

Los méritos del constitucionalismo global**

The merits of global constitutionalism

RESUMEN

El constitucionalismo global es una agenda que identifica y defiende la aplicación de principios constitucionalistas en la esfera jurídica internacional. La constitucionalización global supone la aparición gradual de unas características constitucionalistas en el derecho internacional. Las críticas del constitucionalismo global tienden a dudar de la realidad empírica de la constitucionalización, lo que lleva a preguntarse por el valor analítico del constitucionalismo como aproximación académica y a preocuparse por que el discurso pueda ser normativamente peligroso al ser anti pluralista, por crear artificialmente una falsa legitimidad y por prometer unos fines políticos surreales. El presente artículo aborda estas objeciones. Se argumenta que la constitucionalización global podría compensar los déficits constitucionalistas a nivel nacional por la globalización inducida; que una lectura constitucionalista del derecho internacional podría servir como una herramienta hermenéutica, y que el vocabulario constitucionalista destapa los déficits de legitimidad del derecho internacional ofreciendo soluciones. El constitucionalismo global tiene entonces un verdadero y necesario potencial crítico y *responsabilizador*.

* Prof. Dr. iur., Directora del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg (Alemania). Profesora adjunta de la Universidad de Basilea y profesora honoraria de la Universidad de Heidelberg, Alemania. Contacto: apeters-office@mpil.de

** Traducción de Leonardo García Jaramillo (Universidad EAFIT-Medellín) y Jorge Luis Fabra (McMaster University-Canadá) del artículo “The Merits of Global Constitutionalism”, publicado originalmente en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, n.º 2, 2009, pp. 397-411. Agradecemos la autorización de Anne Peters e Indiana University Press. Contacto: leonardogj@gmail.com

Recibido el 31 de mayo de 2017, aprobado el 15 de octubre de 2017.

Para citar el artículo: PETERS, A. Los méritos del constitucionalismo global. *Derecho del Estado* n.º 40, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2018, pp. 3-20.

DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.18601/01229893.N40.01](https://doi.org/10.18601/01229893.n40.01)

ABSTRACT

Global constitutionalism is an agenda that identifies and advocates for the application of constitutionalist principles in the international legal sphere. Global constitutionalization is the gradual emergence of constitutionalist features in international law. Critics of global constitutionalism doubt the empirical reality of constitutionalization, call into question the analytic value of constitutionalism as an academic approach, and fear that the discourse is normatively dangerous because it is anti-pluralist, artificially creates a false legitimacy, and promises an unrealistic end of politics. This article addresses these objections. I argue that global constitutionalization is likely to compensate for globalization induced constitutionalist deficits on the national level, that a constitutionalist reading of international law can serve as a hermeneutic device, and that the constitutionalist vocabulary uncovers legitimacy deficits of international law and suggests remedies. Global constitutionalism, therefore, has a responsabilizing and much-needed critical potential.

SUMARIO

Introducción: el significado del constitucionalismo global. 1. ¿Un tigre de papel? 2. ¿Desempacar el constitucionalismo global? 3. Pluralismo constitucional. 4. Constitucionalismo compensatorio. 5. El constitucionalismo global como recurso hermenéutico. 6. El problema y la promesa de la política. En lugar de una conclusión: el potencial crítico del constitucionalismo global. Referencias.

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 jurídica internacional para mejorar la efectividad y la justicia del orden jurídico internacional¹. La constitucionalización global se refiere al proceso continuo, pero no lineal, de surgimiento y creación deliberada de elementos constitucionales en el orden jurídico internacional por actores jurídicos y políticos, apoyada por un discurso académico donde estos elementos se identifican y desarrollan.

El discurso constitucional global desafía la perspectiva tradicional según la cual la esfera internacional es “un tipo de desierto constitucional o un cuarto

1 PETERS, A. y ARMINGEON, K. Introduction - Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 16, 2009, 385, donde se discuten los términos “constitución”, “constitucionalismo” y “constitucionalización”.

vacío”². La mayor parte de contribuciones teóricas al constitucionalismo global abordan aspectos como los procedimientos constitucionales para la resolución de conflictos de valores y la ponderación como una técnica de interpretación constitucional para aplicar derechos fundamentales³. Analizan las funciones constitucionales del derecho de la responsabilidad internacional al igual que las constituciones sectoriales en campos particulares del derecho internacional. Así mismo discuten las oportunidades y exigencias de una constitución democrática global, la forma como el constitucionalismo global impacta a los individuos dentro de Estados-nación y los estándares empíricos que pueden utilizarse para evaluar el constitucionalismo global.

Hay cuatro elementos importantes de la constitucionalización no analizados en profundidad⁴ que quisiera abordar en este artículo⁵. Primero, el principio de soberanía está siendo desplazado de su posición como *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 deben protegerse y promoverse los derechos, los intereses, las necesidades y la seguridad de los seres humanos. Este estatus normativo también es el objetivo o propósito (*telos*) del sistema jurídico internacional⁶. La humanidad es fundacional en un sentido normativo porque los Estados no son fines en sí mismos, sino que son entidades compuestas cuya justificación radica en cumplir las funciones públicas necesarias para que los seres humanos vivan juntos en paz y seguridad⁷. La soberanía estatal es fundacional para el derecho internacional solo en un sentido ontológico, toda vez que el respeto mutuo de los Estados por la soberanía de cada uno constituye un sistema “horizontal” de actores yuxtapuestos y gobierna la actividad de creación de derecho 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 se toman como el punto de partida, el enfoque cambia de los derechos

2 ALLOTT, P. Intergovernmental Societies and the Idea of Constitutionalism. En: COICAUD, J-M. y VEJO HEISKANEN, V. (eds.). *The Legitimacy of International Organizations*. Tokyo, United Nations University Press, 2001, 92.

3 Ver, p. ej., las memorias del simposio “Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 16, n.º 2, 2009.

4 La autora se refiere sobre todo a los artículos publicados conjuntamente con este en la edición publicada por *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 16, n.º 2, 2009 [N. de trad.].

5 Véase, de forma más general, PETERS, A. Conclusions. En: KLABBERS, J.; PETERS, A. y ULFSTEIN, G. *The Constitutionalization of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

6 PETERS, A. Humanity as the A and Ω of Sovereignty. *The European Journal of International Law*. Vol. 20, n.º 3, 2009, 513-544.

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

de los Estados a las obligaciones del Estado en relación con las personas naturales, y un Estado que no cumple con esos deberes tiene su soberanía suspendida. La posibilidad de una suspensión de la soberanía estatal conduce, en un sistema de gobernanza multinivel bajo el principio de solidaridad, a una responsabilidad de respaldo (*fallback responsibility*) de la comunidad internacional que actúa 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 estatal es parcialmente reemplazado por una toma mayoritaria de decisiones. Esto es apropiado para mejorar la efectividad de la gobernanza 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 globales, dado que las poblaciones de los Estados son de tamaños enormemente diferentes. La igualdad de los Estados más poblados resulta en la desigualdad y 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, ambiguo⁸.

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 reserva importante es que este consenso interestatal es vago y general, mientras que los problemas reales radican 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 de maniobras estratégicas. La aceptación formal de tratados universales que consagran valores constitucionales no es el fin sino, más bien, el comienzo de la constitucionalización del derecho internacional.

Cuarto, el arreglo de las disputas internacionales está siendo cada vez más legalizado y juridificado mediante el establecimiento de cortes internacionales y tribunales con jurisdicción cuasi-obligatoria. Esta juridificación es en algunos aspectos una simple manifestación de la legalización de las relaciones internacionales. Sin embargo, el control judicial de constitucionalidad

8 Una perspectiva 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 anti-democrático 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 interpersonal y democrática en un nivel “más bajo” dentro de las comunidades más pequeñas.

(*judicial review*) también tiene aspectos constitucionalistas específicos que requieren clarificación adicional.

Ha surgido un grupo importante de objeciones contra el constitucionalismo global⁹, las cuales se relacionan tanto con la validez jurídica de la reconstrucción como con sus posibles efectos políticos negativos. La crítica es, así, tanto epistémica como analítica, y política y normativa. Considero que a pesar de los, en cierto modo, graves problemas asociados con el constitucionalismo global, prevalecen sus beneficios epistémicos y normativos. El paradigma constitucionalista hace un trabajo analítico y genera ilustración en perspectivas adicionales¹⁰.

1. ¿UN TIGRE DE PAPEL?

La lectura constitucionalista del derecho internacional puede generar expectativas peligrosamente altas¹¹. El término “constitución” puede ser un título poco apropiado cuando se aplica a la esfera internacional. Por lo tanto, sostiene la crítica, resultan erróneos los términos mismos en los que se desarrolla el debate de la constitucionalización. El vocabulario hace virtualmente imposible escapar de sus supuestos básicos. Y “la legitimidad social está siendo construida artificialmente a través del uso del lenguaje constitucional”¹². Así, la reconstrucción constitucionalista puede crear fraudulentamente la ilusión de legitimidad de la gobernanza global. A los ojos de la crítica el lenguaje constitucionalista abusa del término –muy cargado de valor– “constitucionalismo” para cosechar beneficios de sus connotaciones positivas y dignificar el orden jurídico internacional. Sin embargo, el peligro de que el constitucionalismo pueda comprenderse incorrectamente como “un mecanismo que puede conferir legitimidad de manera inmediata”¹³ no es ya serio, desde mi punto de vista. Los constitucionalistas e internacionalistas son suficientemente perspicaces como para darse cuenta de que “constitucionalismo” no es una respuesta terminada, sino, por el contrario, una perspectiva que nos puede enfocar bien en los debates sobre equidad, justicia y efectividad.

9 Para una discusión de las objeciones, véase PETERS, A. *Reconstruction constitutionnaliste du Droit international: arguments pour et contre*. En: RUIZ FABRI, H. et al. (eds.). *Select Proceedings of the European Society of International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2006, 361-377.

10 Véase, también, PETERS. *Conclusions*, cit.

11 Véase ST. JOHN MACDONALD, R. y JOHNSTON, D. M. *Introduction*. En: RONALD ST. JOHN MACDONALD, R. y JOHNSTON, D. M. (eds.). *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff, 2005, xvii.

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

13 KLABBERS, J. *Constitutionalism Lite*. *International Organizations Law Review*. Vol. 1, 2004, 48.

Una objeción relacionada es que el derecho internacional carece de la dimensión estético-simbólica inherente al derecho nacional constitucional. Conforme a esta perspectiva la función primaria de las constituciones es almacenar el significado de una comunidad política. Encarnan ideas revolucionarias, no de una forma abstracta, sino mediante un sacrificio (físico). En consecuencia, una constitución es “apropiada” genuinamente por un pueblo, sobre todo porque su significado es transportado por el sacrificio hecho para alcanzarla¹⁴. 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 les otorga 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 optimismo¹⁵. 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, “nominal” en el sentido propuesto por Karl Loewenstein¹⁷. El punto esencial de la crítica es que la interpretación constitucionalista del derecho internacional no está basada o respaldada por una voluntad política común ni por las correspondientes estructuras de poder y sanciones a nivel internacional que permitirían que la constitución internacional fuera aplicable. La interpretación constitucionalista –continúa el argumento– es demasiado idealista y no refleja adecuadamente la perspectiva realista de los gobiernos. En un eventual problema o conflicto, sugiere la crítica, debe renunciarse a cualquier actitud constitucionalista¹⁸. Por ejemplo, los gobiernos no defienden la protección universal de los derechos humanos porque crean que es algo bueno, sino porque están presionados internamente por parte de sus electores para observar los estándares de derechos humanos y simplemente quieren evitar que otros Estados ganen una ventaja competitiva al no restringírseles alguna actuación por preocupaciones de derechos humanos. De forma similar, las Naciones Unidas y otras organizaciones

14 HALTERN, U. Internationales Verfassungsrecht? *Archiv des öffentlichen Rechts*. Vol. 128, 2003, 533-534. De forma más general, ANDERSON, B. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. London: Verso, 1991.

15 SZUREK, S. La Charte des Nations Unies Constitution Mondiale? En: COT, J-P. et al. (eds.). *La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article*. 3.^a ed. Vol. 1, 2007, 32.

16 NEVES, M. *Symbolische Konstitutionalisierung*. Berlin: Dunker and Humblot, 1998.

17 LOEWENSTEIN, K. *Verfassungslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr, Paul Siebeck, 1957.

18 KÄLIN, W. Der Menschenrechtsschutz der UNO: Ein Beispiel für die Konstitutionalisierung des Völkerrechts? *Recht Sonderheft*, 2005, 42, 47, 49.

internacionales son, para la mayoría de Estados miembros, solo un medio para realizar sus intereses nacionales¹⁹.

Además, los agentes de la constitucionalización parecen ser, sobre todo, académicos, no actores políticos. Los hallazgos empíricos no confirman una tendencia global y ampliamente abarcadora hacia la constitucionalización. Por el contrario, la evidencia empírica señala un proceso desigual de constitucionalización en varias dimensiones y diferentes regiones del mundo²⁰. 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 función práctica específica del derecho para organizar 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 el camino intermedio entre la simple dignificación del *status quo* y el esfuerzo por elaborar quimeras académicas. Para ganar aceptación en el ámbito político, los constitucionalistas globales podrían 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 entrarán necesariamente en conflicto. Por lo tanto, el constitucionalismo global, al menos a largo plazo, puede incluso promover los intereses políticos y económicos nacionales, así unos Estados puedan beneficiarse más que otros. Además, la microconstitucionalización en realidad parece ser efectiva. En comparación con muchos de los sistemas constitucionales nacionales a lo largo de la historia, los regímenes de los tratados de la Unión Europea (UE), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Organización Mundial del Comercio (OMC) pueden probablemente hacer parte del 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 debe rechazarse el mito de la unidad de la constitución. De acuerdo con esta crítica, debe elegirse, en cambio, una auto-coordinación espontánea de intereses 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 permanece en-

19 *Ibíd.*, 49.

20 ARMINGEON, K. y MILEWICZ, K. Compensatory Constitutionalisation: A Comparative Perspective. *Global Society*. Vol. 22, 2008, 179 (nota al pie omitida).

tonces como un punto de referencia (imaginario) para un pasado como el del Estado nación”, dice la crítica²¹. Sin embargo, el término “constitución” nunca ha sido exclusivamente reservado para las constituciones estatales. En la actualidad, el vínculo conceptual entre la constitución y el Estado ha perdido fuerza en el lenguaje común y en el discurso jurídico, quizá, de este modo, ampliando el significado de “constitución”. No es por tanto imposible *per definitionem* conceptualizar el derecho constitucional por fuera de la nación o del Estado. El constitucionalismo global alienta el derecho constitucional no-estatal y tiende a desmitificar al Estado y la constitución estatal.

2. ¿DESEMPACAR EL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL?

Otra preocupación es que el concepto de constitucionalismo internacional sufre de excesiva promoción y vaguedad. Se está mezclando, si no confundiendo, derecho internacional, política y economía. En realidad, existe el 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 toma de decisiones en la OMC, la integración del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o la manera de vincular los parlamentos nacionales con las Naciones Unidas. En este asunto, Daniel Bodansky se pregunta enfáticamente si no sería mejor considerar las afirmaciones descriptivas y normativas asociadas con el constitucionalismo por sus propios méritos²². Por ejemplo, el control judicial de constitucionalidad y un papel reducido del consentimiento estatal podrían ser analizados descriptivamente y difundidos normativamente sin introducir el concepto de constitucionalismo. Dado que el significado de constitucionalismo es tan poco claro podría ser una etiqueta más confusa que útil.

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

Sin embargo, el valor del paradigma constitucionalista puede consistir 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 permanece escéptico frente a esta afirmación holística. Prefiere “descomponer” el concepto de constitucionalismo en los elementos que lo componen y entonces

21 VESTING, T. Constitutionalism or Legal Theory: Comments on Gunther Teubner. En: JOERGES, C. et al. (eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford, Hart, 2004, 29 y 35.

22 BODANSKY, D. Is there an International Environmental Constitution? *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 16, 2009.

considerar el rol adecuado de cada uno en la gobernanza internacional²³. En contraste, 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 se articulan combinadas. Si esto es cierto, la reconstrucción constitucionalista posee un valor explicativo y prescriptivo adicional. Nos recuerda el vínculo entre las numerosas 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.

3. PLURALISMO CONSTITUCIONAL

Otra preocupación es culturalista. La lectura constitucionalista del derecho internacional puede ser genuinamente anti-pluralista. Puede tener un prejuicio implicado uni-civilizacional, notablemente europeo. “[L]os intereses y tradiciones culturales distintivos de los países del Tercer Mundo [...] pueden erosionarse por la evolución de tal sistema”²⁴. En respuesta, podemos señalar hacia las muchas historias constitucionales que en este momento se están desarrollando dentro de la academia jurídica internacional: una aproximación única, uniforme y consentida no existe. Aunque el pensamiento constitucionalista se ha desarrollado históricamente 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 reivindicado 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 la gobernanza global, poliárquica 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 que 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 obtendría la lealtad de Estados Unidos, especial-

23 Ibid.

24 HARLOW, C. Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values. *European Journal of International Law*. Vol. 17, 2006, 189.

mente si se promueve como la ética suprema de la comunidad global”²⁵. Sin embargo, basarse en la especificidad cultural implica a menudo un riesgo de sobre-simplificación. Incluso dentro de la academia jurídica europea, el enfoque constitucionalista es criticado frecuentemente, en particular por académicos franceses y británicos. La crítica no se alinea automáticamente con una actitud política pro-Estados Unidos. El enfoque 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 sus contrapartes estadounidenses, la oposición entre los discursos académicos de Europa y Estados Unidos parece una explicación simplista. Impulsos importantes frente al constitucionalismo global también han venido de académicos de Estados Unidos, tales como Richard Falk, Thomas Franck, Fernando R. Tesón, Anne-Marie Slaughter y Joseph Nye.

4. CONSTITUCIONALISMO COMPENSATORIO

La reconstrucción constitucionalista del derecho internacional puede ser una estrategia razonable para compensar la desconstitucionalización a nivel doméstico causada por la globalización y la gobernanza global²⁶. 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”. Además, a actores no estatales, que actúan dentro de los Estados o incluso de forma transfronteriza, se les ha confiado cada vez más el ejercicio de funciones estatales tradicionales, incluso con tareas centrales tales como las actividades militares y de policía²⁷. Todo esto ha conducido a una “gobernanza” ejercida más allá de los confines constitucionales de los Estados. Esto significa que las constituciones estatales no pueden regular más la totalidad de la gobernanza de una forma comprensiva. De esta forma, resulta derrotada la pretensión original de las constituciones estatales de formar un orden básico completo. Las constituciones nacionales, por decirlo así, están siendo vaciadas y los principios constitucionales tradicionales se vuelven

25 JOHNSTON, D. M. *World Constitutionalism in the Theory of International Law, y Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, cit., 3 y 20.

26 PETERS, A. *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*. *Leiden Journal of International Law*. Vol. 19, 2006, 579.

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

disfuncionales o vacíos. Esto no solo afecta al principio constitucional de democracia, sino también a los principios de legalidad y de seguridad de la sociedad, y la organización del territorio²⁸. Por lo tanto, si deseamos preservar los principios básicos del constitucionalismo, debemos buscar constitucionalización compensatoria en el plano internacional.

5. EL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL COMO RECURSO HERMENÉUTICO

La lectura constitucionalista del derecho internacional contribuye con argumentos frescos a una vieja controversia que recientemente ha surgido de nuevo, a saber, si el derecho internacional es derecho “real”. Los nuevos negacionistas del derecho internacional justifican su naturaleza ostensiblemente no-jurídica refiriéndose a la falta de mecanismos fuertes para su aplicación y a sus déficits democráticos prevalentes. La perspectiva constitucionalista ayuda a superar este estrecho enfoque en las sanciones y la aplicación vertical. En muchos países el derecho constitucional propio no es aplicable. De forma típica, muchas disposiciones constitucionales no son justiciables en el sentido de ser directamente aplicables por las cortes. Esto ocurre principalmente en los países que carecen de un tribunal constitucional, pero suele ser cierto para las disposiciones constitucionales con un carácter programático y exhortativo. A pesar de este aspecto, nadie niega el carácter jurídico del derecho constitucional solo por esta razón y, así, se fundamenta la tesis de que el derecho internacional, dado que se parece al derecho constitucional en este aspecto, es en realidad derecho.

Más aún, la interpretación de normas y estructuras particulares como constitucionales puede proporcionar una guía interpretativa. Por ejemplo, un enfoque constitucionalista sobre las reservas en los tratados de derechos humanos conduce a permitir tales reservas. Para dar otro ejemplo, un abogado internacionalista inclinado hacia el constitucionalismo determinaría la supremacía del derecho internacional sobre el derecho doméstico interno de una forma no formalista²⁹. Le prestaría menos atención a las fuentes formales del derecho, y más a la substancia de las reglas en cuestión. Desde una perspectiva constitucionalista el ranking de las normas en cuestión debe ser evaluado de una forma más sutil, de acuerdo con su peso y relevancia substantiva. Tal perspectiva no-formalista y orientada a la substancia sugiere

28 PETERS, A. The Globalization of State Constitutions. En: NIJMAN, J. y NOLLKAEMPER, A. (eds.). *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, 251, 270-277, 285-293.

29 Véase *ibíd.*, 306-307. NOLLKAEMPER, A. Rethinking the Supremacy of International Law. En: WOLFRUM, R. et al. (eds.). *Select Proceedings of the European Society of International Law*. Oxford: Hart Publishing, Vol. 2, 2008.

que las disposiciones de las constituciones estatales con menor relevancia tendrían que dar paso a normas internacionales importantes³⁰.

De forma inversa, las garantías de los 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 importante es observar la substancia, mas no la categoría formal de las normas en conflicto³¹.

Tal aproximación flexible parece estar más acorde con el Estado actual de la integración global que la idea de una jerarquía estricta, en particular, en asuntos de derechos humanos³².

6. 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 política³³. Además, el “imperialismo constitucional” llevado a cabo por los participantes del proceso jurídico y político reprimiría el proceso jurídico ordinario³⁴. En lo relativo a los observadores académicos, la agenda constitucionalista puede constituir un esfuerzo académico para canalizar o minimizar a la política. En resumen, el constitucionalismo podría criticarse por conllevar una promesa no realista “del fin de la política”³⁵, lo que Jeffrey Dunoff ha denominado con acierto la “arrogancia constitucional”³⁶. Mi respuesta es que el derecho y la política no deben ser concebidos como ámbitos distintos, sino más bien como sistemas acoplados estructuralmente³⁷. El derecho es por igual producto de la actividad política y un organizador, y limitante, de la acción política. En particular, el derecho constitucional es una rama del derecho muy cercana a la política. El derecho constitucional y la política son mutuamente constitutivos. En consecuencia, el constitucionalismo también es un proyecto político y no simplemente apolítico (aunque

30 PETERS. The globalization of the State constitutions, cit., 306.

31 *Ibíd.*

32 *Ibíd.*, 307.

33 TRACHTMAN, J. P. The Constitutions of the WTO. *European Journal of International Law*. Vol. 17, 2006, 623.

34 SZUREK, ob. cit., 48.

35 KLABBERS, ob. cit., 47.

36 DUNOFF, J. L. Constitutional conceits: The WTO's ‘Constitution’ and the discipline of International Law. *European Journal of International Law*. Vol. 17, 2006, 672.

37 LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*, Berlin, Suhrkamp, 1993, 407-439.

sugiere que existe una esfera “por encima” de la política cotidiana). Es paradójico y, en mi concepto, loable que el reclamo por el constitucionalismo genere precisamente los debates y la política que se dice que reemplaza. Las dinámicas evolutivas del constitucionalismo conducen tanto a la legalización de los problemas políticos como a la politización más fuerte del derecho³⁸. Incluso si algún grado de legalización de los problemas políticos (contando a la constitucionalización como un tipo especial de legalización) modifica el debate a su alrededor al introducir una lógica jurídica diferente, los asuntos subyacentes no se despolitizan totalmente con ello, sino solo parcialmente. Tal despolitización relativa de las relaciones internacionales no es una desventaja porque las relaciones internacionales están, en general, demasiado politizadas. La introducción de principios legales 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 quienes 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 “discrepan razonablemente [...] sobre resultados substantivos [...] por lo que el proceso democrático mismo es más legítimo y efectivo que el judicial”⁴¹, y que, 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 mejor protegidos por las cortes. El problema con el constitucionalismo global es que, a los ojos de los críticos, es demasiado legalista en ese sentido. En el mismo estilo se ha expresado la preocupación sobre una aristocracia judicial global. Algunos temen que a jueces internacionales no representativos se les pida resolver disputas sobre la interpretación del texto constitucional. Esta preocupación magnifica la objeción británica tradicional a una constitución escrita y “rígida”.

La constitucionalización del derecho internacional ha sido ciertamente asimétrica. El proceso ha sido hasta ahora más adjudicativo que deliberativo.

38 LOUGHLIN, M. *Sword and Scales: An Examination of the Relationship Between Law and Politics*. Oxford: Hart, 2009, 209.

39 JOHNSTON, ob. cit., 19-20.

40 BELLAMY, R. *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

41 *Ibíd.*, 4.

Esto es más visible en la OMC y en el debate relacionado con 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 por los comités y por el Órgano de Apelación. La capacidad de la OMC para dar respuestas legislativas está silenciada por el requisito de unanimidad. Tal preponderancia incrustada estructuralmente de la ingeniería judicial no se limita a la OMC, sino que también afecta a la macroconstitucionalización del sistema jurídico internacional en su conjunto.

Sin embargo, esta crítica, aunque pueda formularse como una crítica al constitucionalismo global, de hecho no se ocupa de la lectura constitucionalista del derecho internacional. La crítica es, al contrario, que la gobernanza global sufre tanto de déficit democrático como (en alguna medida de forma relacionada) de cortes demasiado poderosas. Considero que el peligro de un gobierno global de jueces es exagerado. Aunque la constitucionalización del derecho internacional ha sido impulsada por las cortes, y a pesar de que el constitucionalismo global reclama incluso el fortalecimiento adicional del control judicial de constitucionalidad, es improbable que se establezca una corte constitucional internacional con jurisdicción vinculante sobre asuntos constitucionales. Una constitución internacional “imperfecta”, respaldada por un control judicial puntual, construiría un progreso, no un peligro⁴².

Más importante es que el constitucionalismo global revela precisamente aquellos déficits mediante la introducción de un vocabulario constitucional. El paradigma constitucional también inspira y eventualmente facilita la búsqueda de soluciones. En mi concepto, el remedio contra un proceso de constitucionalización demasiado “legalista” y “judicial” no consiste en detener el proceso, sino en democratizarlo.

Un enfoque constitucionalista al derecho internacional ayuda a prevenir la “desformalización” incontrolada del derecho internacional⁴³. La desformalización consiste en recurrir a argumentos con algún grado “superior” de legitimidad para oponerse y violar la legalidad internacional, como ocurrió en la crisis de Kosovo⁴⁴. Aunque el constitucionalismo es un concepto cargado de valor es, no obstante, un enfoque jurídico donde la consideración por el

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

43 Véase HABERMAS, J. *The Divided West*. CRONIN, C. ed. y trad. Cambridge: Polity, 2006, 116.

44 Indep. Int’l Comm’n on Kosovo, *The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned* 185-198 (2000).

principio de legalidad en sentido formal, la estabilidad y la predictibilidad jurídicas desempeña una parte importante, y donde se reconoce que la legalidad misma puede engendrar un tipo de legitimidad⁴⁵. Considerado desde esta perspectiva, el constitucionalismo es una alternativa jurídica para moralizar, por un lado, y para empoderar, por otro, a la política.

EN LUGAR DE UNA CONCLUSIÓN: EL POTENCIAL CRÍTICO DEL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Deben tomarse en serio el reproche central de los nuevos negacionistas del derecho internacional, la legitimidad y particularmente el déficit democrático. En ese sentido, el constitucionalismo global es útil porque suscita la pregunta apremiante de la legitimidad de la gobernanza global. Sin embargo, el vínculo intrínseco entre el constitucionalismo y la legitimidad se corta de diferentes formas. El constitucionalismo puede legitimar al sistema internacional pero también puede desafiar su legitimidad. Por un lado, el peligro es que “las cosas anteriormente llamadas institucionales estén siendo legitimadas con el manto de la constitucionalización”⁴⁶. Esto no es útil en términos analíticos y es peligroso desde una perspectiva normativa. Por otro lado, las ideas prestadas del constitucionalismo global son utilizadas por algunos académicos con la intención opuesta, es decir, para cuestionar el derecho internacional en su conjunto, y pueden constituir incluso un pretexto para incumplirlo⁴⁷. De nuevo, el mejor camino parece ser el intermedio. El constitucionalismo global no debería utilizarse para conferir falsa legitimidad al derecho internacional, ni la queja de que el derecho internacional carece de legitimidad debería socavar su autoridad como tal. Más bien, la lectura constitucionalista debería esclarecer que la legitimidad de las normas y de un gobierno político no depende de estructura de gobierno o gobernanza idénticas a la del Estado.

45 Véase VON IHERING, R. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig: Breitkopf und Härtel. 5.^a ed., 1880, 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, ob. cit., p. 245 (discute el debate de la constitucionalización de la OMC).

47 SELLERS, M. *Republican Principles in International Law. Connecticut Journal of International Law*. Vol. 11, 1996, 403. Sellers argumenta que “supuestamente las leyes e instituciones internacionales obligan y deberían influir a los gobiernos republicanos solo en la medida en que reflejen procedimientos republicanos de política y legislación”: *ibíd.*, p. 404. “Las instituciones internacionales merecen legitimidad política y obediencia solo en la medida en que se ajusten a los estándares republicanos de la soberanía popular y la búsqueda del bien común”: *ibíd.*, p. 428. “Las repúblicas apoyan debidamente a la Secretaría de las Naciones Unidas solo en la medida en que mantenga altos estándares [...] [L]os gobiernos republicanos tienen que *decidir independientemente* si esto ocurre”: *ibíd.*, p. 431 (énfasis añadido).

El constitucionalismo global debería y podría ayudar a revelar (en vez de ocultar) las deficiencias de legitimidad existentes en este cuerpo normativo, sin botar el grano con la paja (“*throwing the baby out with the bathwater*”⁴⁸). Martti Koskenniemi considera la “virtud del constitucionalismo en el mundo internacional” en su “enfoque universalizante que permite que la extrema [desigualdad] en el mundo no solo sea vista, sino también condenada”⁴⁹.

Algo parecido al vocabulario constitucional es necesario para expresar que [la extrema injusticia] es 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, hace parte de los asuntos políticos del constitucionalismo dotar tales eventos con la sacralidad o con un significado simbólico que los eleve más allá de su individualidad⁵⁰.

De hecho, como planteó Neil Walker, existe una “responsabilidad potencial en el discurso y la imaginación constitucionales respecto del desarrollo de la forma de gobierno”⁵¹. Quienes desean, por cualquier motivo, defender de manera plausible los elementos constitucionales en el derecho internacional deben al menos tomar seriamente estos valores. Aunque el constitucionalismo puede invocarse como una forma de cerrar el debate, en la práctica tiene a menudo el efecto contrario, toda vez que inicie un debate normativo más rico y productivo. La razón es que la “tradicción del constitucionalismo sigue siendo la reserva mejor abastecida desde donde puede extraerse [una política responsable] y el medio más persuasivo por el cual ella puede expresarse”⁵². En efecto, el constitucionalismo global no despliega –y esto es lo que considero crucial– un potencial crítico obstructivo, sino constructivo.

REFERENCIAS

ALLOT, P. (2001). Intergovernmental Societies and the Idea of Constitutionalism. En: COICAUD, J.-M. y HEISKANEN, V. (eds.). *The Legitimacy of International Organizations*. Tokyo: United Nations University Press.

ANDERSON, B. (1991). *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. London: Verso.

48 Expresión idiomática que corresponde al proverbio alemán *Das Kind nicht mit dem Bade ausschütten*. Se utiliza para aludir al error evitable de dañar algo bueno al efectuar una acción necesaria de forma precipitada [N. de trad.].

49 KOSKENNIEMI, M. Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization. *Theoretical Inquiries in Law*. Vol. 8, 2007, 35.

50 *Ibid.*, 35-36.

51 WALKER, N. The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key. En: DE BÚRCA, G. y SCOTT, J. (eds.). *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*. Oxford: Hart, 2001, 53.

52 *Ibid.*, 57.

- ARMINGEON, K. y MILEWICZ, K. (2008). Compensatory Constitutionalisation: A Comparative Perspective. *Global Society*. Vol. 22.
- BELLAMY, R. (2007). *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BODANSKY, D. (2009). Is there an International Environmental Constitution? *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 16.
- CASS, D. Z. (2005). *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*. Oxford: Oxford University Press.
- DUNOFF, J. L. (2006). Constitutional Conceits: The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law. *European Journal of International Law*. Vol. 17.
- HALTERN, U. (2003). Internationales Verfassungsrecht? *Archiv des öffentlichen Rechts*. Vol. 128.
- HARLOW, C. (2006). Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values. *European Journal of International Law*. Vol. 17.
- JOHNSTON, D. M. (2005). World Constitutionalism in the Theory of International Law. *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*.
- KÄLIN, W. (2005). Der Menschenrechtsschutz der UNO: Ein Beispiel für die Konstitutionalisierung des Völkerrechts? *Recht Sonderheft*.
- KLABBERS, J. (2004). Constitutionalism Lite. *International Organizations Law Review*. Vol. 1, 48.
- KOSKENNIEMI, M. (2007). Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization. *Theoretical Inquiries in Law*. Vol. 8, 35.
- LOEWENSTEIN, K. (1957). *Verfassungslehre*, Tübingen: J. C. B. Mohr, Paul Siebeck.
- LOUGHLIN, M. (2009). *Sword and Scales: An Examination of the Relationship between Law and Politics*. Oxford: Hart Publishing.
- LUHMANN, N. (1993). *Das Recht der Gesellschaft*. Berlin: Suhrkamp.
- NEVES, M. (1998). *Symbolische Konstitutionalisierung*. Berlin: Dunker and Humblot.
- NOLKAEMPER, A. (2008). Rethinking the Supremacy of International Law. En: WOLFRUM, R. et al. (eds.). *Select Proceedings of the European Society of International Law*. Oxford: Hart Publishing. Vol. 2.
- PETERS, A. (2006). Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*. Vol. 19.
- PETERS, A. (2006). Reconstruction constitutionnaliste du Droit international: Arguments pour et contre. En: RUIZ FABRI, H. et al. (eds.). *Select Proceedings of the European Society of International Law*. Oxford: Hart.

- PETERS, A. (2007). The Globalization of State Constitutions. En: NIJMAN, J. y NOLLKAEMPER, A. (eds.). *New Perspectives on the Divide between National and International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- PETERS, A. (2009). Conclusions. En: KLABBERS, J.; PETERS, A. y ULFSTEIN, G. *The Constitutionalization of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- PETERS, A. (2009). Humanity as the Λ and Ω of Sovereignty. *The European Journal of International Law*. Vol. 20, n.º 3.
- PETERS, A. y ARMINGEON, K. (2009). Introduction - Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 16.
- SAINT JOHN MACDONALD, R. y JOHNSTON, D. M. (2005). Introduction. En: ST. JOHN MACDONALD, R. y JOHNSTON, D. M. (eds.). *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff.
- SELLERS, M. (1996). Republican Principles in International Law. *Connecticut Journal of International Law*. Vol. 11.
- SZUREK, S. (2007). La Charte des Nations Unies Constitution Mondiale? En: Cot, J-P. et al. (eds.). *La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article*. 3.ª ed. Vol. 1.
- TRACHTMAN, J. P. (2006). The Constitutions of the WTO. *European Journal of International Law*. Vol. 17.
- VESTING, T. (2004). Constitutionalism or Legal Theory: Comments on Gunther Teubner. En: Joerges, C. et al. (eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart.
- VON IHERING, R. (1880). *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig: Breitkopf und Härtel. 5.ª ed.
- WALKER, N. (2001). The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key. En: DE BÚRCA, G. y SCOTT, J. (eds.). *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*. Oxford: Hart.