de decisiones mayoritarias. Esto es apto para mejorar la efectividad del gobierno global, y contribuye en consecuencia a la legitimidad del sistema. Sin embargo, la igualdad, la inclusión y la representación de los Estados en las organizaciones internacionales están en tensión con la idea de igual representación de los ciudadanos del mundo, dado que los Estados contienen poblaciones de tamaños bastamente diferentes. La igualdad de los Estados más poblados resulta en desigualdad y en la representación sesgada de los ciudadanos globales. Si se acepta la premisa de que el punto de referencia último de la democracia son las personas naturales, el mayoritarismo estatal es, desde la perspectiva democrática, ambiguo.[8]

Tercero, ciertos valores básicos, tales como la protección de los derechos humanos, la protección del clima e incluso el libre comercio, parecen haber adquirido aceptación universal, como se manifiesta en la ratificación universal de tratados multilaterales relevantes. Una advertencia importante es que este consenso interestatal es vago y general, mientras que los problemas reales yacen en los detalles. Otra preocupación es que la ratificación extendida no refleja necesariamente los compromisos genuinos, sino que a menudo es el resultado de desbalances de poder y maniobras estratégicas. La aceptación formal de tratados universales consagrando valores constitucionales no es el fin, sino más bien el comienzo de la constitucionalización del Derecho internacional.

[8] Una visión interpersonal de la democracia debe tomar en cuenta la formación democrática de las preferencias colectivas entre los ciudadanos de los Estados-nación. Entonces, nos enfrentamos a una paradoja. En la perspectiva inter-estatal, parece ilegítimo y antidemocrático que en un sistema consensual una minoría (incluso un Estado) pueda bloquear un tratado. Por otro lado, tal poder de veto parece ser necesario para preservar la toma de decisiones interpersonales en un nivel "más bajo," dentro de una comunidad más pequeña.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Cuarto, el arreglo de las disputas internacionales está siendo legalizado y juridificado de forma incremental mediante el establecimiento de cortes internacionales y tribunales con jurisdicción cuasi-compulsoria. Esta juridificación es en algunos aspectos una simple manifestación de la legalización de las relaciones internacionales. Sin embargo, el control judicial de constitucionalidad (*judicial review*) también tiene aspectos constitucionalistas específicos que requieren clarificación adicional.

Un grupo importante de objeciones contra el constitucionalismo global ha surgido.[9] Ellas se relacionan por igual con la adecuación jurídica de la reconstrucción y sus posibles efectivos políticos negativos. La crítica es así tanto epistémica como analítica, y política y normativa. Creo que, a pesar de los graves problemas asociados con el constitucionalismo global, los beneficios epistémicos y normativos prevalecen. El paradigma constitucionalista hace un trabajo analítico y genera ilustración a perspectivas adicionales[10].

II. ¿Un tigre de papel?

La lectura constitucionalista del Derecho internacional puede generar expectativas peligrosamente altas.[11] El término "Constitución" puede ser un título no apropiado cuando se aplica a la esfera internacional. Por lo tanto, dice la crítica, los mismos términos sobre los cuales el debate de la constitucionalización toma lugar son erróneos. El vocabulario hace virtualmente imposible escapar de los supuestos que la acompañan. Y "se construye una legitimidad social a través del uso del lenguaje constitucional."[12] Así, la reconstrucción constitucionalista puede crear fraudulentamente la ilusión de legitimidad del gobierno global. El lenguaje constitucionalista –en los ojos de la crítica— abusa del término "constitucionalismo", que está altamente cargado de valor, para cosechar beneficios de sus connotaciones positivas y dignificar

9 Para una discusión de las objeciones, véase, Anne Peters, "Reconstruction Constitutionnaliste du Droit International: Arguments Pour et Contre" en Hélène Ruiz Fabri *et al* (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law,* Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 361-377.

10 Véase también, Peters, "Conclusions", *op. cit*.

11 Véase, Ronald St. John MacDonald y Douglas M. Johnston, "Introduction", *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Ronald St. John MacDonald y Douglas M. Johnston (eds.) Leiden - Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. xvii

12 Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 237.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

el orden jurídico internacional. Sin embargo, el peligro que el constitucionalismo pueda ser visto como "un mecanismo que inmediatamente confiere legitimidad[13]", desde mi punto de vista, no es serio. Los constitucionalistas e internacionalistas son suficientemente perspicaces como para darse cuenta que "constitucionalismo" no es una respuesta terminada, sino, por el contrario, una perspectiva que nos puede enfocar en cuestiones de equidad, justicia y efectividad.

Una objeción relacionada es que el Derecho internacional carece de la dimensión estética-simbólica inherente al Derecho nacional constitucional. De acuerdo con esta perspectiva, la función primaria de las constituciones es almacenar el significado de una comunidad política. Ellas representan ideas revolucionarias, no en una forma abstracta, sino mediante un sacrificio (físico). Consecuentemente, una Constitución es "apropiada" por un pueblo, principalmente porque su significado es transportado por el sacrificio hecho para alcanzarla.[14] Pero, dado que el plano internacional carece de todo esto, la idea de Derecho internacional constitucional es, continúa el argumento, una farsa. Sin embargo, esta crítica le da un valor especial a las guerras sangrientas y a los riesgos, exagerando la importancia de los fundamentos irracionales y mitológicos del Derecho constitucional.

La teoría realista de las relaciones internacionales también genera otra objeción importante. El paradigma constitucional se volvió popular después de la caída del bloque soviético, en un período marcado por un exceso de optimismo.[15] Los realistas señalan que el Derecho internacional debe contener más o menos una "constitucionalización simbólica"[16] o que cualquier Constitución internacional es en cualquier caso una "nominal" en el sentido propuesto por Karl Loewenstein.[17] El centro de la crítica es que la lectura constitucionalista del Derecho internacional no está basada o respaldada por una voluntad política común y las correspondientes estructuras de poder y sanciones al nivel internacional, las cuales permitirían que la Constitución internacional fuera aplicada. La lectura constitucionalista, continúa

---

[13] Jan Klabbers, "Constitutionalism Lite", *International Organizations Law Review*, vol. 1, 2004, p. 48.

[14] Véase, Ulrich Haltern, "Internationales Verfassungsrecht?", *Archiv des öffentlichen Rechts,* vol. 128, 2003, pp. 533–34. Véase, de forma más general, Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections onthe Origin and Spread of Nationalism*, London, Verso, 1991.

[15] Sandra Szurek, *La Charte des Nations Unies Constitution Mondiale?*, Jean-Pierre Cot *et al.* (eds.), *La Charte des NationsUnies: Commentaire Article Par Article 29*, 3ra ed. vol. 1, 2007, p. 32

[16] Véase Marco Neves, *Symbolische Konstitutionalisierung*, Berlín, Dunker and Humboldt, 1998.

[17] Véase Karl Loewenstein, *Verfassungslehre*, Tubingen, J. C. B. Mohr, Paul Siebeck, 1957.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

el argumento, es demasiado idealista y no refleja adecuadamente la visión realista de los gobiernos. En el evento de un problema o conflicto, la crítica sugiere, debe renunciarse a cualquier actitud constitucionalista[18]. Por ejemplo, los gobiernos no defienden la protección universal de los derechos humanos porque ellos crean que es algo bueno, sino porque están presionados internamente por parte de sus electorados a observar los estándares de derechos humanos y simplemente quieren evitar que otros estados ganen una ventaja competitiva al abstenerse de ser restringidos por preocupaciones de derechos humanos. De forma similar, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales son, para la mayor parte de los Estados Miembros, solo un medio para la realización de sus intereses nacionales.[19]

Además, los agentes de la constitucionalización parecen ser primariamente académicos, no actores políticos. Los hallazgos empíricos no confirman una tendencia global y que abarque todos los aspectos de la constitucionalización. Por el contrario, la evidencia empírica señala un proceso desigual de constitucionalización en varias dimensiones y diferentes regiones del mundo[20]. Todo esto sugiere que el constitucionalismo global puede ser un tigre de papel.

Esta observación es muy pertinente. Teóricamente, las reconstrucciones académicas no dependen de las actitudes morales de los gobiernos, y una buena idea no se vuelve mala simplemente porque los políticos no la acepten. Sin embargo, se supone que el derecho, los constructos jurídicos y los argumentos jurídicos tienen un impacto en el ejercicio del poder.

La especial función práctica del derecho en la organización de la sociedad y la estructura del gobierno ordena que las (re)construcciones de la academia jurídica sean aceptables para los actores políticos relevantes. Así, el constitucionalismo global como una agenda académica debería seguir un camino intermedio entre la simple dignificación del *status quo* y la abstracción en fantasías académicas. Para ganar aceptación en el ámbito político, los constitucionalistas globales pueden resaltar la situación actual de interdependencia global. Con tal Estado de cosas, los intereses públicos nacionales y globales tienden a converger más y, cada vez más, los intereses nacionales y el idealismo universal no están necesariamente en oposición. Por lo tanto, el constitucionalismo global, al menos a largo plazo, puede

[18] Véase Walter Kälin, "Der Menschenrechtsschutz der UNO: Ein Beispiel für die Konstitutionalisierung des Völkerrechts?", *Recht Sonderheft*, 2005, pp. 42, 47, 49

[19] *Idem*, p. 49.

[20] Véase generally Klaus Armingeon & Karolina Milewicz, "Compensatory Constitutionalisation: A Comparative Perspective", *Global Society*, vol. 22, 2008, p. 179 (nota al pie omitida).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

incluso promover los intereses políticos y económicos nacionales, aunque unos estados se puedan beneficiar más que otros. Además, la microconstitucionalización en realidad parece ser efectiva. En comparación con los muchos sistemas constitucionales nacionales a lo largo de la historia, los regímenes derivados de la Unión Europea (UE), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Organización Mundial del Comercio (OMC) pueden probablemente ser clasificados en el selecto grupo de los regímenes constitucionales.

Una línea similar de crítica insinúa que una función importante del constitucionalismo global es simbolizar un orden simplificado y compacto en un mundo que, en realidad, es complejo y amorfo. Desde esta perspectiva, el mito de la unidad de la Constitución debe ser rechazado. De acuerdo con esta crítica, en vez de ello, una auto-coordinación espontánea de intereses debe ser elegida como el punto de partida del análisis, anclada jurídicamente en las libertades individuales (derechos humanos) y el "capital social" cognitivo anclado dentro de la sociedad. "El concepto constitucional entonces permanece como un punto de referencia (imaginario) para un pasado como el del Estado nación…", dice la crítica[21]. Sin embargo, el término "Constitución" nunca ha sido exclusivamente reservado para las constituciones estatales. Hoy, el vínculo conceptual entre la Constitución y el Estado ha sido suavizado en el lenguaje común y en el discurso jurídico, quizá con ello ampliando el significado de "Constitución". No es por tanto imposible *per definitionem* conceptualizar el Derecho constitucional por fuera de la nación o el Estado. El constitucionalismo global tiende a defender el Derecho constitucional no-estatal, y tiende a desmitificar al Estado y la Constitución estatal.

III. ¿Desempacar el constitucionalismo global?

Otra preocupación es que el concepto de constitucionalismo global sufre de promoción excesiva y vaguedad. Se está mezclando (o confundiendo) Derecho internacional, política y economía. En realidad, existe un peligro de que la confianza en el constitucionalismo sea en realidad contra productiva porque puede posponer, en vez de promover, los debates concretos sobre problemas concretos, tales como los mecanismos de decisión de la OMC, la composición del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o cómo

[21] Thomas Vesting, "Constitutionalism or Legal Theory: Comments on Gunther Teubner", Christian Joerges *et al.* (eds) *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart Pushlising 2004, pp. 29 y 35.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

vincular los parlamentos nacionales con las Naciones Unidas. En este asunto, Daniel Bodansky enfáticamente se pregunta si no sería mejor considerar las afirmaciones descriptivas y normativas asociadas con el constitucionalismo por sus méritos propios.[22] Por ejemplo, el control judicial de constitucionalidad y un papel reducido del consentimiento estatal podrían ser analizados descriptivamente y propagados normativamente sin introducir el concepto de constitucionalismo. Dado que el significado de constitucionalismo es tan poco claro, podría ser un elemento más confuso que útil.

De hecho, sería dañino utilizar el vocabulario constitucional para describir los sistemas internacionales actuales de una forma inflacionaria. Si todo el derecho (internacional) se constitucionaliza de alguna forma, nada es constitucional. El poder explicativo del concepto sería reducido a cero.

Sin embargo, el valor del paradigma constitucionalista puede yacer en su naturaleza comprensiva. La afirmación normativa es que las diferentes características del constitucionalismo no son simplemente adiciones, sino que el todo es más que la suma de sus partes. Bodansky es escéptico de esta afirmación holística. Él prefiere "desempacar" el concepto de constitucionalismo en los elementos que lo componen y entonces considerar el papel adecuado de cada uno en el gobierno internacional[23]. En contraste, yo sugiero que las varias características constitucionales, tales como un proceso de decisión más inclusivo y transparente, y el control judicial de constitucionalidad, deberían ir juntas, y que tienen una relevancia normativa especial cuando están combinadas. Si esto es cierto, la reconstrucción constitucionalista posee un valor explicativo y prescriptivo adicional. Nos recuerda el vínculo entre las varias características del constitucionalismo y exige complementar las características constitucionales existentes en el Derecho internacional (tales como el control judicial de constitucionalidad de los actos gubernamentales) con aquellas que faltan, tales como la democracia y el control judicial de constitucionalidad de los actos de las organizaciones internacionales. En cierta medida, existe en realidad una autosuficiencia constitucionalista.

IV. Pluralismo constitucional

Otra preocupación es culturalista. La lectura constitucionalista del Derecho internacional puede ser genuinamente anti-pluralista. Puede tener un im-

[22] Véase Daniel Bodansky, "Is There an International Environmental Constitution?" *Indiana Journal of Global Legal Studies,* vol. 16, 2009.

[23] *Idem.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

plicado prejuicio uni-civilizacional, notablemente europeo. "[L]os intereses y tradiciones culturales distintivas de los países del Tercer Mundo… pueden ser erosionados por la evolución de tal sistema"[24]. En respuesta, podemos señalar que en este momento se están trabajando con muchas historias constitucionales diferentes dentro de la academia jurídica internacional: una aproximación única, uniforme y consentida no existe. Aunque el pensamiento constitucionalista ha sido históricamente desarrollado en Europa, es una reacción a la experiencia universal de dominación de humanos sobre otros humanos. En la Europa de los siglos XVIII y XIX, el constitucionalismo fue afirmado contra la cultura dominante y el establecimiento. Una lectura "moderadamente" constitucionalista de ninguna forma implica una Constitución mundial uniforme y coherente, y ciertamente no implica un Estado mundial. La idea no es crear un gobierno central y globalizado, sino constitucionalizar el gobierno global, poliárquico y multinivel. Este proyecto debe en realidad tomar totalmente en cuenta las necesidades e intereses de los países en desarrollo y sus poblaciones.

Una preocupación relacionada es si los europeos "adquieren una ventaja desproporcionada en el funcionamiento de un sistema global más altamente 'constitucionalizado', el modelo constitucional del Derecho internacional probablemente no pueda obtener la lealtad de los Estados Unidos, especialmente si se promueve como la ética suprema de la comunidad global[25]." Sin embargo, el basarse en la especificidad cultural a menudo implica un riesgo de sobre simplificación. Incluso dentro de la academia jurídica europea, la aproximación constitucionalista es frecuentemente criticada, notablemente por académicos franceses y británicos. La crítica no está automáticamente alineada con una actitud política pro-Estados Unidos. La aproximación constitucionalista se dirige contra la indiferencia hacia el principio de legalidad internacional. Incluso si, en promedio, los académicos jurídicos europeos probablemente abrazan una posición más legalista que las contrapartes estadounidenses, la oposición entre el discurso académico de Europa y Estados Unidos parece una explicación simplista. Impulsos importantes frente al constitucionalismo global han venido de académicos de Estados Unidos, tales como Richard Falk, Thomas Franck, Fernando R. Tesón, Anne-Marie Slaughter y Joseph Nye.

---

[24] Carol Harlow, "Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values", *European Journal of INternacional Law*, vol. 17, 2006, p. 189.

[25] Véase, Douglas M. Johnston, "World Constitutionalism in the Theory of International Law", y *Towards*
World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community, *op. cit.*, pp. 3 y 20.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

V. Constitucionalismo compensatorio

La reconstrucción constitucionalista del Derecho internacional puede ser una estrategia razonable para compensar la desconstitucionalización del nivel doméstico causada por la globalización y el gobierno global[26]. La globalización pone al Estado y a las constituciones estatales bajo presión. Los problemas globales obligan a los estados a cooperar dentro de las organizaciones internacionales y a través de tratados bilaterales y multilaterales. Lo que de forma típica son funciones gubernamentales, tales como garantizar los derechos humanos, la libertad e igualdad, son en parte transferidas a niveles "superiores". Sin embargo, actores no estatales, actuando dentro de los estados o incluso de forma transfronteriza, han sido confiados con el ejercicio de funciones estatales tradicionales, incluso con tareas centrales tales como las actividades militares y de policía.[27] Todo esto ha conducido a un "gobierno" que es ejercido más allá de los confines constitucionales de los estados. Esto significa que la Constitución estatal no puede regular más la totalidad del gobierno de una forma comprensiva. Así, la pretensión original de la Constitución estatal de formar un orden básico completo es derrotada. En otras palabras, las constituciones nacionales están siendo vaciadas y los principios constitucionales tradicionales se vuelven disfuncionales o vacíos. Esto no solo afecta al principio constitucional de democracia, sino que también afecta los principios de legalidad y de seguridad de la sociedad, y la organización del territorio.[28] Por lo tanto, si se desea preservar los principios básicos del constitucionalismo, debemos buscar constitucionalización compensatoria en el plano internacional.

VI. Constitucionalismo global como un mecanismo hermenéutico

La lectura constitucionalista del Derecho internacional contribuye con argumentos frescos a una vieja controversia que ha surgido de nuevo, es decir, la

[26] Véase, Anne Peters, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, p. 579.

[27] En Irak ocupado por los Estados Unidos, empleados de contratistas y subcontratistas federales trabajaron como mercenarios, policías, guardias, funcionarios de prisión e interrogadores. Véase Cong. Budget Office, U.S. Cong., Contractors' Support of U.S. Operations in Iraq, Publ'n No. 3053 (2008).

[28] Véase Anne Peters, "The Globalization of State Constitutions", Janne Nijman & André Nollkaemper (eds.) *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, Oxford Univesity Press, 2007, pp. 251, 270–77, 285–93.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

controversia sobre si el Derecho internacional es "derecho real". Los nuevos negacionistas del Derecho internacional justifican la naturaleza ostensiblemente no-jurídica del éste refiriéndose a la falta de mecanismos coercitivos y a los déficits democráticos prevalentes en él. La aproximación constitucionalista ayuda a superar este estrecho enfoque en las sanciones y la aplicación vertical. De forma típica, muchas disposiciones constitucionales no son justiciables en el sentido de ser directamente aplicables por las cortes. Esto es principalmente ocurre en los países que no tienen una corte constitucional, pero es generalmente cierto para las disposiciones constitucionales de un carácter programático y exhortativo. A pesar de esta característica, nadie niega el carácter jurídico del Derecho constitucional solamente por esta razón. Esta observación fundamenta la tesis de que el Derecho internacional, dado que se parece al Derecho constitucional en este aspecto, es en realidad derecho.

Además, la interpretación de normas y estructuras particulares como normas y estructuras constitucionales puede proporcionar una guía interpretativa. Por ejemplo, una aproximación constitucionalista a las reservas en los tratados de derechos humanos conduce a permitir tales reservas. Para dar otro ejemplo, un abogado internacionalista inclinado por el constitucionalismo determinaría la supremacía del Derecho internacional sobre el derecho doméstico interno de una forma no formalista.[29] Él prestaría menos atención a las fuentes formales del derecho, y más a la substancia de las reglas en cuestión. En una perspectiva constitucionalista, el escalafón de las normas en cuestión debe ser evaluado en una forma más sutil, de acuerdo con su peso y relevancia substantiva. Tal perspectiva no-formalista orientada a la substancia sugiere que las disposiciones en las constituciones estatales con menor relevancia tendrían que dar paso a normas internacionales importantes[30].

> De forma inversa, las garantías de derechos fundamentales deberían prevalecer sobre normas menos importantes (independientemente de su ubicación y tipo de codificación)… Se puede decir que esta…. aproximación no ofrece una guía estricta, porque es discutible cuáles normas son "importantes" en términos de la substancia, y porque no resuelve los conflictos entre un derecho humano "doméstico", por un lado, y el derecho "internacional", por el otro. Sin embargo, la idea fundamental es que lo que cuenta es mirar a la substancia, no a la categoría formal de las normas en conflicto.[31]

[29] Ver *id*. pp. 306–07; ver también, André Nollkaemper, en Rüdiger Wolfrud (ed.) "Rethinking the Supremacy of International Law", *Select Proceedings of the European Society of International Law,* vol. 2, 2009.

[30] Peters, "The globalization of the state constitutions", *op. cit.,* p. 306.

[31] *Idem*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Tal aproximación flexible parece estar más acorde con el Estado actual de la integración global que la idea de una jerarquía estricta, particularmente en asuntos de derechos humanos.[32]

VII. El problema y la promesa de la política

Otra objeción es que el constitucionalismo global conlleva una "falsa necesidad y una falsa rigidez": es demasiado apolítico o pretende estar por encima de la política[33]. Además, el "imperialismo constitucional" realizado por los participantes en el proceso jurídico y político reprimiría el proceso jurídico ordinario[34]. En lo que respecta a los observadores académicos, la agenda constitucionalista puede ser un esfuerzo académico de canalizar o minimizar a la política. En resumen, el constitucionalismo puede ser criticado por conllevar una promesa no realista "del fin de la política[35]". Esto es lo que Jeffrey Dunoff ha denominado apropiadamente la "arrogancia constitucional[36]". Mi respuesta es que el derecho y la política no deben ser vistos como ámbitos distintos, sino más bien como sistemas acoplados estructuralmente[37]. El derecho es por igual el producto de la actividad política y un organizador y limitante de la acción política. En particular, el Derecho constitucional es una rama del derecho que es muy cercana a la política. El Derecho constitucional y la política son mutuamente constitutivos. Consecuentemente, el constitucionalismo también es político, no simplemente un proyecto apolítico (aunque sugiere que existe una esfera "por encima" de la política diaria). Es paradójico, y en mi concepto laudable, que el reclamo por el constitucionalismo precisamente genere los debates y la política que se dice que reemplaza. Las dinámicas evolutivas del constitucionalismo conducen tanto a la legalización de los problemas políticos y a la politización más fuerte del Derecho[38]. Incluso, si cualquier legalización de los problemas políticos (contando con la constitucionalización como un tipo especial de legalización) modifica el debate alrededor de ellos,

[32] *Idem*, p. 307.

[33] Joel P. Trachtman, "The Constitutions of the WTO", *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, p. 623.

[34] Szurek, *op. cit.* p. 48.

[35] Klabbers, *op. cit.*, p. 47.

[36] Véase Jeffrey L. Dunoff, "Constitutional Conceits: The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law", *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, p. 672.

[37] Ver Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 407–39.

[38] *Cf.* Martin Loughlin, *Sword and Scales: An Examination of the Relationship Between Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 209.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

al introducir una lógica jurídica diferente, los asuntos subyacentes no son totalmente despolitizados con ello, sino solo parcialmente. Tal despolitización relativa de las relaciones internacionales no es una desventaja, porque las relaciones internacionales están, como una cuestión general, demasiado politizadas. La introducción de principios jurídicos e incluso constitucionales contribuye a la estabilidad de las expectativas, a la certeza jurídica y al igual tratamiento de los actores relevantes.

Una objeción relacionada con la reconstrucción constitucionalista del Derecho internacional es que esta lectura permite una concepción empobrecida, legalista (de creación judicial) y apolítica de las constituciones. Esta objeción es presentada por aquellos que ponen un valor especial en la soberanía popular, la democracia y las instituciones directamente responsables frente al pueblo. Estos críticos claman por un "constitucionalismo democrático"[39] o por un constitucionalismo "más político[40]". El constitucionalismo político asume que las personas "razonablemente discrepan… sobre los resultados substantivos…. por lo que el proceso democrático mismo es más legítimo y efectivo que el judicial[41]", y por tanto, el proceso democrático, no los derechos, es el centro de la constitucionalización. En contraste, el constitucionalismo legalista asume que la sociedad puede llegar a un consenso racional que se expresa mejor en términos de unos derechos básicos que son protegidos por las cortes. El problema con el constitucionalismo global es que, a los ojos de los críticos, es demasiado legalista en ese sentido. Con la misma inspiración, se ha expresado la preocupación sobre una aristocracia judicial global. Se teme que algunos jueces internacionales no representativos sean puestos a resolver disputas sobre la interpretación del texto constitucional. Esta preocupación duplica la objeción británica tradicional a una Constitución escrita y "rígida".

Se puede decir que la constitucionalización del Derecho internacional ha sido desbalanceada. El proceso hasta ahora ha sido más de decisión judicial que de deliberación. Esto es más visible en la OMC y en el debate relacionado a la microconstitucionalización. Lo que algunos académicos han identificado como la constitucionalización de la OMC se reduce a la legalización del mecanismo de solución de disputas, a los principios creados por los jueces, y a técnicas constitucionales aplicadas a los paneles y al Órgano de Apelación. La capacidad de la OMC para respuestas legislativas

39 Véase Johnston, *op. cit.*, pp. 19–20.

40 Véase Richard Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

41 *Idem* p. 4.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

está silenciada por el requisito de unanimidad. Tal preponderancia estructuralmente incrustada de la ingeniería judicial no se limita a la OMCs, sino que también afecta a la macroconstitucionalización del sistema jurídico internacional como un todo.

Sin embargo, esta crítica, aunque pueda ser formulada como una crítica al constitucionalismo global, de hecho no se ocupa de la lectura constitucionalista del Derecho internacional. Esta crítica es, más bien, que el gobierno global sufre de déficit democrático y (en alguna medida derivada) de cortes demasiado poderosas. Creo que el peligro de un gobierno global ha sido exagerado. Aunque la constitucionalización del Derecho internacional ha sido impulsada por las cortes, y a pesar de que el constitucionalismo global incluso reclama el fortalecimiento adicional del control judicial de constitucionalidad, el establecimiento de una Corte Constitucional Internacional con jurisdicción vinculante sobre asuntos constitucionales es improbable. Una Constitución internacional "imperfecta", respaldada por algún control judicial puntual, construiría un progreso, no un peligro[42].

Lo que es más importante, el constitucionalismo global revela precisamente aquellos déficits, mediante la introducción de un vocabulario constitucional. El paradigma constitucional también inspira y eventualmente evalúa la búsqueda de soluciones. En mi concepto, el remedio contra los procesos de constitucionalización demasiado "legalistas" o demasiado "judiciales" no está en detener el proceso, sino en democratizarlo.

Una aproximación constitucionalista al Derecho internacional previene la "desformalización" incontrolada del Derecho internacional[43]. La desformalización es el recurso de aplicar argumentos "superiores" de legitimidad para oponerse y violar el Derecho internacional, como ocurrió en la crisis de Kosovo[44]. Aunque el constitucionalismo es un concepto cargado de valores, es, sin embargo, una aproximación jurídica en la que la consideración por el principio de legalidad en sentido formal, la estabilidad y la predictibilidad, juegan una parte importante, y en la que se reconoce que la legalidad

[42] Podría señalarse que mientras el Derecho internacional posea solo una débil e indirecta legitimidad democrática, la dificultad contra-mayoritaria del control constitucional es menor en el plano internacional que en el orden jurídico doméstico. Sin embargo, con un error no se subsana otro. El mejor camino a seguir es introducir mayor control constitucional judicial y mayores procesos democráticos de tomas de decisiones.

[43] *Cf.* Jürgen Habermas, *The Divided West*, Ciaran Cronin ed. & trad. Cambridge: Polity, 2006, p. 116.

[44] Indep. Int'l Comm'n on Kosovo, The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned 185–98 (2000).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

en sí misma puede poner en peligro a un tipo de legitimidad[45]. Visto en esta luz, el constitucionalismo es una alternativa jurídica para moralizar por un lado, y para empoderar a la política por otro.

VIII. En lugar de una conclusión: el potencial crítico del constitucionalismo global

El reproche central de los nuevos críticos del Derecho internacional, la legitimidad y particularmente el déficit democrático deben ser tomados en serio. En ese sentido, el constitucionalismo global es útil, porque provoca la pregunta apremiante de la legitimidad del gobierno global. Sin embargo, el vínculo intrínseco entre constitucionalismo y legitimidad se interrumpe de diferentes formas. El constitucionalismo puede legitimar el sistema internacional, pero también puede desafiar su legitimidad. Por otro lado, el peligro es que "las cosas anteriormente llamadas institucionales están siendo legitimadas con un manto de constitucionalización[46]". Esto no es útil en términos analíticos y es peligroso desde una perspectiva normativa. Por otro lado, las ideas prestadas por el constitucionalismo global son utilizadas por algunos académicos con la intención opuesta, es decir, cuestionar el Derecho internacional como un todo, y pueden constituir un pretexto para el incumplimiento[47]. De nuevo, el mejor camino parece ser una postura intermedia. El constitucionalismo global no debería ser utilizado para conferir falsa legitimidad al Derecho internacional, ni debería utilizarse la queja de que el Derecho internacional

[45] *Cf.* Rudolf von Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* , 5ta ed., 1880, p. 471 : "Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit. Denn die Form hält der Verlockung der Freiheit zur Zügellosigkeit das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen, daß sie sich nicht zerstreue, verlaufe, sie kräftigt sie nach innen, schützt sie nach außen. Feste Formen sind die Schule der Zucht und Ordnung und damit der Freiheit selber und eine Schutzwehr gegen äußere Angriffe – sie lassen sich nur brechen, nicht biegen . . . ".

[46] Cass, *op. cit.* p. 245 (discutiendo el debate de la constitucionalización de la OMC).

[47] Véase Mortimer Sellers, "Republican Principles in International Law", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 11, 1996, p. 403. Sellers argumenta "que supuestamente las leyes e instituciones internacionales obligan y deberían influir a los gobiernos republicanos solo en la medida en que ellas reflejen procedimientos republicamos de política y legislación. *Idem* p. 404. "Las instituciones internacionales merecen legitimidad política y obediencia sólo en la medida en que ellas se ajusten a los estándares republicanos de la soberanía popular y la búsqueda del bien común." *Idem* p. 428. "Las repúblicas debidamente apoyan a la Secretaría de las Naciones Unidas sólo en la medida en que mantenga altos estándares… los gobiernos republicanos independientes tienen que decidir independientemente si este ocurre". *Idem* p. 431.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

carece de legitimidad para socavar su autoridad como tal. Más bien, la lectura internacionalista debería aclarar que la legitimidad de las normas y de un gobierno político no depende de estructuras de gobierno o gobernanzas que sean exactas a la del Estado. El constitucionalismo global debería y podría ayudar (y no ocultar) a revelar las deficiencias de legitimidad existentes en este cuerpo del derecho, sin tirar al niño con el agua de la tina*. Martti Koskenniemi ve la "virtud del constitucionalismo en el mundo internacional" en su "enfoque universalizante, el cual permite que la extrema [injusticia] en el mundo no solo sea vista, sino condenada".[48]

> Algo parecido al vocabulario constitucional es necesario para articular el que [la extrema injusticia] sea un escándalo en la medida en que viola la igual dignidad y autonomía de los seres humanos… El uso del vocabulario constitucional… transforma el sufrimiento individual en un objetivo ilícito que no solo concierne a la víctima, sino a todos… En una sociedad secular, es el asunto político del constitucionalismo dotar tales eventos de sacralidad o con un significado simbólico que los eleve más allá de su individualidad.[49]

De hecho, como Neil Walker lo expresó existe una "responsabilidad potencial en el discurso constitucional e imaginación en el desarrollo de sistema de gobierno[50]". Aquellos que desean, por cualquier motivo, hacer una defensa plausible de los elementos constitucionales en el Derecho internacional deben al menos tomar estos valores seriamente. Aunque el constitucionalismo puede ser invocado como una forma de cerrar el debate, en la práctica, tiene el efecto opuesto, abre un debate normativo más rico y productivo. La razón es que la "tradición del constitucionalismo sigue siendo la reserva mejor abastecida, de la que [la política responsable] puede extraerse

---

* Traduzco literamente la expresión "throwing the baby out with the bathwater", que corresponde a la expresión alemana *Das Kind nicht mit dem Bade ausschütten*. Otra traducción podría ser "tirar el grano con la paja" o "cortar el trigo con la cizaña". Esta expresión es uno de los problemas clásicos de traducción. Véase para una discusión de Pollux Hernández en http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/100/pyc10025_es.htm (última consulta, marzo 20 de 2013).

48 Martti Koskenniemi, "Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization", *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, 2007, p. 35.

49 *Idem* pp. 35–36.

50 Véase Neil Walker, "The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key", Gráinne de Búrca & Joanne Scott (eds.) *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 53.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

y el medio más persuasivo en el que ella puede ser articulada[51]. En efecto, el constitucionalismo global no despliega –y esto es lo que considero crucial– un potencial crítico obstructivo, sino constructivo.

[51] *Idem*, p. 57.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas