

El pluralismo del constitucionalismo internacional

Pluralism of International Constitutionalism

RECIBIDO, EL 19 DE JULIO DE 2013 / ACEPTADO EL 2 DE OCTUBRE 2013

Ángel J. RODRIGO*

Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Universitat Pompeu Fabra

Resumen: El constitucionalismo internacional se ha convertido en una de las principales discusiones científicas en la doctrina no sólo iusinternacionalista sino también en la constitucionalista y en la teoría política y social en la última década. En ella es posible identificar un gran abanico de opciones bien diferentes que van desde los proyectos de constitución formal de la comunidad internacional hasta la concepción del constitucionalismo internacional como fragmentos constitucionales. Esta diversidad externa alcanza también a las perspectivas metodológicas (positivistas, críticas, de teoría social, etc.) y al objeto del constitucionalismo internacional (tan sólo el ejercicio del poder público o también el poder privado). Los objetivos de este trabajo son mostrar la riqueza de dicho debate por medio de una selección de las obras más representativas, hacer una exposición, ordenación y revisión crítica del contenido de las obras seleccionadas y contextualizar las diferentes propuestas y ponerlas en relación unas con otras en el marco más amplio del mapa doctrinal sobre el constitucionalismo internacional.

Palabras clave: comunidad constitucional global; constitución internacional; constitucionalismo internacional; constitucionalismo orgánico global; constitucionalismo societal; constitucionalización de la comunidad internacional.

Abstract: International constitutionalism has become a major scientific discussion not only between international lawyers but also in constitutional and political and social theory doctrine in the last decade. It is possible to identify a wide range of options ranging from very different projects of formal constitution of the international community to the concept of international constitutionalism and constitutional fragments. This diversity also extends to external methodological perspectives (positivist, critical, social theory, etc.) and to the object of international constitutionalism (as only the exercise of public authority or private power also). The objectives of this paper are to show the richness of the debate through a selection of the most representative works, make a presentation, systematization and critical review of the content of the selected works and contextualize the various proposals and put them in relation to each other in the broader doctrinal map of international constitutionalism.

Key words: constitutionalization of the international community; global constitutional community; international constitution; international constitutionalism; organic global constitutionalism; societal constitutionalism.

Résumé: Le constitutionnalisme international est devenu un des principaux débats scientifiques non seulement de la doctrine iusinternacionalista mais aussi dans la théorie constitutionnelle, politique et sociale dans la dernière décennie. Il est possible d'identifier un large éventail d'options allant de projets très différents comment la constitution formelle de la communauté internationale à la notion de constitutionnalisme international et fragments constitutionnelles. Cette diversité s'étend aussi aux perspectives méthodologiques externes (positiviste, la théorie sociale, critique, etc.) et à l'objet du constitutionnalisme international (seul l'exercice de l'autorité publique ou le pouvoir privé également). Les objectifs de cette étude sont de montrer la richesse du débat à travers une sélection d'œuvres les plus représentatives, faire un examen présentation, la systématisation et la critique du contenu des œuvres sélectionnées et de contextualiser les différentes propositions et les mettre en relation les uns aux autres dans le plus large carte conceptuel du constitutionnalisme international.

Mots-clés: communauté mondiale constitutionnel; constitution international; constitutionnalisme international; constitutionnalisme organique global; constitutionnalisme societal; constitutionnalisation de la communauté internationale.

* Este trabajo fue realizado durante mi estancia como Visiting Fellow durante el curso 2012-2103 en el Lauterpacht Centre for International Law de la Universidad de Cambridge. Para ello fui destinatario de una ayuda para estancias de movilidad, incluido el programa Salvador de Madañariaga 2012 del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Asimismo, este trabajo forma parte de un proyecto de investigación más amplio sobre *Cosmopolitismo y constitucionalismo en la sociedad internacional. Propuestas cosmopolitas y constitucionalistas para la gobernanza global*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref. DER2011-27420) para el periodo 2011 a 2014.

Sumario: INTRODUCCION. I. LA DELIMITACIÓN DEL DEBATE: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. A. Del constitucionalismo estatal al constitucionalismo internacional. B. La comunidad internacional como punto de partida del constitucionalismo internacional. C. El bien común como objetivo del constitucionalismo internacional. 1. Del Derecho internacional al servicio de la razón de Estado al Derecho constitucional de la comunidad internacional. 2. Las normas orientadas al bien común de la comunidad internacional (*common interest norms*). D. La constitucionalización del Derecho internacional como compensación de la des-constitucionalización en el ámbito nacional. 1. La constitucionalización como un proceso que coexiste en la comunidad internacional con otros de signo contrario. 2. El constitucionalismo internacional como una corriente de pensamiento y una agenda política. 3. La constitución internacional como una red constitucional transnacional. 4. Las respuestas del constitucionalismo internacional y los límites de la constitución internacional. E. La unidad sistémica del Derecho internacional público en un contexto de sectorialización del mismo. II. SIGNIFICADO Y SISTEMATIZACIÓN PARCIAL DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. A. Significado de la constitucionalización del Derecho internacional. 1. La respuesta constitucionalista a la globalización actual. 2. Un constitucionalismo pluralista. 3. La legitimidad del orden global constitucional. B. Una teoría de la obligación: el derecho presuntivo. C. Los miembros de la comunidad constitucional global. 1. La comunidad internacional como una comunidad constitucional. 2. El individuo como sujeto internacional primario. 3. Los Estados como sujetos constituidos por el Derecho internacional. C. El principio democrático en el orden constitucional global. 1. Una democracia global dual. 2. Los Estados como mediadores democráticos. 3. La democratización de la gobernanza internacional por medio de la ciudadanía transnacional. D. Una sistematización parcial de la constitucionalización del Derecho internacional que necesita ser complementada. III. DE LA SISTEMATIZACIÓN A LA RECONFIGURACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL: *EL CONSTITUCIONALISMO ORGÁNICO GLOBAL*. A. Las dimensiones del constitucionalismo global. 1. El constitucionalismo social. 2. El constitucionalismo institucional. 3. El constitucionalismo normativo. 4. El constitucionalismo analógico. B. Los temas clave del constitucionalismo global y sus limitaciones. C. La necesidad de un constitucionalismo global crítico: el constitucionalismo orgánico. D. No sólo una promesa para el futuro. IV. CONSIDERACIONES FINALES

INTRODUCCIÓN

El debate sobre el constitucionalismo internacional se ha convertido en una de las principales discusiones científicas de la doctrina iusinternacionalista en la última década. Este trabajo tiene como objetivo incorporar y sistematizar una parte de dicho debate. No obstante, tanto el título del mismo como su contenido exigen dos precisiones previas.

En primer lugar, la expresión *el pluralismo del constitucionalismo internacional* se puede utilizar en dos sentidos: uno epistemológico (en sentido fuerte) y otro descriptivo (en sentido débil). En sentido epistemológico, la cuestión del pluralismo del constitucionalismo internacional plantea la discutida posibilidad (en la doctrina se pueden encontrar posiciones encontradas) de acomodar y ordenar dentro del mismo la diversidad de intereses, racionalidades, autoridades públicas, ordenamientos jurídicos y aun de constituciones, sean nacionales o internacionales. Por ello, algunos autores contraponen el constitucionalismo y el pluralismo como dos modelos antagónicos que ofrecen respuestas diferentes a los problemas que se plantean en el derecho postnacional. El constitucionalismo sería un modelo basado en valores sustantivos y en una visión estructural de carácter jerárquico que gobernaría el orden político por

medio de la *rule of law* y que tendría importantes dificultades para operar como marco jurídico que gobierna el espacio postnacional. Por contra, el pluralismo sería una alternativa estructural que daría una mejor respuesta a la diversidad social y a la fragmentación institucional y jurídica porque está basado en una relación heterárquica entre las diferentes capas de normas que regulan el espacio postnacional. Se argumenta que el pluralismo ofrecería una mejor capacidad de adaptación al cambio, proporciona un espacio para la contestación y para dar visibilidad a nuevas voces y demandas y que es útil para constituir equilibrios y contrapoderes (*checks and balances*) en el orden postnacional¹.

Otros autores, en cambio, consideran que constitucionalismo y pluralismo no son visiones estructurales antagónicas. Su punto de partida es que el Derecho internacional se ha transformado en un sistema jurídico pluralista porque la proliferación de regímenes especiales, de instituciones de gestión de los mismos y de tribunales internacionales no habría supuesto su fragmentación sino que sería el reflejo del pluralismo existente en la comunidad internacional². Este nuevo sistema jurídico pluralista aceptaría «un conjunto de elecciones normativas igualmente legítimas y diferentes de instituciones y tribunales pero lo hace dentro del contexto de un sistema universal»³. En suma, el enfoque pluralista del Derecho internacional no implica necesariamente una visión estructural alternativa del mismo. El pluralismo sería un hecho social que caracteriza actualmente a la comunidad internacional que tiene consecuencias normativas que se pueden explicar de distintas formas. Algunos autores atribuyen a la pluralidad de actores e instituciones (las comunidades interpretativas) y de normas que pueden ser aplicables en la comunidad internacional, al pluralismo del ordenamiento jurídico internacional en definitiva, un papel creador de derecho (jurisgenerativo)⁴. En el caso de la doctrina cons-

¹ KRISCH, N., *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, en especial, cap. 1, 2 y 3, pp. 3-105.

² CASANOVAS, O., *Unity and Pluralism in Public International Law*, The Hague, Kluwer, 2001; y RODRIGO, A. GARCÍA, C. (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la comunidad internacional*, Tecnos, Madrid, 2011.

³ BURKE-WHITE, W.W., «International Legal Pluralism», *Michigan Journal of International Law*, vol. 25 (2004), pp. 963-979, en particular, p. 977 (traducción propia).

⁴ Una primera aproximación dentro de la *New Haven School* fue la de COOPER, R., «The Supreme Court, 1982 Term. Foreword: Nomos ans Narrative», *Harvard Law Review*, vol. 93 (1983), pp. 4-68, en particular, pp. 43-46. Una versión más actual de esta perspectiva del pluralismo en el Derecho internacional es la de BERMAN, P.S., «A Pluralist Approach to International Law», *The Yale Journal of International Law*, vol. 32 (2007), pp. 301-329.

titucionalista, ésta ha defendido con diferentes argumentos que sólo es posible el constitucionalismo internacional si se trata de un constitucionalismo pluralista que dé cabida a la diversidad de concepciones e intereses que existen en el orden social internacional y dé respuestas jurídicas en un entorno de multiplicidad de ordenamientos jurídicos y de normas constitucionales. A. Hurrell reivindica la necesidad de un ‘pluralismo normativo’ en el constitucionalismo que permita una mayor participación no sólo de Estados sino también de actores no estatales y que contribuya a una seria reducción de la desigualdad⁵. N. Walker defiende un ‘pluralismo constitucional epistémico’, cuyo punto de partida es el reconocimiento de que la autoridad legítima puede derivar de una pluralidad de fuentes y que es conscientemente heterárquico. Su propuesta es un meta-constitucionalismo consistente en un dialogo entre autoridades constitucionales⁶. J. Klabbbers y otros defienden la imprescindible necesidad de un constitucionalismo pluralista dadas la diversidad de concepciones políticas y morales que existen en la comunidad internacional y de posibles respuestas jurídicas a ellas. Por ello, propone un constitucionalismo *lite* en el ámbito internacional que, además de los requisitos clásicos del constitucionalismo, exigiría a los que ocupan posiciones de poder que lo ejerzan y se comporten de manera responsable⁷.

No obstante, en este trabajo no se examina «el pluralismo del constitucionalismo internacional» en sentido fuerte, en cuanto modelo estructural capaz o incapaz de rebatir los temores del ‘imperialismo constitucionalista’ y de dar una explicación que permita hacer compatibles la unidad del Derecho internacional con el pluralismo existente en la comunidad internacio-

⁵ HURRELL, A. *On Global Order. Power, Values, and the Constitution of International Society*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

⁶ WALKER, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, vol. 65 (2002), pp. 317-359.

⁷ KLABBERS, J., «Constitutionalism Lite», *International Organization Law Review*, n° 1 (2004), pp. 31-58; y «Possible Islands of Predictability: The Legal Thought of Hannah Arendt», *Leiden Journal of International Law* (2007), pp. 1-23; también PETERS, A., «The Merits of Global Constitutionalism», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, n° 2 (2009), pp. 397-411, en particular, pp. 403-404; ULFSTEIN, G., «The Relationship Between Constitutionalism and Pluralism», *Göttingen Journal of International Law*, vol. 4, n° 2 (2012), pp. 575-583; y VIELLECHNER, L., «Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalism and Pluralist Approaches to the Globalization of Law», *Göttingen Journal of International Law*, vol. 4, n° 2 (2012), pp. 599-623. Con otra perspectiva también PETERSMANN, U., *International Economic Law in the 21st Century. Constitutional Pluralism and Multilevel Governance of Interdependent Public Goods*, Hart, Oxford, 2012.

nal. Con dicha expresión, utilizada en sentido descriptivo, se quiere hacer referencia a la diversidad de aproximaciones que existen en la doctrina no sólo iusinternacionalista sino también en la constitucionalista y en la teoría política y social sobre el constitucionalismo internacional. En ella es posible identificar un gran abanico de opciones bien diferentes que van desde los proyectos de constitución formal de la comunidad internacional, lo que algunos críticos han etiquetado como ‘ilusiones constitucionales’, hasta la concepción del constitucionalismo internacional como fragmentos constitucionales que impedirían la existencia de una constitución global y en la que el Derecho internacional constitucional sería únicamente un conjunto de normas para regular los conflictos inter-constitucionales. Esta diversidad externa alcanza también a las perspectivas metodológicas (positivistas, críticas, de teoría social, etc.) y al objeto del constitucionalismo internacional (tan sólo el poder público ejercido por instituciones como Estados, organizaciones internacionales u órganos de gestión de regímenes internacionales o también el ejercicio del poder privado). Uno de los objetivos de este trabajo es mostrar una parte de la riqueza de dicho debate por medio de una selección de algunas de las obras más representativas publicadas en estos últimos años⁸. Por tanto, el término *pluralismo* en este contexto hace referencia a la diversidad de aproximaciones que existen en la doctrina respecto del constitucionalismo internacional⁹. Las aportaciones que se van a examinar en este trabajo son una muestra de la fertilidad del debate sobre el constitucionalismo y también de la evolución del contenido de la discusión científica. Así, en la obra de la que son editores A. Peters, M.J. Aznar e I. Gutiérrez, *La constitucionalización de la comunidad internacional* se recogen un conjunto de trabajos que tienen por objeto reivindicar la posibilidad del constituciona-

⁸ Existen algunas otras obras de especial interés como la editada por DUNOFF, J.L.; TRACHMANN, J.P. (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, que ya fue objeto de una recensión previa en el *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXVII (2011), pp. 658-661.

⁹ Entre otras: la obra de TEUBNER, G., *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, trad. G. Nordury, Oxford, Oxford University Press, 2012 que tiene un enfoque de teoría social; la de ZICARDI CAPALDO, G., *Diritto Globale. Il nuovo diritto internazionale*, Guiffirè editore, Milano, 2010; la de DOMINGO, R., *The New Global Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; o los trabajos de FERNÁNDEZ LIESA, C.; ALCOCEBA GALLEGU, A., «La idea de constitución y el fenómeno jurídico internacional», en PECES-BARBA, G.; RAMIRO, M.A. (eds.), *La Constitución a examen: Un estudio académico 25 años después*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 747-791.

lismo internacional más allá del Estado¹⁰. La obra de J. Klabbbers, A. Peters y G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, mediante lo que se podría denominar como una ‘interpretación progresiva’ del ordenamiento jurídico internacional, ofrece una respuesta constitucional a los desafíos que la fragmentación, el pluralismo y la verticalización suponen para el ordenamiento jurídico internacional y desarrolla algunos de los elementos centrales que contribuyen a la constitucionalización del Derecho internacional: la creación de normas, las instituciones internacionales, la ampliación y transformación de la membrecía y el principio democrático¹¹. La monografía de Ch.E.J. Schwöbel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective* aporta un significativo esfuerzo de sistematización de las diferentes aproximaciones, de identificación y crítica de las ideas clave del constitucionalismo global y una propuesta crítica: el constitucionalismo orgánico global¹².

La segunda precisión que conviene hacer es relativa a su contenido. Este trabajo tiene por objeto la exposición, ordenación y revisión crítica del contenido de las obras seleccionadas con el fin de contextualizar las diferentes propuestas y de ponerlas en relación unas con otras. Este *review essay* pretende contribuir a conocer y situar mejor algunas ideas, trabajos y autores en el marco más amplio del mapa doctrinal sobre el constitucionalismo internacional.

I. LA DELIMITACIÓN DEL DEBATE: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

La evolución de las relaciones internacionales y los efectos de la globalización sobre los Estados, en particular sobre sus sistemas jurídicos, han puesto en cuestión algunas nociones e instituciones básicas que parecían bien asentadas tanto en la teoría política como en la ciencia jurídica: el Estado, la noción de constitución, las funciones de las constituciones, la relación entre Estado, constitución y pueblo, la unidad del sistema jurídico, el pluralismo de y en los ordenamientos jurídicos, el desplazamiento del ejercicio del poder público

¹⁰ PETERS, A.; AZNAR, M.J.; GUTIÉRREZ, I. (eds.), *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

¹¹ KLABBERS, J.; PETERS, A.; ULFSTEIN, G., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

¹² SCHWÖBEL, Ch.E.J., *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2011.

hacia instituciones y ámbitos situados más allá del Estado, etc. Todo ello ha puesto de manifiesto los límites de los conceptos tradicionales, la insuficiencia de la aplicación analógica de tales conceptos e instituciones en el plano internacional y la necesidad de reconstruir nociones operativas que den respuesta a las nuevas realidades políticas y jurídicas. Estos problemas representan un desafío político y jurídico tanto para los constitucionalistas como para los iusinternacionalistas. La obra de la que son editores A. Peters, M.J. Aznar e I. Gutiérrez, *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, recoge un conjunto de estudios sobre algunos de estos conceptos y problemas con un objetivo bien explicitado desde su inicio: la invitación al diálogo científico¹³. La obra incluye seis trabajos, uno de cada uno de los editores y los otros tres de autores alemanes de referencia sobre este tema: Ch. Tomuschat, B. Fassbender y Ch. Walter, que examinan cada uno de ellos algún concepto o problema jurídico fundamental y que, en conjunto, acaban por ofrecer los hitos básicos para la delimitación del debate sobre el constitucionalismo internacional.

A. *Del constitucionalismo estatal al constitucionalismo internacional*

El trabajo de I. Gutiérrez, «De la *constitución del Estado* al *Derecho constitucional para la Comunidad internacional*» (pp. 15-91) examina la relación entre constitución y Estado para concluir que el derecho constitucional no tiene por qué tener como objetivo necesariamente la constitución de un Estado porque el constitucionalismo tiene por objeto la sociedad, por ello sería posible la existencia de un derecho constitucional para la comunidad internacional. A partir de las ideas de autores constitucionalistas alemanes, examina la relación entre la constitución y el Estado. Para algunos de ellos, como D. Grimm¹⁴, existe un vínculo indisoluble entre constitución y Estado que no puede ser reconstruido en el ámbito internacional o transnacional porque no se dan las condiciones previas del constitucionalismo: la distinción entre lo público y lo privado y la diferenciación entre lo interno y lo externo¹⁵. Para otros au-

¹³ PETERS, A.; AZNAR, M.J.; GUTIÉRREZ, I. (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 13-14.

¹⁴ GRIMM, D., *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. R. Sanz y J.L. Muñoz, Trotta, Madrid, 2006; también en «The Constitution in the Process of Denationalization», *Constellations*, vol. 12 (2005), pp. 447-463.

¹⁵ GUTIÉRREZ, I., «De la *constitución del Estado* al *Derecho constitucional para la Comunidad internacional*», *op. cit.*, 2010, pp. 19-27.

tores, la internacionalización y la europeización de los Estados ha supuesto una transformación de los Estados comparable a la que significó su constitucionalización y ha dado lugar a «una estatalidad abierta». Esta estatalidad abierta habría cambiado las funciones tradicionales del Estado. Por ello, sería necesario elaborar una nueva noción de constitución que pueda dar respuesta a las nuevas necesidades en un contexto diferente, ya sea en Europa o bien en el conjunto de la comunidad internacional. I. Gutiérrez sostiene que aunque «resulte difícil identificar una *constitución* europea, ello no necesariamente impedirá, sin embargo, hablar de un *Derecho constitucional europeo*, progresivamente consolidado como disciplina autónoma» que se apoya «antes en una teoría de los principios del Derecho europeo que en una consideración puramente formal de la primacía» (p. 67). Este mismo proceso se puede observar, según este autor, en el caso de la comunidad internacional y de la constitucionalización del Derecho internacional. Esto no implica que se pueda hablar de la existencia de una constitución internacional en sentido tradicional, sino tan sólo de «procesos de constitucionalización que se apoyan en una concreta concepción del constitucionalismo». La conclusión, según I. Gutiérrez, sería que «el derecho constitucional de la comunidad internacional, que se postula como complemento del estatal, ahora sólo parcial e incluso fragmentario, ofrece por su parte una imagen fragmentaria y parcial, que sigue precisando del complemento que ofrecen los elementos constitucionales preservados en los Estados» (p. 90). En todo caso, la conclusión más relevante que se deriva de la exposición del debate en la doctrina alemana sobre este tema es que es posible utilizar el constitucionalismo más allá del Estado porque no existe un vínculo inescindible que lo ligue exclusivamente a él. En suma, aun con todas las cautelas necesarias, es posible hablar de constitucionalismo internacional referido al ejercicio del poder público en la comunidad internacional.

B. *La comunidad internacional como punto de partida del constitucionalismo internacional*

El segundo capítulo de la obra es un trabajo ya clásico de Ch. Tomuschat, «La comunidad internacional», publicado originalmente en 1995 y traducido al español¹⁶. Se trata de un artículo que, en mi opinión, tiene más

¹⁶ TOMUSCHAT, Ch., «La comunidad internacional», trad. I. Gutiérrez, pp. 93-119.

importancia simbólica que sustantiva¹⁷. Publicado después del fin de la guerra fría, cuando se empiezan a comprobar las posibilidades reales que tenía el sistema institucional de las Naciones Unidas, en particular, el sistema de seguridad colectiva y en un momento en el que la invocación a la comunidad internacional era constante para justificar (y legitimar) un buen número de decisiones políticas y jurídicas. Tomuschat hace un repaso del origen de la noción y de los usos recientes en la práctica internacional. En él advierte que no se puede comparar la comunidad internacional con una entidad estatal pero que si determinadas tareas se realizan en el plano internacional, es posible plantearse en qué medida la comunidad internacional desempeña las tres funciones fundamentales de una comunidad pública: la función normativa, la ejecutiva y la de resolución de controversias. En el caso de la función normativa, Tomuschat identifica las limitaciones que tienen las fuentes tradicionales del Derecho internacional para crear normas universales para toda la comunidad internacional: el principio del consentimiento en el caso de los tratados internacionales, la inadecuación del derecho consuetudinario porque «no es un proceso de creación de normas conscientemente dirigido» (pp. 103-109). La función ejecutiva de la comunidad internacional está «débilmente configurada», escasamente institucionalizada para la defensa del interés común y con importantes problemas para el caso en el que los Estados particulares actúan como garantes del interés público (pp. 110-113). En todo caso, pese a todos los límites señalados, Ch. Tomuschat acertó con su pronóstico de que «en la redefinición del ordenamiento jurídico internacional tendrá cada vez más fuerza la perspectiva que parte de la idea de comunidad internacional». El debate sobre el constitucionalismo internacional tiene a la comunidad internacional como el punto de partida, como la base social en la cual se plantean los problemas básicos relativos al ejercicio e institucionalización del poder público, la protección de los derechos humanos, la autonomía y la unidad del Derecho internacional. Es difícilmente comprensible, en mi

¹⁷ El trabajo de verdadero impacto desde el punto de vista sustantivo porque ofrece los elementos fundamentales de una aproximación constitucionalista dentro de la *escuela de la comunidad internacional* es el curso que impartió en la Academia de Derecho Internacional del La Haya en 1993: «Obligations Arising for States without or against their Will», *R. des. C.*, vol. 241 (1993-V), pp. 194-374. El análisis fue desarrollado y completado hasta ofrecer un cuadro total del Derecho internacional en el curso general que impartió en dicha academia en el verano del año 1999: «International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law», *R. des. C.*, vol. 281 (1999), pp. 23-438.

opinión, un debate sobre el constitucionalismo internacional que no tenga como punto de partida la evolución, naturaleza, estructura y características de la comunidad internacional.

C. *El bien común como objetivo del constitucionalismo internacional*

El trabajo de B. Fassbender, «La protección de los derechos humanos como contenido material del bien común internacional»¹⁸, presenta algunas de las ideas que este autor ya había expuesto en otras publicaciones previas, en particular, respecto a la evolución del Derecho internacional y su constitucionalización y aporta la idea de que, dada esa evolución, la protección del bien común es también un objetivo del constitucionalismo internacional. La finalidad del mismo es averiguar cómo puede el actual ordenamiento jurídico internacional proteger el bien común internacional y propone para ello la noción de «normas orientadas al bien común».

1. Del Derecho internacional al servicio de la razón de Estado al Derecho constitucional de la comunidad internacional

Este autor constata cómo el Derecho internacional tradicional que estaba únicamente al servicio de los intereses de los Estados habría evolucionado tras las dos guerras mundiales hacia lo que W. Friedmann y W. Jenks llamaron un Derecho internacional de la cooperación. Éste incorpora «normas sustantivas en cuestiones vitales de interés común para el desarrollo de una comunidad internacional y para el bienestar individual de los ciudadanos de sus Estados miembros»¹⁹. La identificación de los valores que son de «interés común» de todos se encuentran en el preámbulo y en el art. 1 de la Carta de las Naciones Unidas, entre otros tratados e instrumentos jurídicos. Esta evolución se ve reforzada en los autores de la denominada escuela de la comunidad internacional (H. Mosler, Ch. Tomuschat, B. Simma, entre otros), que concibe la comunidad internacional como defensora de los valores fundamentales que

¹⁸ FASSBENDER, B., «La protección de los derechos humanos como contenido material del bien común internacional», pp. 121-172, publicado originalmente en alemán en la revista *EuGRZ* (2003), pp. 1 y ss. y traducido al español por I. Gutiérrez.

¹⁹ FRIEDMANN, W., *The Changing Structure of International Law*, London, 1964, pp. 60-71; y JENKS, C.W., *The Common Law of Mankind*, London, 1958, p. 17.

constituyen el bien común y que son imprescindibles para la supervivencia de la humanidad. «La comunidad internacional se entiende así, afirma B. Fassbender, no simplemente como suma de intereses individuales de los Estados particulares, sino como entidad con su propia personalidad jurídica y su propia finalidad, puesto que también se puede enfrentar al Estado concreto que se oponga». El próximo paso, propone este autor, consiste en la constitucionalización del Derecho internacional, en la creación de un *Derecho constitucional internacional* con normas de un rango jerárquicamente superior y una particular firmeza independientes de la voluntad de los Estados particulares²⁰. Esta evolución del Derecho internacional se apoya en nuevas categorías de normas y obligaciones internacionales que por su contenido tienen como finalidad la protección del bien común: las normas de *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes*, los crímenes del Estado y las normas del Derecho penal internacional.

2. Las normas orientadas al bien común de la comunidad internacional (*common interest norms*)

Los distintos tipos de normas y obligaciones señalados están abiertos a diferentes contenidos y su identificación y reconocimiento como tales corresponde a la comunidad internacional. Si hay un común denominador a todas ellas es que su objetivo directo o indirecto es la protección de la persona individual frente a la guerra, a las agresiones a su vida, salud, libertad, dignidad, etc.²¹. B. Fassbender propone la expresión *normas orientadas al bien común* (cuyo equivalente en inglés sería *common interest norms*) para hacer referencia a los diferentes conjuntos de normas apuntadas anteriormente. Se trata de una expresión nueva, similar a la de *normas de interés público* introducida por Jost Delbrück. Este autor las describió como normas «llamadas a proteger el *interés público* de la comunidad internacional y que, por tanto, son vinculantes para todos los Estados, pues tales normas son necesarias –no en un sentido empírico sino normativo– ya que se basan en un juicio de valor compartido universalmente»²². Fassbender prefiere la expresión ‘normas orientadas al bien común’ porque «no se apoya en la dicotomía entre ‘privado’ y ‘público’,

²⁰ FASSBENDER, B., *op. cit.*, 2010, p. 134.

²¹ *Ibid.*, pp. 152-162.

²² DELBRÜCK, J. (ed.), *New Trends in Lawmaking: International ‘Legislation’ in the Public Interest*, Dunker and Humblot, Berlin, 1997, p. 18.

problemática en el ámbito del Derecho internacional»²³. Este tipo de normas «se limitan a unos pocos elementos esenciales» que protegen valores irrenunciables (la paz, derechos humanos básicos y el medio ambiente). Estas normas necesitan concreción y ponderación pero existen importantes limitaciones institucionales y procedimentales para su identificación y aplicación. La lentitud y las dificultades para extraer consecuencias prácticas de la existencia de una constitución de la comunidad internacional llevan a este autor a proponer un nuevo impulso constitucional similar al de 1945 que, en su opinión, sólo puede venir de los pueblos y no de los Estados²⁴.

En suma, el capítulo de B. Fassbender ofrece un conjunto de propuestas generales básicas en el tema: la constitucionalización del Derecho internacional, el reconocimiento de una constitución en la comunidad internacional en la que existirían ‘normas orientadas al bien común’. Esta expresión, en mi opinión, es equivalente a las expresiones ‘interés general’, ‘interés público internacional’ y ‘normas de interés público’. Más allá de la preferencia por una denominación u otra, plantean más reticencias la defensa de la comunidad internacional como una entidad «con personalidad jurídica propia» y la equiparación de las ‘normas orientadas al bien común’ con las normas constitucionales, porque formarían parte de la constitución de la comunidad internacional. En mi opinión, la noción de normas de interés público es más amplia que la de normas constitucionales, ya que tan sólo aquellas normas de interés público que regulan y protegen intereses y valores *esenciales* de la comunidad internacional formarían parte de la constitución material.

D. *La constitucionalización del Derecho internacional como compensación de la des-constitucionalización en el ámbito nacional*

El capítulo de A. Peters, «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras constitucionales»²⁵, incluye el análisis de algunos de los principales elementos y preocupaciones del consti-

²³ FASSBENDER, B., *op. cit.*, 2010, p. 162.

²⁴ *Ibid.*, pp. 165-172.

²⁵ PETERS, A., «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras constitucionales», pp. 207-261, publicado originalmente en inglés en el *Leiden Journal of International Law*, vol. 19 (2006), pp. 579-610 y traducido al español por M.J. Aznar y A.L. Videla.

tucionalismo internacional. Su tesis es que, como consecuencia de la globalización, la gobernanza, entendida como el proceso de regulación y protección del interés público, es ejercida en muchos ámbitos y aspectos por instituciones públicas y privadas que están más allá de los confines constitucionales del Estado. Dado que las constituciones estatales ya no pueden regular todo el conjunto de materias a las que alcanza dicha gobernanza porque esta se ha hecho global, propone «buscar *una constitucionalización compensatoria en el plano internacional*»²⁶. Aunque el artículo contiene un buen número de temas, algunos de los cuales ya habían sido examinados por la autora en otros trabajos previos, su revisión crítica podría sistematizarse alrededor de tres nociones clase: la de constitucionalización, la de constitucionalismo internacional y la de constitución.

1. La constitucionalización como un proceso que coexiste en la comunidad internacional con otros de signos contrario

La constitucionalización sería, según A. Peters, el proceso que da lugar a «la emergencia del derecho constitucional de un determinado orden jurídico». Así, en el caso de la comunidad internacional, la *constitucionalización global (o internacional)* «sería el proceso de emergencia, creación e identificación de elementos constitucionales en el orden jurídico internacional»²⁷. Este proceso se puede explicar por un conjunto de fenómenos que ya se están produciendo en la comunidad internacional. El primero es la aparición de nuevas bases de legitimación del sistema jurídico internacional diferentes de las tradicionales (soberanía y ejercicio efectivo del poder) como son la dignidad humana, los derechos humanos, la seguridad humana, el interés global común. El segundo es la erosión del consentimiento en los procedimientos de creación de normas internacionales clásicas, ya sean la costumbre (debilitamiento de la regla del objetor persistente), de los tratados internacionales (casi universalidad de los tratados normativos generales que establecen obligaciones colectivas para la protección de intereses generales) o de las resoluciones de las organizaciones internacionales (resoluciones ‘legislativas’ del Consejo de Seguridad). El tercer fenómeno sería la creación de ‘normas de interés público’ para la pro-

²⁶ PETERS, A., *op. cit.*, 2010, pp. 208-210.

²⁷ *Ibid.*, p. 212.

tección de los intereses comunitarios globales. El cuarto es la decadencia del principio de efectividad en relación a la estatalidad y al reconocimiento de nuevos Estados y la aparición de estándares de legitimidad como el respeto de los derechos humanos y la democracia. El quinto es la progresiva interrelación y complementariedad entre el derecho internacional (constitucional) y el derecho (constitucional) nacional. Y el sexto fenómeno consiste en el crecimiento de la participación de los actores no estatales en la elaboración y aplicación de las normas que erosiona la separación entre lo público y lo privado en el ámbito internacional pero que contribuye a la constitucionalización de la comunidad internacional²⁸.

Pero, a la vez, este proceso de constitucionalización, destaca A. Peters, coexiste en la comunidad internacional con otras tendencias antagónicas como la fragmentación social que se manifiesta en la creación de regímenes sectoriales y supone un riesgo de fragmentación del Derecho internacional público; el debilitamiento del Derecho internacional por medio del frecuente recurso al *soft law*; y la hegemonía de los Estados Unidos ejercida por diferentes medios en el límite (unas veces interior y otras exterior) de la legalidad internacional²⁹.

2. El constitucionalismo internacional como una corriente de pensamiento y una agenda política

El constitucionalismo internacional sería, según A. Peters, una corriente «de pensamiento (una visión o una perspectiva) y una agenda política que pretende la aplicación de principios constitucionales como el estado de derecho, controles y equilibrios (*checks and balances*), la protección de los derechos humanos y la democracia en el ámbito jurídico internacional para mejorar la efectividad y la equidad del ordenamiento jurídico internacional»³⁰. La lec-

²⁸ *Ibid.*, pp. 218-232.

²⁹ *Ibid.*, pp. 246-252. La identificación de la tendencia imperial como un fenómeno contrario a la constitucionalización de la comunidad internacional se debe contextualizar en el momento en el que el artículo fue elaborado (años 2005-2006) en los que la Administración Bush puso en práctica el denominado ‘proyecto imperial’. Cfr. Sobre sus características y posterior fracaso GARCÍA, C.; RODRIGO, A. (eds.), *El imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak*, Tecnos, Madrid, 2004; y *Los límites del proyecto imperial. Estados Unidos y el orden internacional en el siglo XXI*, La Catarata, Madrid, 2008. Sobre el fracaso del Derecho internacional hegemónico RODRIGO, A., «El Derecho internacional hegemónico y sus límites», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII (2007), pp. 147-207.

³⁰ PETERS, A., *op. cit.*, 2010, pp. 214-215.

tura constitucional del Derecho internacional actual sería, según esta autora, «una invención académica, un ejercicio de hermenéutica que pone el énfasis en ciertos aspectos del Derecho internacional». El resultado no sería la distorsión de las normas, sino la reconstrucción de «algunas partes del Derecho internacional como Derecho internacional constitucional» como consecuencia de un ejercicio legítimo de interpretación inducido de los progresos producidos en el sistema jurídico internacional contemporáneo³¹. Este ejercicio de reconstrucción constitucional del Derecho internacional por medio de «las gafas del constitucionalismo» proporciona ventajas e inconvenientes jurídicos y políticos, ya que como defiende esta autora, es a la vez una corriente de pensamiento y una agenda política. Algunas de las ventajas jurídicas del constitucionalismo internacional es que sirve para una interpretación no restringida de las normas internacionales (por ejemplo, explica la prohibición de reservas a los tratados de derechos humanos); ayuda al incremento de tribunales internacionales y al desempeño por éstos de funciones constitucionales; y puede ayudar a luchar contra los defectos de las instituciones internacionales en la implementación del buen gobierno. Pero, a la vez, este proyecto político ha suscitado importantes objeciones no solo jurídicas sino, sobre todo, políticas. Esta autora recoge las siguientes: el Derecho internacional carece de una ‘dimensión simbólico-estética’ porque no existe una comunidad política; que crea fraudulentamente la ilusión de una legitimidad de gobierno mundial; que no se trata de nada más que de una «constitucionalización más o menos simbólica»; que es demasiado apolítico; que es un paliativo para «esconder la estructura elitista y aristocrática de la sociedad internacional y para prevenir cambios sociales revolucionarios»; y que es demasiado genérico e indeterminado³².

3. La constitución internacional como una red constitucional transnacional

La tercera noción que sirve para explicar el contenido de este trabajo es la de constitución, que en el ámbito internacional parece tener algunas características diferenciales respecto a las existentes en el ámbito estatal. A.

³¹ *Ibid.*, pp. 252-253.

³² *Ibid.*, pp. 253-260.

Peters identifica de forma sumaria los elementos formales y las funciones y contenidos de las constituciones estatales y procede a examinar si se dan en el caso de una hipotética constitución internacional. Para esta autora, la CNU no puede ser la constitución formal de la comunidad internacional porque «no codifica suficientemente lo que es fundamental para el funcionamiento de un orden jurídico internacional»; la primacía derivada del art. 103 de la CNU alcanza sólo a una parte del Derecho internacional constitucional y no a todo respecto del Derecho internacional ordinario; y el desarrollo constitucional mediante el ejercicio de un poder constituyente, más allá de 1945, se produce de una manera gradual. En conclusión, afirma que «parece difícil hablar de una constitución internacional en sentido formal porque se carece de una carta constitucional, no puede ser distinguido ningún acto formal de generación constitucional, y la jerarquía normativa es aún rudimentaria»³³.

Anne Peters afirma que algunas reglas y principios internacionales desempeñan algunas funciones constitucionales: la función constitutiva, la organizativa, la limitadora y la de integración. El problema, advierte, está en cómo distinguir las normas que tienen carácter constitucional de aquellas otras normas de Derecho internacional de carácter ordinario. El criterio que ella propone es el del «contenido de las normas en cuestión. Sólo aquellas normas que tienen ‘algo fundamental’ podrían apropiadamente ser calificadas como normas constitucionales». Aunque reconoce que esta distinción es «inevitablemente confusa y discutible»³⁴. Asimismo, examina si es posible identificar una constitución internacional basada en algunos valores básicos como la democracia, los derechos humanos y el estado de derecho. La conclusión, según esta autora, es que «el ordenamiento jurídico internacional no posee una constitución completa en el sentido más profundo y legítimo o que su constitución sufre algunas faltas de legitimidad»³⁵.

Esta autora defiende que existe una *red constitucional transnacional* formada por elementos fragmentarios de derecho internacional constitucional y de derecho constitucional nacional aplicables a sectores específicos (derechos humanos o comercio), situados tanto horizontal como verticalmente que se

³³ *Ibid.*, pp. 239-241.

³⁴ *Ibid.*, p. 242.

³⁵ *Ibid.*, pp. 243-245.

complementan y sostienen unos a otros. La solución de los conflictos entre normas que pertenecen a esta red constitucional transnacional exige un equilibrio de intereses en cada caso concreto³⁶.

4. Las respuestas del constitucionalismo internacional y los límites de la constitución internacional

El trabajo de A. Peters es uno de los artículos de referencia sobre la materia y, más aún, teniendo en cuenta que fue publicado originalmente en el año 2006. En él se identifican los conceptos, los problemas y las posibilidades de la aplicación del constitucionalismo al ámbito internacional. Comparto con dicha autora el sentido de las respuestas que el constitucionalismo internacional ofrece como proyecto político y tengo algunas reservas respecto a algunas cuestiones relativas a su propuesta de una red constitucional transnacional.

En el primer aspecto, creo que es necesario que el constitucionalismo internacional, en cuanto agenda política, concrete sus expectativas y responda a críticas como su carácter apolítico, abstracto y que pretende la creación de un Estado mundial. Como señala con acierto la autora, el constitucionalismo internacional es, además de una determinada visión, una agenda política que tiene un gran potencial crítico y transformador ya que exige la participación de los miembros de la comunidad internacional, la democracia y el reforzamiento de la legitimidad de las normas e instituciones internacionales. Además, los estudios basados en el constitucionalismo internacional están bajando desde el nivel general al estudio de caso sobre regímenes internacionales concretos y se ha hecho más específico y más plural. Y, por último, el objetivo del constitucionalismo, afirma esta autora, no es la creación de un Estado mundial ni crear un gobierno mundial y centralizado³⁷.

El segundo aspecto, los límites de la noción de constitución y su propuesta de una red constitucional transnacional suscitan más reservas. A. Peters defiende, como se ha apuntado, que la constitución internacional tendría un alcance limitado a la protección de los valores básicos y que debería ser complementada por una red constitucional transnacional formada por ele-

³⁶ *Ibid.*, pp. 245-246.

³⁷ *Ibid.*, pp. 256-261.

mentos fragmentarios de Derecho internacional y de derecho constitucional nacional aplicables a sectores específicos. En mi opinión, sin embargo, es posible defender la existencia de una constitución internacional que no tendría carácter formal, como bien señala esta autora, sino que estaría basada en un criterio de identificación de las normas constitucionales distinto y que tendría un alcance reducido. A. Peters sostiene que la distinción entre normas internacionales constitucionales y normas ordinarias no puede estar basada en características formales sino en «la sustancia (el contenido) de las normas en cuestión» (p. 242). Creo que es necesario precisar el criterio de distinción ya que, en mi opinión, el carácter constitucional de algunas normas jurídicas puede depender no sólo de su contenido (la protección de intereses y valores esenciales de la comunidad internacional, como es el caso de las normas de *ius cogens*) sino también de sus funciones: del desempeño de funciones fundamentales para la estructura y gobierno del sistema internacional y por su importancia sistémica para el ordenamiento jurídico internacional. Además, creo que conviene precisar el alcance de la constitución internacional, en particular, mediante la distinción entre dos tipos de normas: las normas constitucionales y las normas de interés público. Es verdad que «el surgimiento de normas de interés público parece ser un elemento fundamental de la constitucionalización internacional», pero creo que no se puede equiparar ambas categorías de normas como hace esta autora (p. 245). En mi opinión, la noción de normas de interés público es más amplia y se encuentran en los regímenes internacionales generales de protección de intereses generales (paz, derechos humanos, derecho internacional humanitario, medio ambiente, comercio, etc.)³⁸. Tan sólo aquellas normas de interés público que regulan los aspectos esenciales tendrían carácter constitucional pero no las reglas concretas y detalladas que regulan aspectos complementarios. Comparto con esta autora, sin embargo, la advertencia de que la distinción entre normas constitucionales y ordinarias es «inevitablemente confusa y discutible» (p. 242), pero el constitucionalismo internacional exige ampliar la participación, la deliberación racional y la legitimidad. La identificación del carácter constitucional de las normas internacionales es una cuestión abierta

³⁸ Sobre la noción de *regímenes internacionales generales* de protección de intereses generales de la comunidad internacional puede verse CASANOVAS, O.; RODRIGO, A.J., *Compendio de Derecho internacional público*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, párs. 38-40.

a la participación de todos los miembros de la comunidad internacional y en la que tienen una especial responsabilidad como «medio auxiliar» la doctrina científica y los tribunales internacionales.

E. *La unidad sistémica del Derecho internacional público en un contexto de sectorialización del mismo*

El último capítulo de la obra introduce uno de los temas clave del constitucionalismo internacional, el de la unidad del Derecho internacional público en un contexto de especialización funcional reforzado por la globalización. El trabajo de M.J. Aznar, «En torno a la unidad sistémica del Derecho internacional»³⁹, parte de la distinción entre *orden* jurídico y *sistema* jurídico y de las nociones de ‘unidad sustantiva’ y de ‘unidad formal’ propuestas por P.M. Dupuy⁴⁰, y tiene por objeto el análisis de la unidad del *sistema* jurídico internacional entendida como la «unidad y coherencia entre las *normas secundarias* de nuestro ordenamiento»⁴¹. Este trabajo puede entenderse como una parte del proyecto del autor de analizar la unidad del Derecho internacional, que debería ser leído de forma conjunta con su capítulo sobre «La constitucionalización del Derecho internacional», publicado con posterioridad, que pretende «reparar la fragmentación del *orden* jurídico internacional fortaleciendo su ‘unidad material’ o ‘sustancial’» por medio de las normas primarias esenciales o básicas de dicho ordenamiento jurídico⁴².

El punto de partida del desafío a la unidad del *sistema* jurídico sería que la diferenciación funcional intensificada por la globalización habría dado lugar a la sectorialización del Derecho internacional. Este fenómeno originó durante la década pasada un intenso y bien conocido debate sobre los riesgos de fragmentación del Derecho internacional⁴³, cuyas manifestaciones más claras son

³⁹ AZNAR, M.J., «En torno a la unidad sistémica del Derecho internacional», pp. 263-311. Este artículo había sido publicado ya originalmente en la *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIX, n° 2 (2007), pp. 563-594.

⁴⁰ DUPUY, P.M., «L’Unité de l’ordre juridique international. Cours général de droit international public (2000)», *R. des C.*, vol. 297 (2002), pp. 9-490, en particular, p. 39.

⁴¹ AZNAR, M.J., *op. cit.*, 2010, pp. 264-265.

⁴² AZNAR, M.J., «La ‘constitucionalización’ del Derecho internacional», en RODRIGO, A.J.; GARCÍA, C. (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la comunidad internacional*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 446-458, en particular, p. 447.

⁴³ Algunos de los trabajos de referencia son el Informe del Grupo de Estudio de la CDI, *Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho*

la divergencia de pronunciamientos entre diversos tribunales internacionales y el incremento de regímenes normativos particulares. M. Aznar sostiene que «la diferenciación sociológica de un régimen no impide su compatibilidad con el Derecho internacional general» y que «el resultado normativo de la posible fragmentación funcional implica una relativa sectorialización del Derecho internacional actual sin llegar a la afirmación, acaso demasiado apresurada, de la existencia de regímenes autosuficientes (*self-contained regimes*)»⁴⁴. Las posibles soluciones frente a este fenómeno de sectorialización serían, según este autor que sigue propuesta de la CDI, la unidad interpretativa basada en las reglas contenidas en la CVDT de 1969 (arts. 31 a 33); la unidad en la norma de conflicto y el principio de armonización que pretende la interpretación de varias normas sobre la misma cuestión, en la medida de lo posible, de forma compatible entre las diversas obligaciones derivadas de ellas⁴⁵.

M. Aznar defiende la unidad *sistémica* del Derecho internacional público por medio de tres argumentos: la porosidad del sistema, la ausencia de ‘regímenes autosuficientes’ y la necesidad de unidad sistémica⁴⁶. La porosidad del sistema está facilitada tanto por las propias normas internacionales que establecen, unas veces de forma expresa y otras tácita, ‘pasarelas’, vasos comunicantes y referencias entre ellas que facilitan la integración normativa y la unidad sistémica⁴⁷. El segundo argumento se basa en la ausencia de ‘regímenes autosuficientes’ porque siempre es posible recurrir al régimen general tanto en el caso de las normas primarias como en el de las secundarias. Y, en tercer

internacional, elaborado por M. Koskenniemi (doc. UN/ACN.4/L.682, de 13 de abril de 2006) y el Curso General de la Academia de La Haya de P.M. Dupuy impartido en el año 200 anteriormente citado.

En la doctrina española destacan los trabajos de CASANOVAS, O., «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», *CEBDI*, vol. 2 (1998), pp. 35-267; una versión revisada del curso publicada en inglés puede verse en *Unity and Pluralism in Public International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2001; REMIRO, A., «Desvertebración del Derecho internacional en la sociedad globalizada», *CEBDI*, vol. 5 (2001), pp. 45 y ss.; RIQUELME, R., *Derecho internacional: entre un orden global y fragmentado*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005; HUESA, R.; WELLENS, K., *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruyillant, Bruxelles, 2006; y RODRIGO, A.J.; GARCÍA, C. (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público en la comunidad internacional*, Tecnos, Madrid, 2011.

⁴⁴ AZNAR, M.J., *op. cit.*, 2010, pp. 281-284.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 285-298.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 298-310.

⁴⁷ Cfr. RODRIGO, A.J., «La integración normativa y la unidad del Derecho internacional público», en RODRIGO, A.J.; GARCÍA, C. (eds.), *op. cit.*, 2011, pp. 321-355.

lugar, la unidad sistémica es necesaria para ofrecer un «mínimo de seguridad jurídica y para hacer frente a la desregulación de ciertos sectores del ordenamiento jurídico».

En suma, el trabajo de M. Aznar es un trabajo imprescindible en la doctrina española para la defensa de la unidad formal del Derecho internacional público ya que contiene algunos de los mejores argumentos para ello. Quizá se podría añadir un motivo complementario para explicar dicha unidad formal, la existencia en el sistema jurídico internacional de una regla de reconocimiento. Ésta se puede entender como una convención que tiene una dimensión constitutiva a partir de la cual se pueden establecer criterios técnicos para la identificación de forma autónoma del derecho de la comunidad internacional. La regla de reconocimiento permite identificar las normas del sistema jurídico internacional respecto de las normas de otros órdenes normativos y de otros sistemas jurídicos y, proporciona, en último término, unidad al sistema jurídico internacional⁴⁸.

II. SIGNIFICADO Y SISTEMATIZACIÓN PARCIAL DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La obra de la que son coautores J. Klabbers, A. Peters y G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, constituye una de las propuestas más sólidas que se han ofrecido en la doctrina sobre la materia. Mediante lo que se podría denominar como ‘una interpretación progresiva’ del actual ordenamiento jurídico internacional, su objetivo es demostrar que la constitucionalización del Derecho internacional está teniendo lugar ya, que no existe únicamente en las ideas y escritos de los juristas académicos, y sistematizar su principales características y elementos integrantes en su contexto normativo, social y jurídico (pp. 4-5). Se trata de una obra en la que se puede apreciar cierta heterogeneidad porque cada coautor ha escrito sus capítulos y éstos reflejan sus diferentes estilos y modulaciones en la concepción del enfoque constitucionalista. Entre el enfoque más cercano al derecho positivo de G. Ulfstein y el utilizado por A. Peters para el examen de la membrecía en la comunidad

⁴⁸ RODRIGO, A.J., «La vuelta a la teoría por medio del diálogo científico», en RODRIGO, A.J.; GARCÍA, C. (eds.), *op. cit.*, 2011, pp. 15-40, en particular, pp. 29-32.

constitucional global y para la elaboración de la agenda política del constitucionalismo internacional mediante un enfoque que combina lo normativo y la filosofía política, J. Klabbers representa el punto medio, el *constitutionalism lite*. La obra tiene siete capítulos que examinan el contexto general, las instituciones internacionales y sus competencias, la creación de normas, los órganos judiciales, un largo capítulo sobre los miembros de la comunidad constitucional global, el principio democrático como principio del orden constitucional global y unas conclusiones generales.

El contenido de esta obra se puede analizar alrededor de cuatro grandes cuestiones: el significado de la constitucionalización del Derecho internacional, el positivismo presuntivo como propuesta para explicar las normas jurídicas de alcance universal, la membrecía de la comunidad constitucional global y el principio democrático en el orden constitucional global.

A. *Significado de la constitucionalización del Derecho internacional*

La constitucionalización del Derecho internacional, según las ideas básicas expuestas por J. Klabbers en el capítulo introductorio, sería una respuesta, la respuesta constitucionalista, a la fragmentación, la pluralización, la verticalización y, en ocasiones, a la privatización que se ha producido tanto en las sociedades internas como en la comunidad internacional. Sería una respuesta cualitativamente diferente a una simple juridificación (*legalization*) que ha de ser necesariamente pluralista y, además, ha de tener legitimidad.

1. La respuesta constitucionalista a la globalización actual

El proceso actual de globalización ha incrementado, por un lado, la tendencia a la fragmentación del Derecho internacional por medio de los regímenes especiales; por otro lado, existiría una diversificación jurídica en las fuentes e instituciones, en los sujetos que tienen autoridad político-jurídica para establecer estándares autorizados y en las normativas aplicables a unas mismas relaciones sociales; además, se habría iniciado una tendencia a la verticalización entre regímenes y subsistemas; y, por último, en algunos ámbitos como el del uso de la fuerza, las inversiones y las finanzas, la globalización habría provocado la privatización parcial de los mismos, lo que supone tanto una limitación del poder y del interés público como un incremento del papel de la

compañías privadas⁴⁹. Uno de los objetivos de la obra es articular la respuesta constitucionalista a tales rasgos. J. Klabbers arguye que la constitucionalización del Derecho internacional responde a la fragmentación prometiendo la unidad del orden global y no sólo una ‘gestión técnico-jurídica’, como hizo la CDI en sus trabajos sobre la *Fragmentación del Derecho internacional*⁵⁰. La constitucionalización responde a la pluralización ofreciendo centralización y un orden constitucional global con un centro de autoridad. En el caso de la verticalización, el constitucionalismo promete unidad y orden entre normas que luchan por la preeminencia en el marco de un proceso intensamente político. Y, por último, como respuesta a la privatización, delimita una esfera pública protegida y ayuda a las instituciones públicas que sirven al mercado global⁵¹.

En síntesis, la respuesta constitucionalista es cualitativamente diferente a la simple juridificación (*legalization*) de las relaciones internacionales. Un orden constitucional no es cualquier tipo de orden ya que exige crear autoridades públicas, limitar el poder de tales autoridades, establecer procedimientos propios para las instituciones de gobernanza y una constitución que identifique de alguna forma lo que ha constituido: la comunidad política y quiénes son sus miembros y quiénes no lo son y los motivos que lo explican. El constitucionalismo significa, según J. Klabbers, «no tanto un proceso social o político sino sobre todo una actitud, un marco de pensamiento. El constitucionalismo es la filosofía de aspirar hacia alguna forma de legitimidad política, tipificada como constitución (...) El constitucionalismo es un proceso inspirado por el pensamiento constitucionalista»⁵².

2. Un constitucionalismo pluralista

Uno de los principales desafíos del constitucionalismo internacional es la exigencia de acomodar y dar respuesta a la pluralidad de concepciones morales y políticas que existen en la comunidad internacional y de posibles respuestas

⁴⁹ KLABBERS, J., «Setting the Scene», en KLABBERS, J.; PETERS, A.; ULFSTEIN, G., *op. cit.*, 2009a, pp. 11-15.

⁵⁰ *Vid.* en este sentido el Informe elaborado por el presidente del Grupo de Estudio de la CDI, M. Koskenniemi, sobre *Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, doc. A/CN.4/L. 682, de 13 de abril de 2006.

Cfr. la crítica a este enfoque de P. Martín Rodríguez, «Sistema, fragmentación y contencioso internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LX, n° 2 (2008), pp. 457-489.

⁵¹ KLABBERS, J., *op. cit.*, 2009a, pp. 15-19.

⁵² *Ibid.*, pp. 9-10.

jurídicas. Por ello, J. Klabbers defiende la exigencia inexorable de un constitucionalismo pluralista que, dadas las características de la comunidad internacional, ha de ser necesariamente *lite*. «Basado más directamente en Arend que en Kant, e inspirado en algún grado de pensamiento republicano y de virtudes éticas», el objetivo clave del mismo no es disminuir el valor de los enfoques tradicionales del constitucionalismo, sino urgir a los que ocupan «posiciones de poder a comportarse de forma responsable» y a poner en práctica tales ideas de forma razonable en el contexto en el que operan⁵³. El orden constitucional global, por tanto, debería ser un orden global pluralista en cuatro sentidos: debe existir pluralismo político (no puede estar basado en un solo tipo de valores); pluralismo en relación con los actores participantes; pluralismo como heterarquía; y pluralismo normativo porque Estados, individuos y otros actores están sujetos a diferentes sistemas normativos a la vez⁵⁴.

3. La legitimidad del orden global constitucional

La constitucionalización del Derecho internacional ha de ser también legítima. La legitimidad del orden global constitucional plantea dos cuestiones fundamentales: la relativa a las formas de conseguir la legitimidad de las reglas e instituciones internacionales y la de quién y cómo otorga la legitimidad. Tradicionalmente, las modalidades para alcanzar una mayor legitimidad de normas e instituciones eran la legitimidad procedimental y la sustantiva. Ahora bien, su aplicación en el caso de las instituciones internacionales y del ejercicio de sus competencias tiene algunas particularidades. G. Ulfstein destaca la necesidad de reforzar la constitucionalización de las organizaciones internacionales y de compensar el déficit democrático de las decisiones de las organizaciones internacionales y propone la aplicación de la mayoría de las garantías constitucionales internas (separación de poderes, salvaguardias procedimentales, control judicial y respeto a la *rule of law*) en el plano internacional. Además, defiende que estas mismas garantías son extensibles a las *soft organizations* y a los órganos de gestión de tratados internacionales⁵⁵.

⁵³ *Ibid.*, pp. 25-31; A. Peters, «Conclusions», en KLABBERS, J.; PETERS, A.; ULFSTEIN, G., *op. cit.*, 2009, p. 346.

⁵⁴ KLABBERS, J., *op. cit.*, 2009a, pp. 43-44.

⁵⁵ ULFSTEIN, G., «Institutions and Competences», en KLABBERS, J.; PETERS, A.; ULFSTEIN, G., *op. cit.*, 2009, pp. 45-80.

J. Klabbers concluye que la legitimidad la otorga el público en general que, en ocasiones, puede transferir o delegar los juicios sobre aceptabilidad del comportamiento a instituciones internacionales. Por tanto, éstas no sólo buscan legitimidad internacional sino que algunas de ellas también la otorgan como puede ser el caso de las comunidades epistémicas o de las comunidades interpretativas. El fundamento de la legitimidad puede ser diferente: el consenso de los miembros de la comunidad internacional en muchos casos, el conocimiento especializado, la eficacia o la deliberación racional. En muchas ocasiones, «lo decisivo no es sólo la eficacia, sino también la deliberación racional por los interesados» en el seno de las organizaciones internacionales⁵⁶.

B. *Una teoría de la obligación: el derecho presuntivo*

Una de las aportaciones más novedosas (y discutibles) de la obra es la de un criterio para distinguir las normas jurídicas internacionales de las normas que no forman parte del Derecho internacional. J. Klabbers afirma que el carácter constitucional de un ordenamiento jurídico y de algunas de sus normas es algo más que retórica, es un ‘premium’ respecto al derecho, el poder y también respecto a otros órdenes normativos. Dicho carácter constitucional no sólo tiene consecuencias sobre los destinatarios de las normas sino también respecto a la creación de las mismas. Por ello, en una comunidad internacional en la que se ha ampliado el círculo de los creadores de normas, de actos a través de los que se establecen obligaciones y en la que el consentimiento ya no puede explicar la obligatoriedad de todas las normas, es necesario que existan normas relativas a la creación del Derecho internacional y, en especial, algún o algunos criterios que permitan identificar qué normas pertenecen a dicho ordenamiento jurídico y ayudar a distinguir el derecho del no-derecho⁵⁷. Aunque, como han examinado algunos autores (A. Boyle, Ch. Chinkin, J. Brunée, S. Toope), la distinción entre derecho y no-derecho ha llegado a ser muy porosa, un enfoque constitucionalista del Derecho internacional exige algún

⁵⁶ KLABBERS, J., *op. cit.*, 2009a, pp. 37-43; y su «Two Concepts of International Organizations», *International Organizations Law Review*, n° 2 (2005), pp. 277-293 en el que se refiere a las organizaciones en las que la deliberación racional tiene una función fundamental como *organizaciones internacionales ágora*. Cfr. también GUTIÉRREZ-SOLANA, A., *La legitimidad social de las organizaciones internacionales*, tesis doctoral inédita, Universidad del País Vasco, 2010.

⁵⁷ KLABBERS, J., «Law-making and Constitutionalism», en KLABBERS, J.; PETERS, A.; ULFSTEIN, G., *op. cit.*, 2009b, pp. 81-125, en particular, pp. 84-85.

criterio o mecanismo para distinguir sus normas jurídicas de las que no lo son. Tradicionalmente, los criterios de validez de las normas del ordenamiento jurídico internacional han sido de carácter sustantivo (la validez dependería por tanto del contenido de las normas) o bien de carácter formal o procedimental (la autoridad y el procedimiento competente). Ambos criterios tienen sus riesgos y son de sobra conocidos.

J. Klabbers elabora una fórmula intermedia que permitiría que la validez de las normas no dependa sólo de que el derecho sea adoptado por la autoridad pública competente ni tampoco solamente del contenido. Se trata de una vía intermedia que combina positivismo y naturalismo en una teoría fina/delgada (*thin*) de la obligación internacional: el derecho presuntivo.

Su propuesta alternativa reformula la forma en la que el derecho es reconocido: es lo que llama el *derecho presuntivo*. En su opinión, «lo que importa es cómo son recibidas las normas por sus posibles destinatarios». Por ello, «se debe presumir que las declaraciones normativas dan origen a derecho a menos que y hasta que se pueda probar lo contrario»⁵⁸. Las presunciones sólo son verdaderas presunciones si pueden ser rebatidas. En el caso del orden constitucional internacional identifica cinco categorías de motivos que podrían permitir rebatir tales presunciones normativas: los contenidos (por ejemplo, un instrumento que deja mucha discrecionalidad a sus destinatarios), el contexto en el que se adoptan las declaraciones normativas, el origen de las mismas, el procedimiento utilizado y la materia de dichas declaraciones.

Se trata de una propuesta que, en mi opinión, no está exenta de problemas. Es bien cierto que la constitucionalización es un *plus* respecto al derecho ordinario y que un ordenamiento constitucional debe tener algunos criterios que no pueden ser exclusivamente formales o sustantivos, que son necesarios ambos tipos de criterios. Por ello, es necesario reivindicar un cierto regreso al formalismo jurídico en materia de creación de normas jurídicas internacionales⁵⁹. Sólo entre aquellas normas identificadas por medio de los diferentes criterios que existen en el Derecho internacional por los miembros de la comunidad

⁵⁸ *Ibid.*, p. 115 (traducción propia).

⁵⁹ D'ASPROMONT, J., *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rule*, Oxford University Press, Oxford, 2011; y su «The Politics of Deformalization in International Law», *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3, n° 2 (2011), pp. 503-550.

En un sentido más amplio, una reivindicación del la 'cultura del formalismo' puede verse en KOSKENNIEMI, M., «Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today's International Law», *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, vol. 4 (2007), pp. 7-28.

internacional y por las comunidades interpretativas competentes como normas jurídicas internacionales se planteará después su posible validez sustantiva o su carácter constitucional, que son dos cuestiones diferentes. En suma, los criterios formales de identificación de las normas son una condición necesaria pero ya no suficiente tanto para el reconocimiento de tales normas como pertenecientes al sistema jurídico internacional como de su posible condición de normas constitucionales. En este caso, sólo entre aquellas normas ya reconocidas como normas de Derecho internacional se puede plantear si reúnen motivos sustantivos o funcionales para considerarlas además como normas constitucionales.

C. *Los miembros de la comunidad constitucional global*

El capítulo de A. Peters, «Membership in the Global Constitutional Community» (110 pp.) es, en mi opinión, una de las aportaciones más relevantes de la doctrina iusinternacionalista sobre el constitucionalismo internacional. Por medio de un enfoque constitucionalista, esta autora reexamina la comunidad internacional como una comunidad constitucional y la posición y funciones que tendrían sus miembros. El resultado final es un panorama muy diferente al proporcionado por las aproximaciones tradicionales a la subjetividad internacional. Es, en mi opinión, uno de los mejores trabajos publicados con este enfoque metodológico. La aplicación coherente y en profundidad del paradigma constitucionalista a un ámbito esencial del ordenamiento jurídico internacional, el de los sujetos, permite explorar las posibilidades reales que puede tener dicho enfoque metodológico.

1. La comunidad internacional como una comunidad constitucional

A. Peters defiende una idea que es una realidad y un aspiración a la vez pero que puede constituir el punto de partida para cualquier trabajo sectorial: la comunidad internacional ha llegado a ser ya una comunidad constitucional. Una comunidad, afirma esta autora, es distinta de una simple aglomeración porque existe una mayor proximidad, sus componentes tienen objetivos comunes y está integrada. «Posee miembros y no está hecha sólo por actores aislados». Sugiere inclusividad, implica que las relaciones son más que bilaterales o plurilaterales. Además, la comunidad internacional es una comunidad *jurídica* porque está regida por el derecho y es *constitucional* porque evoca el principio de democracia. El paradigma constitucional aplicado a dicha comu-

nidad explica la existencia de normas *erga omnes*; permite superar la dicotomía entre sujetos originales y plenos de Derecho internacional y sujetos derivados y parciales; abandona la idea de que los Estados soberanos son la fuente material de normas internacionales de forma que la última fuente normativa del Derecho internacional es la humanidad y no la soberanía; explica la reapertura del círculo de miembros de la comunidad global; y da respuesta a las actividades de las ONG's y de las empresas transnacionales como una sociedad civil global emergente⁶⁰.

Aunque no elabora la noción de miembro de la comunidad internacional, A. Peters defiende la necesidad de mantener la distinción entre sujetos jurídicos y actores por varios razones: porque la creación del derecho es un proceso con un alto grado de formalismo que exige mantener la distinción entre participación formal e informal; por claridad y certidumbre jurídica; y porque la personalidad jurídica internacional tiene la función de lazo esencial entre el sistema jurídico internacional, la democracia y el individuo⁶¹.

2. El individuo como sujeto jurídico internacional primario

Las personas naturales serían, según la perspectiva constitucionalista de A. Peters, «las personas jurídicas internacionales primarias y los miembros primarios de la comunidad constitucional global» (p. 157). Esta concepción supone el punto de llegada de una evolución que había empezado en el periodo de entreguerras en autores como H. Kelsen, G. Scelle y J.L. Brierly pero, sobre todo, tras los juicios de Núremberg después de la II Guerra Mundial y que tuvo en H. Lauterpacht uno de los principales defensores⁶².

El presupuesto básico de esta concepción de la subjetividad internacional es que, a partir de una interpretación teleológica del art. 6 de la DUDH y del art. 16.2 del PIDCP de 1966, los seres individuales no sólo tienen derecho a

⁶⁰ PETERS, A., «Membership in the Global Constitutional Community», en KLABBERS, J.; PETERS, A.; ULFSTEIN, G., *op. cit.*, 2009a, pp. 153-262, en particular, en pp. 153-156; un análisis en mayor profundidad sobre el fundamento último de la soberanía puede verse en PETERS, A., «Humanity as the α and Ω of Sovereignty», *EJIL*, vol. 20, n° 3 (2009), pp. 513-544.

⁶¹ PETERS, A., *op. cit.*, 2009a, p. 156. Un análisis del desdibujamiento de los perfiles de la subjetividad internacional puede verse en IBÁÑEZ, J., «Actores, autoridades y sujetos: El pluralismo de la política mundial y su incidencia sobre el ordenamiento jurídico internacional», en RODRIGO, A.J.; GARCÍA, C. (eds.), 2011, pp. 107-128.

⁶² LAUTERPACHT, H., «The Grotian Tradition of International Law», *BYIL*, vol. XXIII (1946), pp. 1-53, en particular, p. 27.

la personalidad jurídica en el derecho interno sino que tendrían el derecho humano a tener personalidad jurídica internacional⁶³. Según esta autora, dicha subjetividad internacional implicaría el derecho a participar en los procesos de creación de normas internacionales y de activación de procedimientos judiciales o arbitrales; el derecho a la ejecución individual del Derecho internacional tanto en el plano internacional como en el plano interno; el derecho a que tanto Estados como otros actores privados respeten sus derechos humanos; la posibilidad de que los individuos puedan exigir la responsabilidad internacional en algunos casos (las víctimas de violaciones de Derecho internacional humanitario); la ‘humanización’ de la protección diplomática; y el incremento de obligaciones internacionales de los individuos⁶⁴.

En suma, A. Peters concluye, con otros autores, que la transformación en marcha del individuo de sujeto de Derecho internacional a ciudadano internacional forma parte de la evolución del ordenamiento jurídico internacional desde un sistema interestatal vatteliano hacia una democracia constitucional universal⁶⁵.

3. Los Estados como sujetos constituidos por el Derecho internacional

Esta autora reconoce que los Estados siguen siendo los sujetos jurídicos más poderosos de la comunidad internacional pero que ya no puede mantenerse una concepción restrictiva del Derecho internacional como un derecho exclusivamente interestatal. Una perspectiva constitucionalista concluye que todas las personas jurídicas internacionales, incluidos los Estados, estarían *constituidos* por el Derecho internacional. Los Estados, por tanto, ya no serían poderes constituyentes sino poderes constituidos, ya no serían sujetos primarios⁶⁶.

La lectura constitucionalista de la estatalidad supone que el principio de efectividad sigue siendo necesario pero ya no es suficiente. Necesita ser complementado y, en alguna extensión, ha sido sustituido por el principio de legalidad y por el de legitimidad internacional. La soberanía, por tanto, no puede ser entendida como algo que pueda existir al margen del derecho (C. Schmitt,

⁶³ PETERS, A., *op. cit.*, 2009a, pp. 158-159.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 159-177.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 178; también NIJMAN, J., *The Concept of International Legal Personality: An Inquiry into the History and Theory of International Law*, Asser Press, The Hague, 2004, p. 424.

⁶⁶ PETERS, A., *op. cit.*, 2009a, pp. 179-180.

G. Agamben), sino que sólo existe dentro de los confines del derecho. El ejercicio de la soberanía estatal en una comunidad constitucional global exige responsabilidad y, en caso de que no se ejerza, la comunidad internacional podría hacerlo. A. Peters concluye que «el proceso en marcha de ejercicio responsable de la soberanía es la piedra de toque de la actual transformación del Derecho internacional en un sistema constitucionalizado»⁶⁷.

La constitucionalización de la comunidad internacional habría transformado las funciones de los Estados, según esta autora. Aunque siguen proporcionando bienes públicos como paz, seguridad física, libertad, seguridad jurídica, crecimiento económico y bienestar social, la práctica demuestra que han perdido el monopolio para hacerlo. El constitucionalismo global puede estar transformando las funciones de los Estados, que tiene aún un importante papel legitimador que desempeñar tanto en el ámbito de la creación de las normas como en el de su aplicación. En primer lugar, sólo los Estados, bien directa o bien indirectamente a través de organizaciones internacionales, pueden crear Derecho internacional formal, mientras que los actores no estatales participan de una forma cualitativa y cuantitativamente diferente. En segundo lugar, los Estados asumen un creciente papel de intermediarios en la creación de normas respecto de ONG's y empresas transnacionales. Y, finalmente, los Estados a menudo desempeñan un papel de 'formalizadores' de la creación de normas internacionales de propuestas de actores no estatales. Asimismo, la constitucionalización está transformando las funciones de los Estados en lo relativo a la ejecución (*enforcement*) del Derecho internacional⁶⁸.

En suma, A. Peters concluye que «el estatuto constitucional internacional de los Estados es que no son fines en sí mismos, sino que simplemente son instrumentos para los derechos y las necesidades de los individuos»⁶⁹.

D. *El principio democrático en el orden constitucional global*

El constitucionalismo internacional tiene como uno de sus principales objetivos la regulación, institucionalización y limitación del ejercicio del poder público. En alguna medida, consiste en un especial tipo de relación entre la política

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 180-190.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 196-200.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 201 (traducción propia).

y el derecho en la que las preocupaciones sobre la legitimidad del poder y del derecho son muy importantes. La respuesta constitucionalista a las demandas de legitimidad pueden articularse alrededor de una serie de principios constitucionales como el principio de la democracia, la *rule of law*, el de debido proceso o el de protección de los derechos humanos y de las minorías. El capítulo de A. Peters, «Dual Democracy», examina sólo el principio democrático por sus dificultades para operar en el ámbito global y por la necesidad de rediseñar las nociones tradicionales de democracia y sus requisitos para su exportación al plano internacional⁷⁰. Las principales aportaciones de este trabajo son su reconceptualización de la democracia global como una democracia dual, la consideración de los Estados como mediadores democráticos y la democratización de la gobernanza internacional por medio del ejercicio de la ciudadanía transnacional.

1. Una democracia global dual

La tesis de esta autora es que el constitucionalismo global exige mecanismos democráticos duales. Es decir, un orden mundial democrático exige, en primer lugar, que los Estados que participan en él tengan democracia. El principio democrático, por tanto, debe ser promovido por el Derecho internacional como un principio constitucional global por su importancia sistémica. Y, en segundo lugar, es necesario también que el principio democrático opere entre y por encima de los Estados para la creación de normas primarias y secundarias y de instituciones internacionales. Para ello, los Estados deben seguir operando como mediadores democráticos de sus ciudadanos (vía estatalista), pero esto no es suficiente. Es necesaria además la acción democrática directa de los individuos en el plano supraestatal (vía individualista). El resultado es que la democracia dual sería el resultado de la participación de Estados y de ciudadanos⁷¹.

2. Los Estados como mediadores democráticos

La primera, la vía estatalista, para la democratización de la gobernanza internacional es por medio de Estados democráticos. Estos Estados actuarían en el plano internacional como mediadores democráticos de sus respectivos

⁷⁰ PETERS, A., «Dual Democracy», en KLABBERS, J.; PETERS, A.; ULFSTEIN, G., *op. cit.*, 2009b, pp. 263-341.

⁷¹ PETERS, A., *op. cit.*, 2009b, pp. 264-265.

ciudadanos. Por ello, como han defendido diferentes autores (Th. Franck, L-A. Sicilianos) y la práctica institucional de la ONU, estaría emergiendo un principio constitucional democrático que sería aplicable a cada Estado. Esta tesis tiene también no pocos detractores por la indeterminación normativa del principio, por su carácter neo-colonialista y por su difícil compatibilidad con principios básicos como los de soberanía, no intervención y libre determinación. A. Peters defiende el valor instrumental de la democracia dentro de los Estados para promover bienes globales como la democracia, la paz mundial, los derechos humanos y el desarrollo. No obstante, reconoce las limitaciones conceptuales y prácticas de esta vía estatalista y propugna complementarla con una vía individualista⁷².

3. La democratización de la gobernanza internacional por medio de la ciudadanía transnacional

La vía individualista consiste en favorecer la participación directa de los ciudadanos y de las organizaciones de la sociedad civil en la gobernanza internacional. Para ello, A. Peters elabora la noción de *ciudadanía transnacional*. Señala que las personas naturales desempeñan varias funciones políticas que habrían producido su multiplicación funcional como ciudadanos de su municipio, región y Estado y, eventualmente, como ciudadanos de la política global. La ciudadanía transnacional sería «el espíritu de ciudadanía» de los ciudadanos cuando desempeñan funciones políticas en el plano internacional. La ciudadanía transnacional «no es sólo una capa adicional, sino un actitud que modifica la ciudadanía anclada en la nacionalidad». Implica que «los individuos tienen una relación democrática no sólo con su Estado natal, sino también con organizaciones internacionales y podría decirse que también con otros Estados»⁷³.

A. Peters utiliza el individualismo metodológico (que considera que los colectivos políticos no son algo dado sino construido) y el pluralismo normativo (admite la posibilidad de opiniones contradictorias igualmente razonables sobre cuestiones políticas y morales) para examinar la globalización de la ciudadanía respecto a los individuos, a los actores de la sociedad civil y al diseño de institu-

⁷² *Ibid.*, pp. 271-296.

⁷³ *Ibid.*, pp. 297-300 (traducción propia).

ciones internacionales que permitan su participación democrática por medio de nuevas fórmulas como referéndums y consultas transnacionales, nuevas modalidades de representación, asambleas parlamentarias y más transparencia⁷⁴.

E. *Una sistematización parcial de la constitucionalización del Derecho internacional que necesita ser complementada*

La obra de J. Klabbers, A. Peters y G. Ulfstein constituye, aun con su heterogeneidad, uno de los esfuerzos intelectuales más importantes para explicitar, describir y sistematizar la constitucionalización del Derecho internacional. El capítulo introductorio de J. Klabbers y las conclusiones de A. Peters dan visibilidad a la respuesta constitucionalista, que está basada en una interpretación progresiva del ordenamiento jurídico internacional, y explicitan algunos de los componentes básicos de la misma. La constitucionalización no consiste en la simple juridificación de las relaciones internacionales, es un *plus* que exige más pero que, a la vez, también ofrece un mayor rendimiento explicativo; aporta unidad y verticalización en el sistema jurídico internacional; y, además, incorpora la exigencia inexorable de que el constitucionalismo internacional sea pluralista y legítimo.

Los autores de la obra aplican este enfoque constitucionalista a diversos ámbitos del Derecho internacional con resultados desiguales que ofrecen tan sólo una sistematización parcial de la constitucionalización. La propuesta del *derecho presuntivo* de J. Klabbers como vía intermedia entre el positivismo y el naturalismo, en mi opinión, no acaba de explicar cómo identificar el carácter constitucional de algunas normas del ordenamiento jurídico internacional. Mucho más sólido es, en cambio, el trabajo sobre la membrecía en la comunidad internacional. A pesar de que A. Peters no elabora la noción de miembro de la comunidad internacional como una categoría intermedia entre las de sujeto de Derecho internacional y de actor internacional, la aplicación del enfoque constitucionalista supone una transformación radical del fundamento y de los motivos para explicar la personalidad jurídica internacional. En mi opinión, la sistematización de la constitucionalización del Derecho internacional hubiera sido más completa si hubiera incluido trabajos similares sobre la creación de las normas y sus relaciones y sobre la responsabilidad internacional.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 302-333.

La subjetividad internacional, la creación y relación entre normas jurídicas internacionales y la responsabilidad internacional son las instituciones fundamentales que deberían integrar la dimensión jurídica del constitucionalismo internacional. Además, en el caso de la dimensión política de constitucionalismo, se limita al análisis, bien es verdad que brillante y sugerente, del principio democrático.

En resumen, la obra de J. Klabbbers, A. Peters y G. Ulfstein ofrece una sistematización parcial de la constitucionalización del Derecho internacional que, aun siendo imprescindible para adentrarse en el debate sobre el constitucionalismo internacional, necesita ser complementada con trabajos más específicos.

III. DE LA SISTEMATIZACIÓN A LA RECONFIGURACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL: *EL CONSTITUCIONALISMO ORGÁNICO GLOBAL*

La monografía de Ch. Schwöbel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, es el resultado de su tesis doctoral. En ella examina el constitucionalismo global desde una perspectiva jurídica internacional eminentemente crítica. Su enfoque metodológico *crítico* deconstruye los fundamentos y las aspiraciones de neutralidad y universalidad del constitucionalismo internacional para identificarlo como un instrumento de la ideología liberal-democrática aplicada al Derecho internacional y a las relaciones internacionales. Para esta autora el *constitucionalismo global*, al que califica con la expresión ya clásica de W.B. Gallie como ‘un concepto esencialmente controvertido’, sería un «sistema universal de ciertas ideas sociales, políticas, culturales y jurídicas» que no están predefinidas, que puede ser aplicado no sólo entre Estados sino también más allá de los Estados, que concierne al mundo y cuyo fundamento ideológico es el liberalismo político⁷⁵. La obra está estructurada en cinco capítulos en los que ordena las principales aportaciones doctrinales sobre el constitucionalismo internacional en el Derecho internacional público (Capítulo I); identifica los temas clave del constitucionalismo global y hace un análisis histórico de ellos (Capítulo II) y una crítica de sus limitaciones (Capítulo III). A la vista de tales límites, sugiere una reconfiguración del debate y propone como

⁷⁵ SCHWÖBEL, Ch.E.J., *op. cit.*, 2011, p. 2.

respuesta el constitucionalismo orgánico global (Capítulo IV); y esboza las posibles aplicaciones prácticas de dicha perspectiva (Capítulo V).

En mi opinión, las aportaciones más importantes de esta obra son la sistematización de la doctrina sobre la materia, la identificación y crítica de algunos de los temas clave del constitucionalismo global y su propuesta del *constitucionalismo orgánico global*.

A. *Las dimensiones del constitucionalismo global*

Ch.E.J. Schwöbel agrupa las diversas aportaciones de la doctrina sobre la materia en lo que denomina las ‘dimensiones’ del constitucionalismo global, aun admitiendo que no existen delimitaciones claras entre los autores y que muchas de sus ideas se solapan y podrían encajar en varias de ellas. Para esta autora, existirían cuatro dimensiones del constitucionalismo internacional: el social, el institucional, el normativo y el analógico. No obstante, todas ellas comparten los elementos clave del constitucionalismo democrático liberal⁷⁶, que es considerado por ella como una fe basada en una especie de ‘religión secular’⁷⁷. Esta sistematización, como todas, tiene algunas ventajas y también algunos inconvenientes. En todo caso, ayuda a tener un mapa doctrinal, aunque sea con fronteras borrosas, para identificar diversos espacios en el debate sobre el constitucionalismo internacional; para concretar algunas de las diferencias entre los autores que participan en él; y para poner de manifiesto el pluralismo existente en el constitucionalismo internacional.

1. El constitucionalismo social

Su presupuesto básico es que el constitucionalismo global está vinculado a la existencia de un orden social internacional. Algunos conceptos básicos en esta dimensión son los de participación, influencia y rendición de cuentas (*accountability*). Los autores agrupados en esta dimensión consideran que se ha producido un cambio en el sistema internacional de un orden basado en el Estado y en su consentimiento a un orden más comprensivo cuya legítimi-

⁷⁶ SCHWÖBEL, Ch.E.J., *op. cit.*, 2011, Cap. I, pp. 11-48; y en «Situating the Debate on Global Constitutionalism», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n° 3 (2010), pp. 611-635.

⁷⁷ SCHWÖBEL, Ch.E.J., «The Holy Trinity of International Legal Debate», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24 (2011), pp. 1035-1056, en particular, pp. 1052-1054.

dad debe basarse en la participación de los miembros. Para estos autores, una constitución global sería el marco del nuevo orden internacional cuya función es la de regular el comportamiento social. Los principales temas de esta dimensión del constitucionalismo serían la limitación del poder, la gobernanza, los derechos individuales y el idealismo social⁷⁸.

Ch. Schwöbel distingue dos versiones del constitucionalismo social: la escuela de la comunidad internacional y la de la sociedad civil. La *escuela de la comunidad internacional* enfatiza el cambio de paradigma en el ámbito internacional en el que habría habido una evolución desde un sistema centrado en la soberanía hacia un sistema basado en valores o en el individuo, que sería un sistema más integrado basado en normas imperativas⁷⁹. Esta evolución habría dado origen a una comunidad internacional que podría ser concebida como «una comunidad jurídica»⁸⁰. Dicha comunidad estaría regulada por una constitución internacional, bien en sentido material o incluso formal, en cuyo caso sería la Carta de las Naciones Unidas⁸¹.

Otros autores, por su parte, consideran que el fundamento del constitucionalismo global y del derecho global está en la idea de *sociedad civil global*, en la que el Estado habría perdido ya su centralidad. G. Teubner ha elaborado la concepción del *constitucionalismo societal* en el que existirían ‘constituciones globales civiles autónomas’ que reflejarían «la constitucionalización de una multiplicidad de subsistemas autónomos de la sociedad global»⁸².

2. El constitucionalismo institucional

El constitucionalismo institucional se caracteriza, según Ch. Schwöbel, porque identifica dónde se encuentra el poder en el plano internacional y busca legitimarlo a través de su institucionalización. Las principales preocupacio-

⁷⁸ SCHWÖBEL, Ch.E.J., *op. cit.*, 2011, p. 21.

⁷⁹ TOMUSCHAT, Ch., «International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law», *R. des C.*, vol. 281 (1999), pp. 23-438.

⁸⁰ MOSLER, H., «The International Society as a Legal Community», *R. des C.*, vol. 140 (1970), pp. 1-320.

⁸¹ FASSBENDER, B., «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, n° 3 (1998), pp. 529-619, en particular, pp. 573-584; una versión revisada y ampliada puede verse en su monografía *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2009.

⁸² TEUBNER, G., *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

nes de esta dimensión son la limitación y la rendición de cuentas del poder a través de la participación y de la representación, que son los elementos básicos de un orden constitucional⁸³. Esta autora distingue entre tres tipos de constitucionalismo institucional: un orden constitucional del gobernanza global, la CNU como la constitución global y el microconstitucionalismo.

La *gobernanza* es entendida como un proceso de regulación y ordenación de cuestiones relativas al poder público. En el plano internacional, la gobernanza no es ejercida por un gobierno internacional ni nacional. Por ello ha sido calificada como *governance without government*⁸⁴. Esta perspectiva ha sido utilizada especialmente en la doctrina de las Relaciones Internacionales y por algunos iusinternacionalistas que sostienen que, aunque no existe una gobernanza centralizada, se puede tener alguna forma de constitucionalismo global multinivel y multidimensional. A. Peters afirma la existencia de una red de constituciones que se entremezclan entre los ordenamientos jurídicos internos y el internacional. La erosión de las constituciones nacionales como consecuencia de la globalización sería compensada por la constitucionalización del derecho internacional⁸⁵. El principio básico del orden global constitucional sería el principio democrático que se aplicaría tanto vía democratización de los Estados como en la gobernanza internacional⁸⁶.

El segundo tipo de constitucionalismo institucional es el representado por las *Naciones Unidas*, que defiende que la Carta de las Naciones Unidas sería la constitución global por su diseño institucional y porque los principios sustantivos tienen carácter constitucional por su contenido y, además, gozan de supremacía sobre otras normas (art. 103 CNU)⁸⁷.

El tercer tipo sería el *microconstitucionalismo* que tiene por objeto las organizaciones internacionales específicas. Según esta perspectiva, los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales pueden ser considerados

⁸³ SCHWÖBEL, Ch.E.J., *op. cit.*, 2011, p. 34.

⁸⁴ Cfr. ROSENAU, J.N.; CZEMPIEL, E.O. (eds.), *Governance without Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

⁸⁵ PETERS, A., «Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures», *Leiden Journal of International Law*, vol. 19 (2006), pp. 579-610.

⁸⁶ PETERS, A., «Dual Democracy», en KLABBERS, J.; PETERS, A.; ULFSTEIN, G., *The constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 263-341.

⁸⁷ B. FASSBENDER, *op. cit.*, 1998; y *op. cit.*, 2009; también MACDONALD, R.St.J., «The International Community as a Legal Community», en MACDONALD, R.St.J.; JOHNSTON, D.M. (eds.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Brill, Leiden, 2005.

como la constitución de las mismas. Esto permitiría sostener que pueden existir órdenes constitucionales más allá del Estado en el seno de cada organización que darían origen a numerosos subsistemas fragmentados y especializados de Derecho internacional. Este sería el caso, entre otros, de la Organización Mundial del Comercio⁸⁸.

3. El constitucionalismo normativo

El constitucionalismo normativo incorpora todos los elementos clave del constitucionalismo global (limitación e institucionalización del poder, etc.) y, además, destaca la existencia de ciertas normas de superior rango (normas constitucionales), que habrían cambiado el paradigma del Derecho internacional. Éste habría evolucionado desde un orden en el que el Derecho se explicaba a través del consentimiento de los Estados hasta un Derecho que está determinado en gran parte a través de ciertos valores globales. Estos valores morales se habrían incorporado al ordenamiento jurídico a través de ‘normas de interés público’, de ‘normas fundamentales’ o de ‘normas de la comunidad internacional’. Ch. Schwöbel distingue en el constitucionalismo normativo tres grupos de autores: los que defienden del Derecho global, los que postulan un orden jerárquico y los que proponen la existencia de normas fundamentales⁸⁹.

El *Derecho global (World Law)* representa una visión del orden político y jurídico de carácter universal que supera y va más allá del Derecho internacional en sí mismo. Esta concepción, que tiene sus fundamentos en la teoría cosmopolita de Kant, incluye los contratos globales, los tratados y el Derecho internacional universal⁹⁰.

Brun-Otto Bryde afirma que la *jerarquía de normas* del Derecho internacional público determina la existencia de un orden constitucional de Derecho internacional. Para este autor, el sistema constitucionalista del Derecho internacional, integrado no sólo por normas sustantivas sino también procedi-

⁸⁸ CASS, D., *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford University Press, Oxford, 2005; *vid.* también algunos de los trabajos en la obra editada por J.L. Dunoff y J.P. Trachtman, *op. cit.*, 2008.

⁸⁹ SCHWÖBEL, Ch.E.J., *op. cit.*, 2001, pp. 35-43.

⁹⁰ DELBRÜCK, J., «Prospects for a ‘World (Internal) Law’?: Legal Developments in a Changing International System», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 9 (2002), pp. 401-431.

mentales, no es horizontal sino que es vertical. En él se reconoce una fuente de legitimidad que es más alta que la de los Estados individuales, una jerarquía de normas en la que priman los principios constitucionales frente a las normas jurídicas ordinarias y en el que se utilizan métodos constitucionalistas de interpretación⁹¹.

Una tercera versión del constitucionalismo normativo es la de los autores que sostienen la idea de que existen ciertas *normas fundamentales* que incorporan valores centrales de la sociedad internacional que constituyen el marco para el resto del Derecho internacional. Tales normas tendrían una existencia objetiva, serían aplicables a todos los miembros de la comunidad internacional con independencia de cuestiones de soberanía o de su consentimiento. Básicamente estas normas serían las normas de *ius cogens*⁹².

4. El constitucionalismo analógico

Esta dimensión del constitucionalismo resalta las analogías entre las características del ámbito internacional y las que existen en los órdenes constitucionales regionales o estatales. En ella, los autores ponen un especial énfasis en la idea de derecho como sistema. Ch.E.J. Schwöbel distingue tres corrientes: la del constitucionalismo como meta-normas, la que lo compara con el orden constitucional interno y el constitucionalismo europeo⁹³.

La concepción del *constitucionalismo en el ámbito internacional como meta-normas (meta-rules)* es una de las más antiguas y fue mantenida ya por A. Verdross en su obra *La Constitución de la comunidad jurídica internacional* de 1926, en la que afirmó que las normas constitucionales tenían una función estructural para construir el Derecho internacional como sistema jurídico unitario⁹⁴. También Ch. Tomuschat se refirió a las normas constitucionales

⁹¹ BRYDE, B-O., «International Democratic Constitutionalism», en MACDONALD, R.St.J.; JOHNSTON, D.M (eds.), *Towards Global Constitutionalism*, Brill, Dordrecht, 2005, pp. 103-125, en particular, pp. 104-106.

⁹² DE WET, E., «The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order», *Leiden Journal of International Law*, vol. 19 (2006), pp. 611-632; y «The International Constitutional Order», *ICLQ*, vol. 55 (2006), pp. 51-76.

⁹³ SCHWÖBEL, Ch.E.J., *op. cit.*, 2011, pp. 43-46.

⁹⁴ VERDROSS, A., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien, Springer, 1926. *Vid.* el análisis de su concepción del constitucionalismo internacional en, KLEINLEIN, Th., «Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism?», *Goettingen Journal of International Law*, vol. 4, n° 2 (2012), pp. 385-416.

como meta-normas cuyo objetivo es regular cómo han sido creadas otras normas, cómo han entrado en vigor, cómo han sido implementadas y quién, en caso de discrepancia, tiene competencia para resolver la controversia. Estas normas podrían tener no sólo carácter formal o procedimental sino que también pueden ser de carácter sustantivo, se aplican a todos los Estados «con o sin su voluntad» y constituyen la constitución de la comunidad internacional⁹⁵.

Una última versión es la comparación entre el constitucionalismo europeo y el internacional para concluir que éste tiene características similares a las del primero: constitucionalismo multinivel, principio de subsidiariedad, legitimidad, protección de derechos individuales, etc.⁹⁶.

B. *Los temas clave del constitucionalismo global y sus limitaciones*

La segunda gran aportación de la obra es la identificación de los temas clave del constitucionalismo global, su análisis en perspectiva histórica (en la antigüedad greco-romana, en la Edad Media europea, en la era moderna occidental, en el colonialismo y el imperialismo y en el presente postmoderno) y su crítica. Según esta autora, los cinco temas fundamentales de carácter sustantivo del constitucionalismo global son: la limitación del poder, la institucionalización del poder, el idealismo social, el establecimiento de normas y la protección de los derechos individuales. Junto a ello, identifica un tema de carácter formal, la aspiración de supremacía de las normas constitucionales sobre las ordinarias, que no es objeto de análisis en la obra⁹⁷.

La *limitación del poder* es uno de los elementos más antiguos del constitucionalismo global, respecto al cual cree que puede conseguirse a través de la participación por medio de estructuras democráticas y de la rendición de cuentas. Pero, como advierte esta autora, el constitucionalismo democrático liberal no consiste sólo en límites al poder, significa también otorgar poder. Si el constitucionalismo global significa también atribuir poder a órganos inter-

⁹⁵ TOMUCHAT, Ch., «Obligations Arising for States without or against their Will», *R. des C.*, vol. 241 (1993-IV), pp. 195-374, en particular, pp. 211-216.

⁹⁶ KUMM, M., «The Legitimacy of International Law: A Constitutional Framework of Analysis», *EJIL*, vol. 15 (2004), pp. 907-931; también WEILER, J.H.H.; WIND, M. (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

⁹⁷ SCHWÖBEL, Ch.E.J., *op. cit.*, 2011, p. 85.

nacionales de adopción de decisiones, éstos podrían suponer un peligro para la libertad social y política de las personas⁹⁸.

La *institucionalización de poder* en el plano internacional exige que los órganos que lo ejercen estén sometidos a la rendición de cuentas. Además, con origen en el pensamiento de Aristóteles, exige que las estructuras políticas sean capaces de crear normas para el bien común y el interés público. La institucionalización del poder descansa sobre la idea de separación entre las esferas pública y privada y la localización de la política en la esfera pública. En general, en tales visiones se propone también un sistema de división y equilibrio de poderes (*checks and balances*). Para esta autora, la distinción tajante entre lo público y lo privado deja fuera de lo público y, por tanto de la política, voces y problemas importantes como el feminismo, las personas que no pertenecen a ninguna comunidad, las minorías culturales, homosexuales o pueblos colonizados que se engloban en ocasiones con el término ‘otros’⁹⁹.

El *idealismo social* consiste «en la designación de un ideal para el futuro en términos de la idea de ‘buena vida’ para todos los miembros de una sociedad dada» (p. 117). Este tema es especialmente importante para el constitucionalismo normativo que está basado en el reconocimiento y protección de ‘valores comunes’ de la comunidad internacional. A diferencia de la antigüedad en la que eran concebidos como principios abstractos, los valores constitucionales «no son sólo pensados como preexistentes en todos los individuos; sino también concebidos para formar la identidad colectiva de un pueblo que vive bajo la constitución» (p. 117). La constitución global incorporaría los valores comunes de la sociedad global en términos de principios constitucionales y de derechos humanos. Ch Schwöbel advierte dos preocupaciones. Por un lado, los derechos humanos son en sí mismos una noción abstracta cuyo contenido ha de ser rellenado, del cual se predica un universalismo que favorece e impone los valores occidentales. Y, por otro lado, los derechos humanos son equiparados con frecuencia derechos civiles, lo que manifiesta una tendencia a reflejar los fundamentos políticos, filosóficos y religiosos occidentales. Además, se predica su universalidad como resultado de su determinación racional, pero son la «universalización de algo particular», lo que puede servir para justificar el imperialismo y el colonialismo no sólo conceptual sino también político y práctico¹⁰⁰.

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 109-112.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 112-117.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 117-122.

La *capacidad para adoptar estándares* implica para el constitucionalismo global la posibilidad de «un desarrollo continuado en términos de una progresión del ordenamiento jurídico internacional dentro de un plan organizado dado» (p. 122). Para algunos autores, el constitucionalismo global sería un movimiento progresivo del Derecho internacional, que habría llegado a ser inevitable, que proporcionaría a la vez un símbolo y un sistema. Para ellos, este carácter progresivo sería bueno. El problema, según Ch. Schwöbel, es hacer compatible el progresivo desarrollo del Derecho internacional hasta alcanzar una constitución con el carácter estático, de permanencia, que tienen las constituciones. La constitución siempre irá un paso detrás de la realidad social¹⁰¹.

La *protección de los derechos individuales* es otro de los temas centrales del constitucionalismo global, en particular del normativo. Los derechos individuales son considerados «el mejor medio para proteger la existencia y los intereses del individuo en y de la sociedad» (p. 125). Ch. Schwöbel resalta algunos problemas. El primero es el relativo al ‘reconocimiento’ de los derechos individuales por el ordenamiento jurídico internacional como preexistentes a cualquier orden político o independientes de cualquier orden político más que creados por el derecho. Una segunda crítica viene de la perspectiva feminista porque los derechos individuales pueden alienar y excluir a la mujer de la esfera pública. Una tercera limitación se deriva de la indeterminación del contenido de los derechos individuales y de la ausencia de jurisdicción internacional obligatoria para concretar su significado, de forma que existe el riesgo de que sean unos pocos (los más poderosos) los que hablen en nombre de la comunidad internacional¹⁰².

C. *La necesidad de un constitucionalismo global crítico: el constitucionalismo orgánico*

A pesar de las limitaciones del proyecto constitucionalista, Ch. Schwöbel considera que no debe ser abandonado por tres motivos: porque el constitucionalismo global encuentra su sentido en la racionalización de una nueva atribución del poder en la esfera internacional; porque sus defensores creen que el derecho tiene el potencial de regular la vida social en la esfera inter-

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 122-125.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 125-130.

nacional y de ofrecer un marco jurídico; y porque dicho proyecto sirve también para la propia legitimación del Derecho internacional¹⁰³. Ahora bien, el proyecto constitucionalista exige una reorientación crítica. Su propuesta es el constitucionalismo orgánico global. El carácter *orgánico* de esta visión del constitucionalismo internacional aporta, según esta autora, en primer lugar, una plataforma, una estructura organizada sin un contenido predeterminado pero que mediante la comunicación, la participación y la inclusión de los participantes en el debate puede ser determinado en función de sus intereses, ideas y necesidades. En segundo lugar, el carácter orgánico proporciona una dimensión instrumental que tiene carácter emancipatorio en los debates sobre fragmentación, legitimidad y el papel del derecho en la sociedad. Y, en tercer lugar, crea un espacio social para la política que no proporciona un producto acabado ya que, al revés, incorpora la paradoja de combinar la estabilidad y la flexibilidad¹⁰⁴.

La reconfiguración del constitucionalismo global en un nuevo constitucionalismo *orgánico* global está basada en cuatro elementos: su consideración como un proceso en marcha, la politización del discurso, su concepción como un ‘universal negativo’ y el ser una promesa para el futuro¹⁰⁵. El constitucionalismo orgánico global debe ser entendido como *un proceso en marcha* que no aspira a ninguna forma específica de constitución. A partir de las ideas de J. Tully sobre las posibilidades del lenguaje constitucional para incorporar al constitucionalismo contemporáneo la diversidad cultural porque es, a la vez, flexible, abierto y antiimperial por un lado y dominante, inflexible e imperial por otro¹⁰⁶, defiende que el lenguaje del constitucionalismo permite la participación de todos los interesados, que está disponible para mayorías y minorías y que está abierto al cambio¹⁰⁷.

El segundo elemento consiste en la inescapable *politización del discurso* del constitucionalismo global. El constitucionalismo no es neutral, ni pre-político sino que la política debe ser incluida en él. La politización significa participación de todos los intereses e identidades. Además, la politización del debate

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 135-145.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 172-175.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 148-165; también «Organic Global Constitutionalism», *Leiden Journal of International Law*, vol. 23 (2010), pp. 529-553, en especial, pp. 538-552.

¹⁰⁶ TULLY, J., *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 31-38.

¹⁰⁷ SCHWÖBEL, Ch.E.J., *op. cit.*, 2010, pp. 540-543.

es necesaria para el rechazo de valores pre-políticos atrincherados en la esfera internacional, por ejemplo, a través de las normas de *ius cogens*. Esto significa que ningún valor pre-político preexistente puede ser priorizado respecto de cualquier otro. Esto suscita problemas de legitimidad y la mejor forma de conseguirla es a través de un proceso político que permita armonizar la necesidad de flexibilidad y fluidez por un lado y la necesidad de procedimientos formales y la estabilidad de las normas por otro. Una respuesta a este dilema ha sido la de J. Habermas, que propuso la normatividad a través de la teoría del discurso¹⁰⁸. Mediante la participación informada en el discurso sería posible adoptar normas verdaderamente universales con total legitimidad. Ch. Schwöbel advierte dos problemas en la teoría del discurso: uno que el objetivo es identificar normas universales y éstas pueden desafiar la necesidad de flexibilidad; y otro el relativo a las dificultades para explicar la indeterminación de las normas. Según esta autora, el lenguaje constitucional necesita flexibilidad y fluidez y, además, la indeterminación de las normas es positiva para el constitucionalismo global porque permite determinar el contenido de los textos jurídicos como resultado de un proceso político y social en función del contexto, tiempo y necesidades¹⁰⁹.

El tercer elemento del constitucionalismo orgánico global es que no tiene un contenido prefijado, que es *un universal negativo*. A partir de la idea de E. Laclau de que lo universal debe ser considerado como ‘un espacio vacío’, que tiene sólo un carácter indicativo, que carece de cualquier contenido particular, por tanto, es ‘una universalidad negativa’, tan sólo una posibilidad universal¹¹⁰, Ch. Schwöbel defiende que el constitucionalismo global es también un espacio vacío, que no tiene contenido propio, ni valores predeterminados ni está basado en principios comunes¹¹¹.

El último elemento de la reconfiguración del constitucionalismo global es su consideración como *una promesa para el futuro*. Para esta autora, la normatividad del constitucionalismo, como un rasgo que proporciona estabilidad, debe ser considerada como una característica perteneciente al futuro. Normatividad, estabilidad y una posible constitución no son características del presente sino

¹⁰⁸ HABERMAS, J., *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, introd. y trad. sobre 4ª ed. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

¹⁰⁹ SCHWÖBEL, Ch.E.J., *op. cit.*, 2010, pp. 543-548.

¹¹⁰ LACLAU, E., *Emancipation(s)*, Verso, London, 2007.

¹¹¹ SCHWÖBEL, Ch.E.J., *op. cit.*, 2010, pp. 549-550.

la promesa del constitucionalismo por llegar. Se trata, afirma, de un discurso dirigido al futuro, a un futuro mejor que no se construirá alrededor de una constitución global sino del constitucionalismo como un proceso en marcha¹¹².

D. *No sólo una promesa para el futuro*

La obra de Ch. Schwöbel es un trabajo de referencia en la conversación científica sobre el constitucionalismo internacional. Una de sus principales aportaciones es que identifica algunos temas clave para el constitucionalismo global que son compartidos por la doctrina. Los que analiza esta autora tienen carácter sustantivo: la limitación e institucionalización del poder, el idealismo social, la creación de normas y la protección de derechos individuales. Pero el constitucionalismo internacional no es sólo una cuestión sustantiva sino que tiene también una dimensión formal, como algunos autores han destacado con diferentes argumentos y términos¹¹³. El carácter constitucional de algunas normas jurídicas internacionales no depende únicamente de su contenido, la protección de valores e intereses esenciales de la comunidad internacional como es caso de las normas de *ius cogens*. Dicho carácter puede tener una dimensión formal derivada de su importancia estructural bien para el funcionamiento del sistema internacional (principio de igualdad soberana, principio de no intervención, etc.) o bien para el ordenamiento jurídico internacional en cuanto sistema: algunas normas secundarias sobre la identificación, creación y aplicación de las normas primarias, la reivindicación de primacía o, en algunos casos, de jerarquía de las normas constitucionales sobre las ordinarias, etc. Esta dimensión formal del constitucionalismo internacional queda en un segundo plano en esta obra y, en mi opinión, quizá fuera merecedora de un mayor desarrollo. Más aún si, como defiende esta autora, el constitucionalismo *orgánico* global aporta una estructura organizada sin un contenido predeterminado dentro de la cual es posible la política, la participación y la identificación de contenidos¹¹⁴. Precisamente por la función que cumple convendría profundizar más en los rasgos formales y en el carácter sistémico de dicha estructura constitucional.

¹¹² *Ibid.*, pp. 551-552.

¹¹³ BESSON, S., «Whose Constitution (s)», en DUNOFF, J.L.; TRACHTMANN, J.L. (eds.), *op. cit.*, 2008, p. 387; BRYDE, B-O., *op. cit.*, 2005, pp. 104-106.

¹¹⁴ SCHWÖBEL, Ch.E.J., *op. cit.*, 2011, pp. 173-174.

Asimismo, merece especial atención su propuesta de un nuevo *constitucionalismo orgánico global* basado en cuatro elementos: su consideración como un proceso en marcha, la politización del discurso, su contenido como un ‘universal negativo’ y el ser una promesa para el futuro. Se trata de una concepción crítica del constitucionalismo internacional que, aunque no proporciona explicaciones plausibles completas, representa aportaciones que pueden ser de gran interés. La primera es su carácter dialéctico, flexible y abierto que es el resultado de la exigencia de participación de todos los miembros de la comunidad internacional y del contexto en el que opera. El resultado, como destaca Ch. Schwöbel, no exige ninguna forma específica de constitución pero, en mi opinión, tampoco niega la posibilidad de identificar normas constitucionales de forma inductiva que pueden ser sistematizadas por la doctrina en busca de coherencia, de orden y de claridad.

El segundo elemento es la politización del discurso que supone dar visibilidad a un proceso que nunca ha sido neutral. La política es el medio para el gobierno de una sociedad, para la identificación del interés público y para su regulación mediante el derecho. Más allá de los problemas específicos que puedan existir, el constitucionalismo orgánico global resalta que la gobernanza de la globalización económica en la comunidad internacional debe ser mediante la política con la participación de todos los intereses e identidades.

Más reservas plantea su argumento de que el constitucionalismo global no tiene un contenido prefijado porque es un ‘espacio vacío’, un <universal negativo>. Bien es verdad, en mi opinión, que dicho contenido no puede ser pre-político, que no puede estar predeterminado, pero en todo caso el constitucionalismo internacional no es invocado y utilizado para operar en el vacío sobre un objeto de conocimiento absolutamente nuevo o sobre una realidad social construida *ex novo*. El constitucionalismo internacional no empieza de cero sino que tiene por objeto, por un lado, la comunidad internacional, cuya naturaleza y estructura es el resultado de la evolución histórica a lo largo de varios siglos, y por otro lado el Derecho internacional que ha regulado dicha sociedad durante décadas. Y aunque los valores e intereses de la comunidad internacional y las normas jurídicas internacionales que los reconocen y regulan son el resultado de unas determinadas concepciones y, por tanto, susceptibles de crítica y modificación, representan límites morales, políticos y jurídicos que forman parte del constitucionalismo internacional. Éste, en mi opinión, no significa tabla rasa sino que es también continuidad y reforma, permanencia y cambio, estabilidad y flexibilidad.

Por último, el constitucionalismo internacional, en mi opinión, no es sólo una promesa para el futuro sino que es también un instrumento (un proyecto político y un enfoque metodológico) también para el presente. Algunos de los principales debates suscitados en la última década son una buena prueba de ello: los límites de las sanciones selectivas del Consejo de Seguridad; la necesidad de reconciliar la protección de los derechos humanos y la seguridad; las dificultades para explicar las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y su compatibilidad con algunos valores esenciales de la comunidad internacional, etc. El constitucionalismo internacional es también para contribuir aquí y ahora a luchar por algunos de los fines esenciales de la comunidad internacional y del Derecho internacional público: la limitación del poder, la democratización en la toma de decisiones, la autonomía y la unidad del ordenamiento jurídico internacional, etc.

En suma, la obra de Ch. Schwöbel y, en particular, su concepción del *constitucionalismo orgánico global* supone una dimensión crítica que aporta algunos elementos que, en este punto del debate, parecen irrenunciables: su consideración como un proceso en marcha y la necesidad de politización de discurso.

CONSIDERACIONES FINALES

La diversidad de aproximaciones sobre el constitucionalismo internacional demuestra, por un lado, la importancia del punto de vista, es decir, del enfoque metodológico; y, por otro lado, la diferencia de los resultados según la perspectiva de análisis utilizada. Todo ello es una prueba de que el constitucionalismo internacional es todavía un concepto ‘esencialmente controvertido’ y de que no existe una versión única. No obstante, más allá de la utilización de un enfoque u otro, sea normativo, crítico o sociológico, el cuadro general dibujado por los diferentes trabajos analizados permite formular algunas consideraciones finales.

El punto de partida del constitucionalismo internacional está en la existencia de intereses generales en la comunidad internacional, en la aparición entre sus miembros de un sentimiento de pertenencia a la misma y en el ejercicio del poder público para adoptar normas para su regulación y protección. Dadas la intensificación de la globalización y de las limitaciones del constitucionalismo estatal, un número creciente de autores (U. Preuss, Ch. Walter,

M. Poiaras Maduro, I. Gutiérrez) defienden que es posible trasladar la idea de constitucionalismo desde el ámbito estatal al plano internacional. Esta posibilidad no implica necesariamente la existencia de una constitución internacional ni están bien identificadas todas las consecuencias de dicho préstamo metodológico.

Asimismo, en el Derecho internacional existen normas que protegen los intereses generales de la comunidad internacional (las normas de interés público internacional) y, algunas de ellas, las que protegen los intereses esenciales, tienen carácter constitucional. En mi opinión, la noción de normas de interés público es más amplia y se encuentran en los regímenes internacionales generales de protección de intereses generales (paz, derechos humanos, derecho internacional humanitario, medio ambiente, comercio, etc.). Tan sólo aquellas normas de interés público que regulan los aspectos esenciales tendrían carácter constitucional pero no las reglas concretas y detalladas que regulan aspectos complementarios.

El carácter constitucional de las normas jurídicas internacionales es un *premium*, es algo más que la simple juridificación de las relaciones internacionales. Este carácter constitucional puede depender no sólo de su contenido (la protección de intereses y valores *esenciales* de la comunidad internacional, como es el caso de las normas *de ius cogens*) sino que también deriva de las funciones que desempeñan bien en el sistema internacional (de su importancia sistémica) o bien en el ordenamiento jurídico internacional (de su importancia estructural).

El constitucionalismo internacional tiene una doble dimensión: jurídica y política. Estos trabajos muestran algunas de las posibilidades de la dimensión jurídica del constitucionalismo (el mejor ejemplo, sin duda, es el capítulo de A. Peters sobre la membrecía en la comunidad constitucional global). Pero tales posibilidades deberían concretarse en nuevos trabajos sobre otros aspectos clave del ordenamiento jurídico internacional: entre otros, sobre la creación, la relación y los efectos de las normas jurídicas internacionales o la responsabilidad internacional, por ejemplo. En cierto sentido podría decirse que estos trabajos representan una referencia y un estímulo para otros que están por llegar que complementen el constitucionalismo internacional.

Las obras analizadas muestran también, en particular el estimulante trabajo de Ch. Schwöbel, que no es posible ignorar ya la dimensión política del constitucionalismo internacional. Esta dimensión aporta una preocupación, o incluso una exigencia, por la limitación e institucionalización del poder públi-

co, por el idealismo social, por el pluralismo, por la legitimidad de las normas e instituciones internacionales y por la participación e inclusión en la comunidad internacional. La agenda política del constitucionalismo internacional es la fuente material de algunos principios jurídicos que estarían emergiendo en el ámbito internacional: el principio democrático, la *rule of law* en el plano internacional, el principio de subsidiariedad o el principio de solidaridad.

Por todo ello, puede afirmarse que la constitucionalización de la comunidad internacional y del Derecho internacional está teniendo lugar ya; que el constitucionalismo internacional no es sólo una promesa para el futuro sino un enfoque metodológico y una agenda política para el presente con los propósitos de limitar, regular e institucionalizar el poder público y de contribuir a la protección de intereses generales de la comunidad internacional por medio del Derecho internacional público. El reto es examinar con mayor profundidad en qué consiste, qué consecuencias concretas tiene y explorar las posibilidades (actuales o nuevas) para dar forma jurídica en el Derecho internacional a los objetivos del constitucionalismo internacional.