Revista de Derecho publico

Espejismos constitucionales. La promesa incumplida del constitucionalismo global

Rene Urueña

Contenido

Resumen....3
Palabras claves....3
Abstract....3
Key words....3

INTRODUCCIÓN....4

EL DESAFÍO DEL INSTRUMENTALISMO EN DERECHO INTERNACIONAL....4

DOS ESTRATEGIAS EN CONTRA DEL GERENCIALISMO....7

UNO, DOS, TRES CONSTITUCIONALISMOS....10
- Las fuentes internacionales del derecho constitucional....11
- Diálogos constitucionales transnacionales....13
- Constitucionalismo global....14

LA PROMESA DEL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL....16
ESPEJISMOS CONSTITUCIONALES....19

CONCLUSIONES....23

Espejismos constitucionales. La promesa incumplida del constitucionalismo global

Rene Urueña[1]

Resumen

Este artículo plantea una crítica interna al constitucionalismo global. El derecho internacional busca enfrentar algunos de sus más fundamentales problemas mediante la referencia al derecho constitucional. Se argumenta aquí que esta estrategia no es efectiva. El problema fundamental yace en que tanto el derecho internacional como el derecho constitucional son regímenes que tienen al Estado como sujeto – y no solamente como su creador. Existe, entonces, una dinámica paralela entre constitucionalismo tradicional y constitucionalismo global, la cual trae como consecuencia que los problemas presuntamente solucionados mediante la constitucionalización del derecho internacional existan también en derecho constitucional nacional. Como resultado, las virtudes del constitucionalismo no son más que una promesa incumplida para el derecho internacional, un espejismo que al momento de alcanzarse, se convertirá en arena.

Palabras claves

derecho internacional, constitucionalismo, derecho administrativo global, globalización

Abstract

This article proposes an internal critique of global constitutionalism. International law is increasingly referring to constitutional law as a way to tackle some of its most crucial challenges. This strategy seems to be ineffective. The central difficulty lays in the fact that both international law and constitutional law feature the State as their subject – and not merely as their creator. There is, therefore, a parallelism between global and traditional constitutionalism, which means that problems allegedly solved by the constitutionalization of international law are also present in national constitutional law. As a result, the virtues of constitutionalism are but an unfulfilled promise for international law, a mirage that, as when reached, will turn into sand.

Key words

international law, constitutionalism, global administrative law, globalization

1 Profesor y Director del Área de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes. Research Fellow, Centre of Excellence in Global Governance Research, University of Helsinki (Finlandia)

INTRODUCCIÓN

Este artículo plantea una crítica interna al constitucionalismo global. Para desarrollar tal crítica, presenta en su primera sección el reto del instrumentalismo; esto es, el reto de una visión según la cual una norma jurídica no tiene valor inherente, sino deriva su valor de la utilidad que tenga para alcanzar un cierto objetivo. La segunda sección presenta dos primeras reacciones a tal reto en derecho internacional: el regreso al formalismo, de una parte, y el proyecto del derecho administrativo global, de la otra. Al encontrar insuficientes algunos de los elementos de estas reacciones, la tercera sección se vuelca hacia el constitucionalismo transnacional, y hace un esfuerzo en identificar e individualizar tres agendas académicas y políticas diferentes, cubiertas todas por tal rótulo: (1) la investigación de las fuentes internacionales del derecho constitucional; (2) los diálogos constitucionales transnacionales; y, (3) el constitucionalismo global. La cuarta parte se centra en esta tercera tendencia (el constitucionalismo global) y estudia su promesa para el derecho internacional. Como complemento, la quinta sección relaciona la retórica cosmopolita a la tradición del constitucionalismo nacional, y encuentra que la promesa se ve incumplida. Los problemas globales que buscan ser solucionados mediante la referencia constitucional existen también en derecho constitucional nacional. Sin embargo, la solución propia del constitucionalismo nacional no es aplicable a su equivalente global. Finalmente, algunas conclusiones son presentadas.

EL DESAFÍO DEL INSTRUMENTALISMO EN DERECHO INTERNACIONAL [2]

Mientras escribo estas líneas, las imágenes del terremoto en Haití de enero del 2010 no dejan de aparecer en los medios. De manera adicional a la tragedia natural, parte del problema parecería ser de capacidad de reacción por parte de la comunidad internacional. Algunos critican a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) por lo que consideran una desordenada respuesta[3], mientras otros critican a Estados Unidos por lo que sostienen es una estrategia de expansión imperialista en medio de la crisis[4]. De esta forma, un evento natural de proporciones catastróficas comienza a convertirse en un problema jurídico. Sin embargo, el colapso de las instituciones en Haití lleva a que ese problema sea, de hecho, un problema jurídico internacional. Y, así, todas las cabezas giran al derecho internacional en búsqueda de respuestas: ¿cuál es el régimen internacional de adopción de menores aplicable[5]? ¿Puede la ONU firmar un memorando de entendimiento con Estados Unidos para maximizar el acceso a aeropuertos[6]? ¿No debería ese memorando contar con el consentimiento de Haití? ¿Debería incluirse a Francia? ¿Cuáles son las obligaciones jurídicas internacionales de terceros Estados respecto a los solicitantes de refugio provenientes de Haití[7]? ¿Y cuál es el status actual del proyecto

2 La crítica al "gerencialismo" en derecho internacional aquí incluida está también expuesta en mi artículo *"In the Search of International Homo Economicus: Individual Agency and Rationality in Global Governance" 19 Finnish Yearbook of International Law* (2008 [en prensa: 2010])

3 R. Rivera, Obstacles to Recovery in Haiti May Prove Daunting Beyond Other Disasters, The New York Times (NYT), Enero 22 de 2010

4 Vease, por ejemplo: Editorial, The Upside of Yankee imperialism in Haiti, The Washington Post, Enero 25 de 2010

5 _____. The Hague Conference on Private International Law seeks to avoid the unsafe adoption of children during the crisis situation in Haiti. *The Hague Justice Portal,* 22 de Enero de 2010.

6 Véase, *Statement of Principles on Field coordination between the United Nations in Haiti and the United States Government in the Haitian earthquake response effort.* Disponible en: http://www.undispatch.com/how-united-states-and-united-nations-are-cooperating-haiti

7 Véase, A. *Dodger, Haitians Seeking Refuge: Canada"s Obligations Under International Law.* Legal Frontiers – McGill University, 26 de enero de 2010

de la Comisión de Derecho Internacional sobre Protección de Personas en Casos de Desastres Naturales[8]?

El derecho internacional no ofrece respuestas claras a estas preguntas. Parecería ser que, a pesar de que las crisis se convierten fácilmente en problemas jurídicos internacionales, las soluciones a las mismas son difícilmente soluciones derivadas de la aplicación del derecho internacional. Esta situación me recuerda a la anterior gran crisis de esta década: el temor a una pandemia de AH1 N1. En su momento, alguien estornudaba y recibía miradas de desprecio de madres que protegían a sus bebés. La primera plana de los periódicos advertía que no había ninguna vacuna. Los tapabocas eran comunes. Y los académicos saltaron a otro ejemplo en el que las categorías tradicionales de derecho internacional público no eran suficientes para enfrentar otro reto de la globalización. El resultado: sesudas columnas con títulos extraños ("Gripe Porcina, Pandemia, y Redes Regulatorias Trasnacionales[9]", por ejemplo), y la confirmación de que el derecho internacional no está hecho para el mundo en que vivimos.

Por supuesto, las pandemias no son nada nuevo – como tampoco lo son los terremotos. Más importante aún, pandemias y terremotos son típicos problema de administración de bienes públicos, que exigen la cooperación entre Estados soberanos. Por lo tanto, el derecho internacional estaría situado de manera ideal para lidiar con estos problemas. Y, de alguna manera, lo ha hecho: hubo, después de todo, una Organización de la Salud al interior de la Sociedad de las Naciones la cual, a su vez, era la sucesora de una Oficina Internacional de Salud Pública que fue establecida en 1907[10]. A su vez, existió una Unión Internacional de Auxilio, cuyo documento constitutivo fue adoptado en 1927 bajo el impulso del italiano Giovanni Ciraolo, y que entró en vigor en 1932[11]. Es claro que fueron éstos los retos que justificaron un régimen jurídico internacional en un primer lugar. Sin embargo, resulta también claro que la discusión aquí tratada no gira alrededor de ese problema. Cuando se cuestiona al derecho internacional respecto a los retos de la globalización, el argumento parece hacer referencia a que una pandemia o un terremoto desatan hoy en día medidas internacionales que difícilmente encajan en las categorías de derecho internacional público clásico[12].

Hay una tendencia clara de trasladar el poder más allá del Estado – Nación, lo que pone al derecho internacional en una posición difícil[13]. Por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) tiene el poder de adoptar advertencias de naturaleza comercial y turística que afectan directamente las vidas y los negocios de millones. El único tratamiento para una posible pandemia es producido por una multinacional suiza que se sale del espectro del derecho internacional público

8 Véase, Comisión de Derecho Internacional. *Discussion of the background to the inclusion of the report in the work programme of the Commission, the applicable sources, the scope of the topic and the possible eventual form of the outcome of the Commission's work* - Preliminary report of the *Special Rapporteur*, Mr. Eduardo Valencia-Ospina. U.N. Doc. A/CN.4/598; también: Comisión de Derecho Internacional, *Defining the scope of the topic (ratione materiae, ratione personae, ratione temporis), definition of "disaster", the principle of solidarity and cooperation, as well as a discussion on future work.* - Second report of the Special Rapporteur, Mr. Eduardo Valencia-Ospina. U.N. Doc. A/CN.4/615

9 K. Anderson, "Swine Flu, Pandemics, and Transnational Regulatory Networks," *Opinio Iuris,* April 26, 2009, http://opiniojuris.org/2009/04/26/swine-flu-pandemics-and-transnational-regulatory-networks/.

10 Véase *International Agreement Respecting the Creation of an International Office of Public Health. Signed at Rome, December 9, 1907. Procès-verbal recording deposit of ratifications at Rome, dated November 15, 1908* (1909). Disponible en: http://pds.lib.harvard.edu/pds/view/6582174

11 Vease A.J Peaslee, *International Governmental Organizations*, Vol. 2(1974) p. 1065

12 David P. Fidler, *SARS, Governance and the Globalization of Disease*, 2004; David P. Fidler, "The Swine Flu Outbreak and International Law," ASIL Insights 13, no. 5 (April 27, 2009).

13 Jason Sapsin Myongsei Sohn, "Globalization, Public Health, and International Law," *The Journal of Law, Medicine & Ethics* 32 (2004): 87.

y que, sin embargo, tiene una patente protegida por ese mismo sistema jurídico (así como todos los sistemas nacionales del mundo). La aparente incertidumbre respecto a cómo lidiar con esta crisis exigió una extraña (y posiblemente ultra vires) declaración conjunta por parte de la Organización para la Agricultura y la Alimentación de las Naciones Unidas (FAO por sus siglas en inglés), la Organización Mundial para la Salud Animal, la OMS y la Organización Mundial del Comercio (OMC)[14]. Y, en lo que tiene que ver con Haití, los Gobiernos y las tradicionales organizaciones intergubernamentales mostraron graves limitaciones en su capacidad de reacción. Por el contario, el panorama pareció estar dominado por redes infra-estatales de cooperación informal (desde médicos hasta expertos en ingeniería estructural) y por mecanismos descentralizados de coordinación entre entidades privadas (como la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja), así como entre éstas últimas y agencias estatales de emergencia que, para todos los efectos prácticos, celebraron acuerdos y compromisos de manera independiente a su respectivo Jefe de Estado o Jefe de Gobierno. Los sistemas cooperación informal, los mecanismos de alerta temprana, los importantes poderes reconocidos a agencias regulatorias globales como la OMS, parecen no registrar en el radar de un derecho internacional clásico que entiende al Estado soberano como una caja negra, al interior de la cual no le es permitido mirar[15]. Desde esa perspectiva, el derecho internacional parece, en efecto, no estar diseñado para el mundo en el que vivimos.

Ahora bien, muchos otros temas provocan la misma reacción: lo que en un tiempo fue llamado "Guerra Contra el Terrorismo"[16], por ejemplo, o los problemas derivados de la regulación financiera[17], el cambio climático[18] y la política de educación[19], entre muchas otros. En general, el argumento parece presentar variaciones en un tema común: la intuición de que los cambios políticos, económicos o tecnológicos han revelado ciertos límites del derecho internacional clásico, haciéndolo irrelevante para lidiar con esos mismos cambios. Consideremos el caso de la política anti-terrorista. Poco después de los atentados del 11 de Septiembre, se presentó una acalorada discusión sobre lo adecuado que era el lenguaje de derecho internacional para lidiar con ese reto[20]. Algunos argumentaron que la respuesta era negativa: el derecho internacional no estaba listo para ese desafío. Así, volviendo a los argumentos del llamado reto Austineano, se dijo en su momento que el derecho internacional no tenía el sistema centralizado de coerción, o que era demasiado indeterminado o Estado-céntrico, para servir como herramienta contra ese nuevo "enemigo"[21]. La mayoría de internacionalistas, sin embargo, no fueron tan lejos, y respondieron diciendo que era cierto que la política anti-terrorista reflejaba una necesidad de cambio para el derecho internacional; sin embargo, el lenguaje no se debía abandonar, sino debía ser mejorado[22].

14 FAO, OIE, WHO and WTO. Joint Statement of May 2 2009. Disponible en: http://www.wto.org/english/news_e/news09_e/jt_stat_02may09_e.htm

15 Vease W. Ferdinandusse, "Out of the Black Box? The International Obligations of State Organs" 29 *Brooklyn Journal of International Law* (2003) 46

16 Rene Urueña, "International Law as Administration: The UN"s 1267 Sanctions Committee and the Making of the War on Terror," *International Organizations Law Review* 4 (2008) 321.

17 David Zaring, "International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations" 33 *Texas International Law Journal* (1998) 281.

18 Hari M. Osofsky, "Is Climate Change "International"? Litigation"s Diagonal Regulatory Role," 49 *Virgina Journal of International Law* (2009) 586.

19 Armin Von Bogdandy, "The Exercise of International Public Authority through National Policy Assessment: The OECD"s PISA Policy as a Paradigm for a New International Standard Instrument," 5 *International Organizations Law Review* (2008) 241.

20 Para un resumen de ese debate, véase R. Urueña, *supra* nota 17, p. 326

21 Wade Mansell and Emily Haslam, "John Bolton and the United States" Retreat from International Law," 14 Social Legal Studies (2005): 459-485.Mansell and Haslam, "John Bolton and the United States" Retreat from International Law"; Frédéric Mégret, ""War"? Legal semantics and the Move to Violence," 13 *European Journal of International Law* (2002): 361.

22 Antonio Cassese, "Terrorism is Also *Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law,*" 12 European Journal of International Law (2001): 993.

Por supuesto, la estructura de este debate no es exclusiva del anti-terrorismo. Es posible discernir, en numerosas áreas del derecho internacional, el argumento según el cual una circunstancia en particular ha convertido el derecho internacional "tradicional" en algo obsoleto o ineficaz. Sin embargo, sigue el argumento, hay que medidas que *deben* ser tomadas: necesitamos lidiar con X (por ejemplo, el cambio climático, estándares adecuados de capital en instituciones financieras o el terrorismo) y lo haremos, con o sin el derecho internacional. Llamaré a este raciocinio la aproximación "gerencial" al derecho internacional, tomando el término prestado de Koskenniemi, quien afirma que existe una cierta cultura "gerencial" en la gobernanza global, que ve el derecho internacional como una de las muchas herramientas disponibles para lograr un cierto objetivo[23]. Esta visión, a su vez, llevaría a una cultura de la desformalización del derecho, que le quita al derecho internacional su fuerza normativa independiente[24], e implicaría además un cambio de vocabulario forzado en la disciplina; es decir, reemplazar "las costumbres arcaicas del derecho internacional por un lenguaje inspirado en la ciencia política de 'gobernabilidad', 'regulación' o 'legitimidad'"[25].

El reto del gerencialismo es, en esencia, el reto de una visión puramente instrumentalista del derecho, según la cual una norma jurídica no tiene ningún valor inherente, sino deriva su valor de la utilidad que tenga para alcanzar un cierto objetivo. Por supuesto, el objetivo no es dado por el sistema jurídico mismo, sino es percibido como dado. Así, la idea de un Estado de Derecho que tenga importancia en sí mismo se revela irrelevante: lo importante es el Estado de Derecho como medio para alcanzar algo, por ejemplo, la eficiencia económica (según el análisis económico del derecho[26]) o para defender cierta agenda particular (como podría pensarlo quienes adoptan la estrategia activista de litigio estratégico). Sólo así se justificaría, para la mentalidad gerencial, la relevancia del derecho.

DOS ESTRATEGIAS EN CONTRA DEL GERENCIALISMO

A pesar de parecer omnipresente en la actualidad, el gerencialismo no es la única posibilidad de concebir el derecho. En derecho nacional, la obra de Brian Tamanaha ha mostrado de manera convincente cómo la idea de considerar el derecho una mera herramienta no es un resultado necesario de la evolución en teoría jurídica[27]; y en efecto, de Jhon Finnis[28] a Dworkin[29], existen alternativas que nos permiten pensar de manera diferente. En derecho internacional, el reto del gerencialismo se ha sido resistido mediante dos estrategias que representan el esfuerzo de traer de vuelta el derecho a la ecuación de la gobernanza global: el regreso al formalismo y el derecho administrativo global.

La primera estrategia contra el gerencialismo es el regreso a la "cultura del formalista", propuesta por Koskenniemi. En su G*entle Civilizer of Nations*, Koskenniemi distingue entre la cultura

23 Martti Koskenniemi, "Global Governance and Public International Law," *Kritische Justiz - Vierteljahresschrift für Recht und Politik* (2004): 241.

24 Martti Koskenniemi, "The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics," *70 Modern Law Review* (2007): 1-30.

25 Martti Koskenniemi, "The Politics of International Law - *20 Years Later," 20 European Journal of International Law* (2009): 7-19.

26 Esto no quiere decir que la eficiencia sea el único objetivo del sistema jurídico para el análisis económico del derecho; al respecto, Véase: R. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (1993) p. 373. Sin embargo, sí quiere decir que para los mismos, el derecho debe buscar una justificación externa, una de las cuales es la eficiencia económica, Véase: See R. Posner, Economic Analysis of the Law (5th. edition) (1998) p. 30

27 Véase B. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law* (2006) p. 30

28 Véase J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1980)

29 Véase R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1985)

del dinamismo y la cultura del formalismo[30]: la cultura del dinamismo es muy parecida a lo que el mismo autor llamó en otro lugar la "aproximación de política pública" al derecho internacional; esto es, una aproximación teleológica al razonamiento jurídico que busca maximizar el bienestar social a través de la toma de decisiones legales[31]. La cultura del formalismo, por el contrario, es la "cultura de resistencia al poder, una práctica social de responsabilidad, transparencia e igualdad cuyo estatus no se puede reducir a las posiciones políticas de cualquiera de las partes cuyas peticiones se están tratando[32]". Si bien es cierto ya han pasado cuarenta años desde los debates en Nueva York de 1966, hay un claro paralelo entre la cultura del dinamismo y el gerencialismo que critico en este texto; así, el llamado de Koskenniemi para volver al formalismo parece mantener la simetría. Para el autor, en contra del grosero instrumentalismo del gerencialismo, es necesario rescatar la importancia de la forma jurídica en sí misma: la forma jurídica, como una "superficie" donde una petición particular se puede hacer en términos universales y el derecho, aunque indeterminado, puede cumplir con la promesa implícita en ser un argumento "legal" – y no meramente, por ejemplo, un argumento "político" o "moral".

La segunda estrategia para lidiar con el gerencialismo es el proyecto del Derecho Administrativo Global (GAL, por sus siglas en inglés). El proyecto busca implementa una estrategia de "abajo-arriba"; es decir, intenta limitar el poder global, no a través del regreso a la forma legal, sino mediante la adopción de ciertos aspectos del derecho administrativo en el contexto global[33]. La idea, en este contexto, no es fundar una sociedad civil global, sino mapear los distintos acuerdos procesales que forman el proceso de toma de decisiones global, e intentar destilar un carácter normativo común de las respuestas dadas a las exigencias de transparencia, consulta, participación, decisiones razonadas y mecanismos de revisión para promover la responsabilidad en el ejercicio del poder global[34].

Ahora bien, el Proyecto del Derecho Administrativo Global no niega su agenda normativa. A pesar de ser una poderosa reconstrucción de la estructura del orden jurídico internacional, su intención no es descriptiva. El manifiesto GAL es claro al afirmar que el proyecto está inspirado en tres objetivos normativos: un régimen de responsabilidad y rendición de cuentas, la protección de los derechos humanos, y el desarrollo de la democracia[35]. La estrategia argumentativa de GAL a este respecto es significativa. Según se afirma en el manifiesto, alcanzar uno (o todos) de estos objetivos normativos sería un resultado coherente del proyecto[36]. Sin embargo, sigue el argumento, dadas las realidades políticas de nuestro tiempo, parece poco probable que esto ocurra – y, por lo tanto, GAL debe limitar sus expectativas. Considérese, por ejemplo, el debate respecto a si el Derecho Administrativo Global necesariamente implica una agenda para la democratización del poder global. El primer manifiesto comenta que "algunos quisieran que el derecho administrativo global sirviera a estos objetivos en el contexto de administraciones que

30 Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law* 1870–1960 (2004) p. 500

31 Martti Koskenniemi, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument (2005, 1989), p. 201

32 Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960, p. 500

33 Benedict Kingsbury, Richard B. Stewart, and Niko Krisch, *"The Emergence of Global Administrative Law,"* 68 Law and Contemporary Problems (2005): 15.

34 Benedict Kingsbury, "The Concept of "Law" in Global Administrative Law," 20 *European Journal of International Law* (2009): 23-57.

35 Benedict Kingsbury, Richard B. Stewart, and Niko Krisch, "The Emergence of Global Administrative Law", supra nota 34, p. 48

36 Ibid.

operan a escala transnacional o internacional[37]". No obstante, GAL acepta rápidamente que "esta idea de un rol democrático por parte del derecho administrativo global es fácil de enunciar, pero enfrenta una serie de graves problemas de definición y aplicación.[38]". Por lo tanto, "quizá, entonces, sería aconsejable que el derecho administrativo global siguiera una aproximación menos ambiciosa y más pragmática[39]". El plan de acción es entonces presentado: "el mejor curso de acción provisional podría ser poner entre paréntesis el problema de la democracia (al tiempo que se alimentan atributos y tendencias democráticas, de ser viable), y centrarse en lograr objetivos más limitados, pero no por ello menos importantes[40]".

La estrategia de GAL es muy hábil. Si bien predica una lealtad general a valores liberales abstractos, no existe una agenda política concreta que pueda señalarse como propia del proyecto. En este sentido, es interesante ver cómo agudos críticos del derecho internacional fallan sistemáticamente al tratar de identificar concretamente qué es lo que critican en el derecho administrativo global. B.S Chimni, por ejemplo, acusa de manera general a GAL de ser parte del entramado global imperialista[41]. Y, por supuesto, esto puede ser cierto. Sin embargo, debemos recordar que Chimni considera que *todo* el derecho internacional puede ser leído como parte del esfuerzo imperialista[42]. Es decir, el autor indio no parecería ver nada en la agenda específica de GAL que lo hiciera un objetivo específico de crítica. El punto no es, sin embargo, que Chimni sea un crítico incompetente. Más bien, GAL parecería mantener su agenda normativa como una diana movible, difícil de individualizar. Y, en consecuencia, más allá de una lealtad general por los "derechos humanos" y la "democracia", ponderada por un pragmatismo político estratégico, GAL no parecería ofrecer una agenda normativa clara.

¿Cuál es entonces el valor de GAL como defensa frente gerencialismo? La clave es el concepto de "derecho", que en este caso conlleva importantes implicaciones. El proyecto no se trata de simple "Administración Global", sino trae consigo el poderoso mensaje normativo del derecho. Sin embargo, para GAL el derecho no puede ser visto como contenidos sustanciales específicos: en una comunidad altamente pluralista, el estándar común no puede ser sustancial, sino procedimental. Así, el concepto de "derecho" en derecho administrativo global es, de una parte, la visión hartiana del derecho como un hecho social[43], pero es también una visión procedimentalista que parecería más cercana a la moralidad interna del derecho de Fuller[44], que a cualquier otra teoría sustantiva de lo que podría entenderse como un Estado de Derecho Global. En todo caso, es este carácter de proyecto distintivamente jurídico (y no político, o de simple gobernanza) que lo separa y le da su artillería en contra del gerencialismo. El ser un proyecto jurídico implica que, sea cual fuere su agenda normativa, el proyecto del derecho administrativo global confía en la forma jurídica como un mecanismo efectivo de regulación del poder global.

En este sentido, GAL implica también un regreso al formalismo. También Koskenniemi confía en que hay algo específico e inherente en el lenguaje jurídico que tiene la potencialidad regular el poder

37 Ibid, p. 50

38 Ibid.

39 Ibid.

40 Ibid.

41 Véase B.S Chimni, "Global Administrative Law: Winners & Losers",*International Law & Justice Working Papers 2005; B.S Chimni, "Cooption and Resistance: Two Sides of Global Administrative Law", International Law & Justice Working Papers* 2005/16

42 Véase B.S Chimni, *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches* (1993)

43 Ibid, p. 29

global, por su propia fuerza. El formalismo de GAL es, sin embargo, estrictamente procedimental – aunque formalismo, después de todo. De alguna manera, ambos están diciendo: no todo vale. Puede que el lenguaje jurídico sea maleable, sin embargo, impone límites inherentes a su misma forma. El problema, por supuesto, es que no hay contenido en esta afirmación. Cierto, no todo vale. Sin embargo, ¿qué sí vale? Es imposible decirlo. Y, en consecuencia, mientras que ambas ideas se ofrecen a primera vista como posibles vías de resistencia al exceso en el poder global, su aplicación práctica resulta vacía de significado.

Es posible que tanto Koskenniemi como GAL pusieran de lado esta crítica, acusándola de ser excesivamente pragmática, o cortoplacista. Koskenniemi y GAL han sido claros en afirmar que su agenda no es de creación institucional. El destino del derecho internacional, dice el autor finlandés en el artículo publicado en este mismo volumen, no es rediseñar institución tras institución. Su destino es refundar la fe en el proyecto universalista. Y esto es cierto. Sin embargo, la recuperación de la forma jurídica como vehículo de justicia parecería simplemente desplazar el debate un nivel más allá, sin solucionarlo. Porque, después de todo, el proyecto del formalismo, en tanto mecanismo de conexión entre la pretensión particular y el orden general, es una agenda política más, preocupada por negar su carácter de tal. La forma es sólo sustancia; la sustancia, forma.

UNO, DOS, TRES CONSTITUCIONALISMOS

La aparente promesa incumplida del formalismo generó dos tipos de reacciones, cada una el opuesto conceptual y político de la otra: en una esquina, el regreso del marxismo y, en la otra, el constitucionalismo transnacional. La presente sección analizará de manera detenida la segunda reacción, no sin antes presentar de manera breve la primera. El regreso a la tradición crítica marxista del derecho internacional es diferente a la tradición soviética del derecho internacional. Ésta última reflejaba poco más que un positivismo extremo, mediante el cual se buscó usar el derecho internacional como una ciencia neutra, que sirviera de espacio de encuentro entre las dos superpotencias[45]. Por el contrario, el regreso al marxismo desconfía del lenguaje jurídico internacional, construye su proyecto a partir de la crítica de los derechos contenida en Sobre la Cuestión Judía[46] (entre otros) y busca denunciar la forma jurídica como opresiva en sí misma, y no simplemente en su contenido. En palabras de China Miéville, novelista de ciencia ficción y uno de los más interesantes exponentes de este regreso al marxismo en el London School of Economics:

[...] el intento de reemplazar la guerra y la desigualdad con el derecho no es solamente utópico – implica estrictamente su propio fracaso. Un mundo estructurado alrededor del derecho internacional sólo puede ser un mundo de violencia imperialista.

El caótico y sangriento mundo alrededor nuestro es el *Estado de Derecho*[47]"

Este escepticismo radical respecto a las posibilidades emancipadoras del derecho internacional encuentra su equilibrio en el

44 Ibid, p. 38

45 Véase el muy interesante (y digno producto de su época) J.N Hazard, "Cleansing Soviet International Law of Anti-marxists Theories" 32 American Journal of International Law (1938) 244; también, K. Grzybowski, *Soviet International Law and the World Economic Order* (1987); especialmente el Capítulo 2.

46 K. Marx, Sobre la Cuestión Judía (2009 [1844]).

47 C. Miéville, Between Equal Rights: *A Marxist Theory of International Law* (2005) p. 319 (énfasis en el original)

constitucionalismo transnacional. Ciertamente, el uso del término "constitucionalismo" se presta para tal debate que, en ocasiones, puede volverse inútil para propósitos analíticos. Si, adicionalmente, incluimos el rotulo de "transnacional", la confusión puede ser mayúscula. En este contexto, es útil aclarar que la expresión "constitucionalismo transnacional" puede hacer referencia a, por lo menos, tres diferentes agendas

Las fuentes internacionales del derecho constitucional

De manera creciente, el derecho constitucional integra en su argumentación instrumentos y decisiones internacionales. Los casos más claro son el derecho de los derechos humanos, el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario. Otros ejemplos son la protección de inversiones extranjeras y la regulación de servicios públicos. Sin embargo, esta constante referencia por parte del juez constitucional y el académico constitucionalista es usualmente de carácter ad – hoc, y refleja más una preocupación por la legitimidad del derecho constitucional, que un debate en términos de derecho internacional en sentido estricto. En Colombia, el foco de esta discusión ha sido el llamado "bloque de constitucionalidad", en la cual parece entreverse una imagen del derecho internacional como una unidad coherente, que de alguna forma "presta" su autoridad al derecho constitucional nacional[48]. Esta línea de investigación parece expandirse de manera muy rápida en la actualidad: ejemplos en Colombia son algunos artículos (muy diferentes entre sí) de Marco Gerardo Monroy Cabra[49] y de Diego López-Medina[50].

En derecho comparado, un ejemplo es el debate en derecho constitucional estadounidense respecto al rol que el derecho internacional y el "derecho extranjero" debe (y puede) jugar en las decisiones de la rama judicial de ese país[51]. El caso central sobre el particular es Medellín[52], que trató de un nacional mejicano de 18 años, quien admitió violar a una adolescente de 14, para luego ahorcarla con los cordones de sus propios zapatos a fin de evitar que no lo denunciara. A pesar de ser advertido de sus derechos mediante la denominada "advertencia Miranda", el individuo no fue informado sobre el derecho de asistencia consular que le correspondía, en virtud del Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. El individuo fue condenado a muerte en Texas y la Corte Suprema concedió *certiorari*. En su decisión, la Corte

48 Para un interesante análisis del "bloque de constitucional" en la jurisprudencia constitucional colombiana, Véase: R. Uprimny, "El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un Análisis. Jurisprudencial y un Ensayo de sistematización doctrinal" en Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas Para los Derechos Humanos, *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional* (2001).

49 M.G. Monroy, "El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional" 1 *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (2008)

50 D. López – Medina y A. Sánchez – Mejía, "La Armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Penal Colombiano". 12 *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2008)

51 Los dos polos más claros de ese debate serían, en una esquina, el Magistrado Antonin Scalia de la Corte Suprema de Estados Unidos, para quien el juez nacional tiene poco que aprender del régimen internacional o de regímenes nacionales extranjeros; y, en la otra esquina, Harold Hongju Koh, antes Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale y en el momento de escritura Asesor Jurídico del Departamento Legal del Departamento de Estado bajo Hilary Clinton, quien defiende la integración del derecho transnacional al derecho nacional. Sobre Scalia, véase por ejemplo, M. Waters "Justice Scalia on the Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation: Unidirectional Monologue or Co-constitutive Dialogue?" 12 *Tulsa Journal of Compa¬rative and International Law* (2004) 149. Adicionalmente, véase el interesante debate de Scalia con el Magistrado Stephen Breyer en el Washington College of Law en Enero del 2005, cuya transcripción está disponible en: http://www.freerepublic.com/focus/news/1352357/posts. La posición de Koh puede verse en: H. Koh, *"Why Transnational Law Matters" 24 Penn State International Law Review* (2006) 745; H. Koh, "Filártiga v. Pena-Irala: *Judicial Internalization of the Customary International Law Norm Against Torture in International Law* Stories" en J. Noyes, M. Dickinson y L. Janis (eds.) International Law Stories (2007); H. Koh, *"Internalization Through Socialization" 54 Duke Law Journal* (2005) 975; H. Koh, *"International Law as Part of Our Law" 98 American Journal of International Law* (2004) 43

52 Corte Suprema de Estados Unidos. Medellín v. Texas, 552 U.S. 491 (2008).

encontró que la Convención de Viena era en efecto una obligación internacional de Estados Unidos; no obstante, la misma no tenía efectos en derecho nacional estadounidense, salvo en el caso de que el Congreso hubiese adoptado legislación para darle tales efectos (o a menos que fuese considerado como un tratado "self-executing", posibilidad que la Corte descarta). Adicionalmente, la Corte Suprema encontró que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia no son vinculantes en derecho nacional estadounidense, y que el Presidente de ese país carece de poderes para hacer cumplir instrumentos de derecho internacional o decisiones de la Corte Internacional de Justicia, salvo autorización por parte del Congreso o de la Constitución. Medellín fue ejecutado el 5 de Agosto de 2008[53].

Una situación similar existe actualmente en la Unión Europea, en referencia a la relevancia de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La situación se origina a partir de la aplicación de la lista antiterrorista desarrollada por el Comité 1267, creado por el Consejo de Seguridad de la ONU con el fin de luchar contra el terrorismo[54]. Según establece la Resolución 1267 de 1999 (de donde se deriva el nombre del Comité), los Estados miembro de la ONU están en la obligación de congelar bienes y cuentas bancarias de individuos incluidos en la lista antiterrorista administrada por el Comité. Sin embargo, desde un primer momento, el proceso de inclusión generó controversia, pues era poco transparente y, lo que era peor, no proveía recurso jurídico alguno para cuestionar la inclusión de un individuo, lo cual podía generar graves violaciones al debido proceso[55]. Esta problemática se trasladó a la Unión Europea, pues mediante una Posición Común y una Regulación del Consejo Europeo[56], la Comunidad Europea decidió seguir lo ordenado por el Consejo de Seguridad y congelar los bienes de los individuos incluidos en la lista. Uno de los individuos afectados fue el señor Kadi, radicado en Arabia Saudita, quien tenían contactos cercanos con Al Barakaat International, una fundación con domicilio en Suecia, que había sido conectada con la red bancaria somalí del mismo nombre, acusada por de tener vínculos con organizaciones terroristas. La Comunidad decidió entonces congelar los bienes de Kadi y Al Barakaat. Los afectados presentaron recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, atacando el acto de inclusión por parte de la Comunidad, toda vez que había sido tal acto el que, según los accionantes, vulneraba sus derechos[57].

La Corte de Primera Instancia decidió que no tenía competencia para revisar la legalidad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, excepto si las mismas violaban normas de *ius cogens*. En este caso, la Primera Instancia encontró que no hubo violación de tales normas. El caso se movió rápidamente a apelación y llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Tribunal revocó la decisión de primera instancia y anuló la regulación que congeló los activos

53 Sobre las implicaciones de Medellín y otros casos de características similares en el debate político en Estados Unidos, Véase N. Feldman, When Judges Make Foreign Policy. NYT *Sunday Magazine,* Septiembre 28 de 2008.

54 Vease R. Urueña, supra nota 17.

55 Véase S. Schmemann, "Sanctions and Fallout; Swedes Take Up the Cause of 3 on U.S. Terror List", NYT, Enero 26, 2002; "U.S. Drops Names of 2 Swedes From Al Qaeda List at U.N.", NYT, Agosto. 23, 2002.

56 Posición Común 2001/154/CFSP y Regulación 881/2002. El Consejo Europeo está formado por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea y el Presidente de la Comisión, y es diferente del Consejo de Europa, que es una organización internacional independiente de la Unión Europea y tiene competencia en derecho humanos.

57 Véase Corte de Primera Instancia. Case T-306/01, *Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission,* 2005 E.C.R. II-3533; Case T-315/01, Kadi v. Council and Commission, 2005 E.C.R. II-3649.

58 Véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*

del señor Kadi[58]. Según el Tribunal, el régimen de derecho europeo es diferente del régimen de derecho internacional, y el primero no está sujeto jerárquicamente al segundo. En consecuencia, el Tribunal encontró que tenía competencia para revisar la legalidad del acto que implementó la Resolución de Consejo de Seguridad, por cualquier motivo y no sólo por violaciones al *ius cogens* (como lo había sostenido la Corte de Primera Instancia). Al proceder a realizar tal ejercicio, el Tribunal concluyó que, en efecto, el procedimiento de inclusión a la lista antiterrorista vulneraba el derecho a la defensa y el debido proceso de quienes fueran incluidos. Por lo tanto, se ordena la anulación de la regulación en tanto ordena el bloqueo de tales activos.

Diálogos constitucionales transnacionales

Una segunda dinámica que se vería cubierta por el concepto de "constitucionalismo transnacional" es la constante influencia que el derecho constitucional de un Estado puede tener en el derecho nacional de otros Estados. Esta agenda de investigación parecería alimentarse, de una parte, de una larga tradición de constitucionalismo comparado, al interior de la cual se busca investigar las soluciones dadas a problemas constitucionales en diferentes jurisdicciones (incluyendo tribunales internacionales que tocan temas de derecho constitucional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o su homóloga europea), parta luego intentar destilar puntos en común o divergencias y explicarlas[59]. Parte de esta primera tradición es también la aproximación institucionalista, que busca analizar el diseño de las instituciones y procedimientos relacionados con la aplicación del derecho constitucional en las diversas jurisdicciones[60].

Una segunda agenda de diálogos constitucionales transnacionales es el estudio de la interacción entre constitucionalistas. Aquí, el juez constitucional y los constitucionalistas se convierten en personajes cosmopolitas[61], que pertenecen a redes globales de intercambio de información e influencia y se ve influenciado por sus pares en diferentes lugares del mundo. El trabajo de Anne-Marie Slaughter fue líder en esta línea de investigación, argumentando que parte del "nuevo orden mundial" al que hacía referencia en su importante libro eran, precisamente, las redes transnacionales de jueces que interactuaban y se influenciaban recíprocamente, al margen de los respectivos Jefes de Estado[62]. En Colombia, César Rodríguez ha analizado las redes epistémicas que conforman lo que llama el neoconstitucionalismo en América Latina[63], y existen algunos trabajos empíricos sobre la interacción de jueces constitucionales colombianos con sus homólogos extranjeros[64]. Por supuesto, parte de la discusión aquí es si en efecto existe esta dinámica, o si la misma es sólo un fenómeno que ocurre porque cierta comunidad académica dominante dice que es está ocurriendo. Esta línea de investigación discute con interés la entrada de nuevos actores en el reparto de la obra (Sud África, por ejemplo, o la India, en adición a Estados Unidos y Alemania), así como las estrategias para entrar a este club (por ejemplo, la traducción de sentencias al inglés, la participación de redes de jueces constitucionales, etc).

59 Para un ejemplo de este ejercicio, *véanse los artículo en S.J Kenney, W.M Reisinger y J.C Reitz, Constitutional Dialogues in Comparative Perspective (1999)*

60 Uno de los más originales estudios en tal sentir todavía es M.R Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* (1986)

61 Véase P. S. Berman, *"Judges as Cosmopolitan Transnational Actors" 12 Tulsa Journal of Comparative and International Law* (2005) 109

62 A.M Slaughter, *A New World Order* (2005) p. 65

63 C. Rodríguez, *La Globalización del Estado de Derecho* (2009) p. 36

64 Véase, A. Azuero, "Redes de Diálogo Judicial Trasnacional: Una Aproximación Empírica al Caso de la Corte Constitucional" 22 *Revista de Derecho Público de la Universidad de Los Andes* (2008)

Constitucionalismo global

La tercera agenda es una estrategia de "arriba-abajo", que busca limitar el poder global a través de la adopción de valores como normas jurídicas internacionales que sirvan como defensa en contra de los abusos de poder global. Esta idea puede ser llamada, en términos generales, constitucionalismo global. Nuevamente, el uso de la expresión "constitucionalismo global" puede generar confusión[65]; no obstante, en esta caso me refiero esencialmente una estrategia que busca sujetar el ejercicio del poder público global a ciertos estándares legales, de manera análoga a como una Constitución nacional limita el ejercicio de autoridad en el escenario nacional.

El constitucionalismo global tiene dos vertientes: una sustantiva, la otra procesal. El constitucionalismo sustantivo, expuesto por Bardo Fassbender[66], Erika de Wet[67] y Ernst-Ulrich Petersmann[68], entre otros, sugiere que hay un "núcleo duro" del orden jurídico internacional, que sirve como límite último al poder global (de la misma forma en que funcionan las cartas de derechos en los sistemas nacionales latinoamericanos y europeos). El contenido de este núcleo cambia dependiendo del autor e incluye, entre otros, el derecho internacional de los derechos humanos[69] y la Carta de Naciones Unidas[70]. El constitucionalismo sustantivo, adicionalmente, implica frecuentemente una creencia en el rol fundacional del derecho internacional: de esta forma, una constitución global no es simplemente una forma de controlar poder, sino también un mecanismo para fundar algún tipo de comunidad política global, idea inspirada comúnmente en la experiencia de la Unión Europea[71].

La segunda vertiente es el constitucionalismo procedimental, defendido por Jan Klabbers[72], entre otros. De acuerdo con esta aproximación, el constitucionalismo sustantivo es demasiado estricto para ser trabajable y es en últimas perverso, ya que, en las palabras de Klabbers, "la idea de ir más allá de la política a través de la insistente adherencia a ciertos valores fijos está destinada a fallar, pues la referencia a esos valores es, en sí misma, inmensa e intensamente política[73]". ¿La respuesta? Una versión "lite" del constitucionalismo, que promovería ciertas reglas del juego, de manera tal que traería de regreso la política y *el derecho* a la gobernanza global, sin marcar las cartas respecto al resultado sustantivo de la discusión. Por supuesto, estas reglas están destinadas a ser procedimentales, ya que definen los límites del proceso político; por lo tanto, mientras que Dworkin inspira a los constitucionalistas pura sangre[74], Fuller es el hombre de los procedimentalistas[75].

---

65 Thomas Cottier and Maya Hertig, *"The Prospects of 21st Century Constitutionalism," in Konturen der neuen Welt(un)ordnung, Georg Kohler and Urs Marti* (eds.), 2003, 120.

66 Bardo Fassbender, "The United Nations Charter As Constitution of the International Community," 36 *Columbia Journal of Transnational Law (1998): 529; Bardo Fassbender, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community* (2009).

67 Erika De Wet, "The International Constitutional Order," 55 *International & Comparative Law Quarterly* (2006): 51-76.

68 Ernst-Ulrich Petersmann, "How to Reform the United Nations? :Lessons from the "International Economic Law Revolution" 53 *Aussenwirtschaft* (1998): 193.

69 Erika De Wet, *"The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order," 19 Leiden Journal of International Law* (2006): 611-632.

70 See Bardo Fassbender, supra note 67

71 Mattias Kumm, "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis," 15 *European Journal of International Law* (2004): 907-931.

72 Jan Klabbers, "Constitutionalism Lite," 1 *International Organizations Law Review* (2004): 31.

73 Ibid, p. 52.

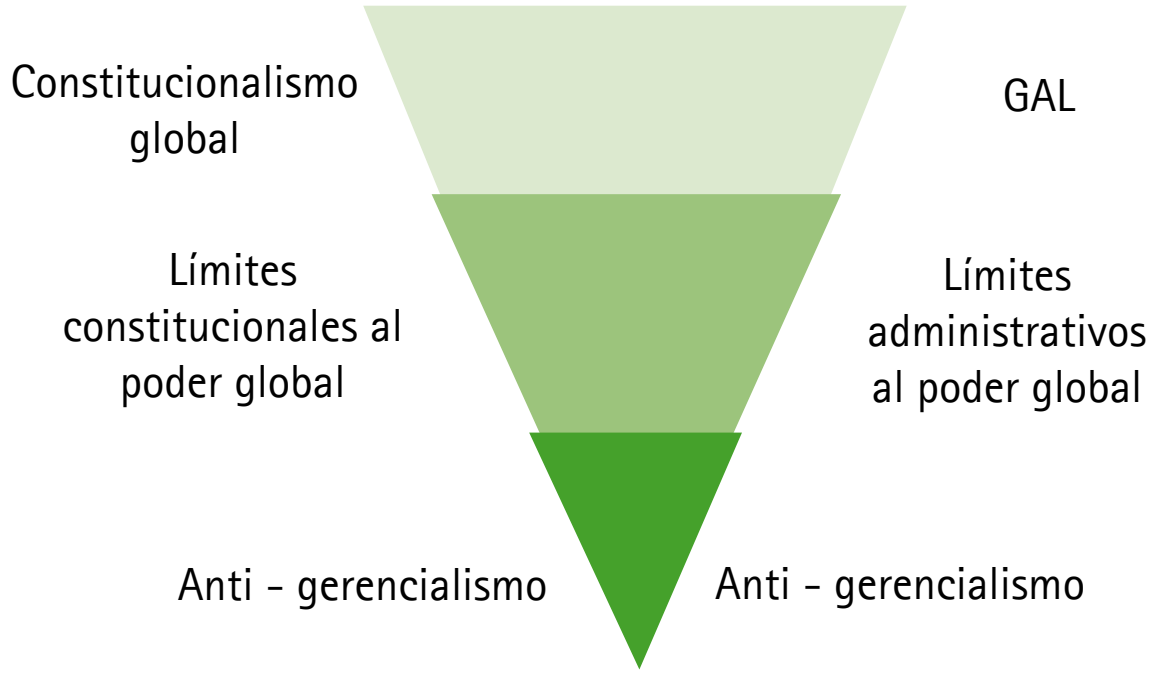
74 Ernst-Ulrich Petersmann, "Human Rights, International Economic Law and "Constitutional Justice", 19 *European Journal of International Law* (2008): 769-798.

75 Jan Klabbers, "Constitutionalism and the Making of International Law: Fuller"s Procedural Natural Law," http://www.nccrtrade.org/images/stories/projects/ip1/Klabbers_Jan_Constitutionalism%20and%20the%20Making%20of%20International%20Law.pdf.

Como resultará claro, las dos vertientes del constitucionalismo global y GAL tienen importantes puntos en común. En efecto, en un nivel fundamental, ambas comparten la agenda normativa de establecer límites al poder global. Adicionalmente, hay un vínculo entre

los lenguajes del derecho constitucional y del derecho administrativo: aunque para los juristas anglosajones estas disciplinas pertenecen a universos diferentes, las mismas están íntimamente conectadas en los currículos y la práctica profesional de los latinoamericanos o de los alemanes, para quienes tiene poco sentido hablar del derecho administrativo como un género distinto (y no como una especie) del derecho constitucional[76]. El proyecto constitucionalista, desde esta perspectiva, implica ciertos procedimientos de derecho administrativo; lo opuesto, sin embargo, no es cierto. El derecho administrativo global no implica una lectura constitucional de la gobernanza global. De ahí las diferencias que hacen estas estrategias diferentes: de acuerdo a los académicos de GAL, el constitucionalismo global está demasiado enfocado en los Estados y las organizaciones internacionales tradicionales, dejando a un lado centros menos formales de poder global[77]. El punto, entonces, no es que el constitucionalismo sea incapaz de explicar la gobernanza global, sino que las dinámicas más significativas de ésta (como las redes regulatorias o los estándares privados) simplemente no registran en el radar del constitucionalismo[78].

Gráfica 1



76 Véase Nico Krisch, "Global Administrative Law and the Constitutionalist Ambition," *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 10 (2009); Carol Harlow, "Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values" 17 *European Journal of International Law* (2006): 187-214.

77 Véase Ewan MacDonald and Eran Shamir-Borer, "Meeting the Challenges of Global Governance: Administrative and Constitutional Approaches" (2008), www.iilj.org/courses/documents/MacDonald.Shamir-Borer.92508.pdf.

78 Ibid.

LA PROMESA DEL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Quisiera detenerme en lo que queda de este artículo en la última definición del constitucionalismo transnacional; esto es, el constitucionalismo global, que parece ser la agenda con mayores pretensiones normativas respecto al derecho internacional. Después de todo, la investigación de las fuentes internacionales del derecho constitucional nacional parecería ser más un proyecto de reconstrucción normativa del derecho constitucional nacional que una reconstrucción del derecho internacional. A su vez, los diálogos constitucionales transnacionales parecerían ser más un proyecto de corte sociológico, tendiente a probar la influencia relativa de cada jurisdicción constitucional sobre sus pares, que una teoría sobre el impacto del pensamiento constitucional sobre el derecho internacional. En consecuencia, en términos de constitucionalismo global, debemos preguntarnos: ¿Cuál es la promesa del constitucionalismo para el derecho internacional? ¿Qué tiene que ganar el derecho internacional del constitucionalismo?

Existe una ventaja evidente que quisiera dejar entre paréntesis de entrada. El derecho constitucional ha desarrollado una amplia artillera de técnicas interpretativas de textos normativos abiertos (como los "principios"), que caen como anillo al dedo a numerosas instituciones de adjudicación internacional. Un ejemplo común son los "test de proporcionalidad", intensamente litigados en derecho administrativo alemán desde la segunda mitad del siglo XIX[79], integrados como la joya de la corona del constitucionalismo alemán de la postguerra[80], y luego adoptados por numerosos tribunales internacionales de derechos humanos[81] y por algunos tribunales constitucionales nacionales (entre otros, el colombiano[82]). Herramientas de este tipo han sido integradas como componentes comunes de la estructura del argumento jurídico internacional, no sólo en contextos de derechos humanos (por razones obvias), sino también en las decisiones del Órgano de Solución de Disputas de la Organización Mundial del Comercio[83], en el derecho de inversiones extranjeras[84] y en el derecho internacional de aguas[85]. Ahora: a pesar de su evidente utilidad, el caso de estas herramientas parecerían más un ejemplo de trasplante de una técnica del derecho constitucional nacional al derecho internacional, que un esfuerzo de apropiarse del valor normativo de una Constitución en derecho internacional[86]. Por supuesto, la constitucionalización de las técnicas de argumentación en derecho internacional no es una estrategia políticamente inocente; sin embargo, parecería ser la expresión de una agenda normativa más general, que un proyecto de reconstrucción del derecho internacional en sí misma.

79 Véase A. S. Sweet y J. Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism" 47 *Columbia Journal of Transnational Law* (2008) 72 p. 100-101

80 Véase, S. Baer, "Equality: *The Jurisprudence of the German Constitutional Court" 5 Columbia Journal of European Law* (1999) 249 p. 261-264

81 Para un ejemplo temprano, véase: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Marckx v. Belgium, 13 de junio de 1979 (Aplicación No. 6833/74)

82 Para uno de los primeros análisis en Colombia, véase C. Rodríguez, "El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad" en Observatorio de Justicia Constitucional de la Universidad de Los Andes. *La Corte Constitucional: El año de la consolidación* (1998)

83 Uno de los primeros textos fue D. Cass, "The "Constitutionalization" of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade" 12 *European Journal of International Law* (2001) 39

84 Véase H. Xiuli, "The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico" 6 Chinese Journal of International Law (2007) 635

85 Véase R. Urueña, "The Boundaries of the Law of International Watercourses" American Society of International Law, Proceedings of the 102nd Annual Meeting, The Politics of International Law (2008).

86 Véase, por ejemplo, el giro que Deborah Z. Cass le da en su libro de 2005 al argumento de su artículo del año 2001. A pesar de no hacer referencia a trasplantes jurídicos, parece claro en el 2005 para Cass que hablar de "constitucionalización" implica más que usar técnicas de interpretación desarrolladas en el contexto del derecho constitucional. Véase, D. Cass, supra nota 83 y compárese con D. Cass, The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System (2005) p. 97 y ss.

Piénsese en el precedente más cercano con el que contamos, el trasplante de técnicas del análisis económico del derecho al derecho internacional. En esa ocasión, numerosos autores y entidades de adjudicación integraron a su análisis del derecho internacional nociones como el óptimo de Pareto, algunos elementos de teoría de juegos y las externalidades, entre muchas otras[87]. No obstante, la agenda normativa del análisis económico del derecho internacional no era la integración de estas técnicas de análisis en sí misma. Tal integración era sólo el medio mediante el cual una verdadera redefinición del rol del derecho internacional sería intentada. En esa ocasión, la redefinición consistía en presentar al derecho internacional como una alternativa más entre una serie de opciones de mecanismos de regulación tendientes a alcanzar el óptimo de Pareto, o la reducción de costos de transacción, o la internalización de externalidades derivadas de una transacción. Por supuesto, la agenda normativa de esta redefinición del derecho internacional es la desregulación, o al menos la implementación de regulaciones no vinculantes (como el *soft law,* o los códigos auto-regulación de ciertas industrias[88]). En últimas, decía esta reconstrucción del rol del derecho internacional, no existe una verdadera razón normativa para cumplir las obligaciones jurídicas internacionales: si el valor normativo al cual debe aspirar el sistema jurídico es la eficiencia, e incumplir puede ser más eficiente para un Estado que cumplir, entonces ¿por qué cumplir?

La integración de técnicas de interpretación constitucional es, en consecuencia, sólo la expresión de una agenda normativa más amplia. Esta agenda normativa es, en últimas, la respuesta a qué puede ganar el derecho internacional del constitucionalismo. Y la mejor forma de entenderla es a través de sus causas. El constitucionalismo como proyecto de reconstrucción del derecho internacional es una reacción a la incertidumbre y ansiedad generada, de una parte, por la aparente fragmentación del derecho internacional, y de otra, por la multiplicidad interna de valores de los que debe dar cuenta el derecho internacional. Comencemos con la fragmentación. No es este el espacio para recapitular esta problemática; baste decir que, como lo ha sostenido la Comisión de Derecho Internacional, "la fragmentación del mundo social internacional ha alcanzado significado jurídico, especialmente al ir acompañada de la aparición de normas o complejos de normas, instituciones jurídicas o esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos[89]". Ejemplos de tales "complejos de normas relativamente autónomos" son el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional ambiental o el derecho internacional económico. Así, por ejemplo, el derecho internacional económico tiene una institución de adjudicación propia (la OMC), un cuerpo normativo base (el Tratado de Marrakesh), un *telos* propio (la liberalización de los mercados), un estilo de interpretación jurídica y un grupo de practicantes y académicos propio de tal forma que, en la práctica, parecería ser un régimen auto – contenido; es decir, que existe y funciona de manera satisfactoria sin necesidad de referencia externa[90]. Si a esto se suma que existen muchos otros regímenes percibidos como auto – contenidos, se dimensiona el problema de la aparente fragmentación del derecho

87 Para un par de ejemplos recientes, véase A. T. Guzman. *How International Law Works: A Rational Choice Theory* (2008) y J.P. Trachtman. *The Economic Structure of International Law* (2008). Menos reciente, pero aún muy influyente, es J. Goldsmith y E. Posner, *The Limits of International Law* (2005)

88 Sobre este punto, explorando el ejemplo de la International Standards Organization (ISO), véase J. Klabbers, "Reflections on Soft International Law in a Privatized World", 16 Finnish Yearbook of. International Law (2005) 313

89 Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Fragmentación y Expansión del Derecho Internacional* (18 de Julio de 2006) U.N. Doc. A/CN.4/L/.702.

90 La inclinación luhmanniana de esta descripción del orden jurídico internacional en términos de regímenes autopoiéticos se hace aún evidente en la versión que Teubner elabora de la misms. Véase A. Fisher-Lescano y G. Teubner, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law" 25 *Michigan Journal of International Law* (2004) 999

internacional: en vez de ser un sistema coherente, el régimen jurídico internacional parecería un archipiélago de islas cuyos habitantes no parecen tener ganas de entrar en contacto unos con otros[91].

De igual forma, el derecho internacional tiene que dar cuenta de una diversidad interna de valores difícil de administrar. Ahora bien, al incluir las expresiones "diversidad", "valores" y "derecho internacional" en la misma frase, la conexión que viene a la mente es el tradicional debate respecto a la posible universalidad del derecho internacional (por ejemplo, del derecho de los derechos humanos). Creo, sin embargo, que este último debate no es una causa del proyecto constitucionalista global. En efecto, la estructura del debate universalista pone al derecho internacional de un lado, las "culturas" (típicamente no – occidentales) del otro, y se pregunta: ¿cómo se relaciona este derecho con estas culturas? El problema es que esta aproximación parecería ver el derecho internacional como una unidad monolítica, con valores unívocos (por ejemplo, individualismo o propiedad) que son luego el objeto del debate respecto a la cultura no occidental que se analice. Sin embargo, este no es el caso. El derecho internacional es internamente incoherente en términos de valores: persigue los derechos humanos como ideal universal, pero ordena el respeto por la diversidad cultural entendida en su contexto; regula de manera estricta la protección del medio ambiente y de manera igual de estricta establece la liberalización del comercio a pesar del medio ambiente; busca la efectividad en la lucha sin cuartel contra la impunidad y es el mejor argumento para la protección del debido proceso de los acusados en esa lucha; busca la protección de la inversión extranjera y al mismo tiempo la protección de la soberanía regulatoria. El derecho internacional, en fin, hace de la soberanía un ídolo, sólo para enseñar a sus sacerdotes que el sacrilegio es necesario.

Esta diversidad de valores, *internos* al discurso jurídico internacional, es la segunda causa detrás del proyecto del constitucionalismo global. La primera, como hemos visto, es la ansiedad derivada de la aparente fragmentación del derecho internacional. El proyecto de reconstrucción entra entonces en acción: si tenemos un problema de fragmentación entre regímenes auto-contenidos, necesitamos un meta–régimen que nos permita decidir entre las diferentes alternativas. Si tenemos un problema de incoherencia valorativa interna en derecho internacional, necesitamos un meta–valor que nos guie en la interpretación de los otros valores del régimen. Este meta–régimen, este meta–valor, es literalmente *constitucional*: constituye alrededor suyo el resto del sistema jurídico internacional. Le da orden, coherencia, sentido y, por cumplir tal función, promete triunfar donde el regreso al formalismo y el derecho administrativo global fallan. En contra del gerencialismo, el constitucionalismo global nos dice: es en este meta-régimen donde se hallará la fuente de valor inherente en la forma jurídica internacional. El derecho internacional no es un mecanismo de incentivos más. Si desenterramos, como geólogos, las diferentes capas que subyacen cierta práctica jurídica, encontraremos algún día la fuente inmanente de su valor normativo[92]. Como reacción a la fragmentación y a la pluralidad interna de valores, el constitucionalismo promete entonces ser nuestra última línea de defensa contra del gerencialismo.

91 La literatura sobre fragmentación es actualmente amplia. Un buen texto introductorio de gran riqueza en referencias bibliográficas es M. Koskenniemi y P. Leino, "Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?" 15 *Leiden Journal of International Law* (2002) 553

92 Tomo la metáfora de la práctica geológica de J.H.H Weiler, "The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy" 64 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2004) 54

ESPEJISMOS CONSTITUCIONALES

Al describirse a sí misma como "constitucionalista", esta agenda anti-gerencial deviene analizable en términos de la tradición constitucionalista nacional. En esta última sección, quisiera comparar la agenda del constitucionalismo global con la tipología tradicional de constituciones que ha sido presentada (con algunas variaciones) en derecho constitucional nacional. Un excelente ejemplo colombiano es el resumen de tipologías clásica de las constituciones que proponen Uprimny y Rodríguez[93], quienes clasifican las constituciones alrededor de dos variables: su contenido y su fuerza normativa, de la siguiente manera:

Ahora bien, el constitucionalismo global como solución al gerencialismo se ubica en la columna derecha de esta tabla. Es decir, la "constitución global" no es un simple documento político (pues si ese fuera el caso se ubicaría, a pesar de su nombre, en la más pura la tradición gerencialista), sino cuenta con verdadero valor normativo. Tal valor normativo puede residir en los procedimientos que establece (como sería el caso del constitucionalismo "lite" de Klabbers), o en valores sustanciales que son aceptados como fundacionales en el régimen jurídico internacional, como los derechos humanos o ciertas normas de *ius cogens,* entre otros. Existe, entonces, una dinámica paralela entre constitucionalismo tradicional y constitucionalismo global. Los problemas globales que buscan ser solucionados

Figura 2:
Constitucionalismo global en la tipología de constituciones propuesta por Uprimny y Rodríguez [94]

		Fuerza Normativa de la Constitución	
		Documento político	**Normativa**
Contenido de la Constitución	**Procedimental o marco**	I. Francia antes de 1958	II. Visión de Kelsen y Constitución austriaca; Constitución de EE.UU. después del New Deal *En derecho internacional:* Klabbers
	Valorativa o programa	III. Antiguos países comunistas	IV. Alemania; Italia; países con "neo-constitucionalismo" *En derecho internacional:* Fassbender, de Wet, Petersmann,

93 R. Uprimny y C. Rodríguez, "Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho" *Debates de Coyuntura Económica*, No. 62 (2005) 23

mediante la referencia constitucional existen también en derecho constitucional. Sin embargo, la solución propia del constitucionalismo nacional no es aplicable a su equivalente global. Como resultado, la del derecho constitucional no es más que una promesa incumplida para la gobernanza global, un espejismo que se persigue y no se alcanza, porque en realidad no está allí.

El problema fundamental yace en que tanto el derecho internacional como el derecho constitucional son regímenes que tienen al Estado como sujeto – y no solamente como su creador. En consecuencia, todo problema estructural predicable del derecho internacional es predicable del derecho constitucional. En este caso, hemos identificado dos problemas que inspiran la aparición del constitucionalismo global como reacción al gerencialismo: la fragmentación y la pluralidad de valores internos al derecho internacional. ¿Existe fragmentación y pluralidad de valores al interior del derecho constitucional? Sin lugar a dudas. La fragmentación del derecho internacional y la multiplicidad de valores subyacentes es sólo un reflejo de la fragmentación disciplinaria al interior de la sociedad nacional, en términos de expertos que a su vez construyen regímenes nacionales separados[95]. No existe "lo internacional" en términos sociológicos. Si hay una dinámica sociológica de fragmentación a nivel global, es porque hay una dinámica sociológica de fragmentación nacional que simplemente se expande de más allá de la frontera del Estado – Nación.

Tales divisiones son asunto diario en derecho constitucional nacional. Considérese el debate en Colombia sobre los efectos económicos de las decisiones de la Corte Constitucional. Allí, las decisiones judiciales que han integrado criterios constitucionales para la determinación de salarios de servidores públicos[96], aumento del salario mínimo[97] o política de vivienda[98], han generado una importante controversia entre abogados y economistas. Podríamos tomar otros ejemplos, como el debate en otras jurisdicciones respecto al rol del argumento científico[99] o del riesgo[100] en la adjudicación por cortes nacionales sobre temas ambientales o comerciales. Todos estos ejemplos muestran discursos normativos fragmentados, en los que dos o más formas de entender el mundo (derecho y economía; ciencia y derecho) se oponen en el marco de un proceso de adjudicación, argumentando cada una sus respectivos valores expresados en términos jurídicos.

En casos de conflicto de estas características, el texto de la Constitución no ofrece certidumbre. Por el contrario, ofrece una serie de alternativas que son catalogadas y ponderadas por el juez constitucional, quien toma después llega a una

94 Tomada de R. Uprimny y C. Rodríguez, "Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho" *Debates de Coyuntura Económica*, No. 62 (2005) 23 p. 26. Las adiciones respecto al derecho internacional son incluidas por el autor.

95 Véase D. Kennedy, "Challenging the Expert Rule: The Politics of Global Governance", 27 Sydney Law Review (2005) 5

96 Véanse, Corte Constitucional, Sentencias C – 1433 de 2001 (MP Antonio Barrera Carbonell) (donde la Corte establece que el Artículo 53 de la Constitución exige que el salario de los servidores públicos sea aumentado, al menos, cada dos años en proporción del IPC), C-1064 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño) (donde se confirma el precedente anterior, pero se permiten aumentos en proporción menor al IPC para salarios altos, en virtud del principio de progresividad), y C-1017 de 2003(M.P Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil) (donde establece que el Artículo 53 de la Constitución exige, al menos, un aumento de la mitad del IPC para salarios de más de dos SMLV, y del IPC para los salarios de menos de dos SMLV)

97 Véase Corte Constitucional, Sentencia C – 815 de 1999 (M. P. José Gregorio Hernández) (donde se establece que el ajuste salarial de un año no podría ser inferior a la inflación pasada). Para el debate del lado de los economistas, véase M. Hofstetter, "Política Monetaria y la Corte Constitucional: El Caso del Salario Mínimo". Documento CEDE 2005 - 36

98 Corte Constitucional, Sentencia C -700 de 1999 (M. P. José Gregorio Hernández)

99 Véase J. Paterson, "Trans-science, Trans-law and Proceduralization", (2003) 12 *Social and Legal Studies* 523

100 Véase U. Beck, "Conflicts over Progress: The Technocratic Challenge to Democracy", in U. Beck, *Ecological Politics in an Age of Risk* (1995) 158 (originalmente publicado en U. Beck, *Gegengifte: Die organisierte Unverantwortlichkeit* (1988))

decisión, caminando el estrecho sendero entre la libertad y la restricción que le impone el texto constitucional. Ahora: no es el objetivo de este artículo ofrecer una teoría de la adjudicación. Sin embargo, sí parece estar claro que una forma plausible de entender el proceso de adjudicación constitucional es subrayar que, ante conflictos de visiones del mundo como los planteados, tener una "Constitución" no soluciona, de por sí, absolutamente nada. En derecho constitucional nacional, esto es, el meta-régimen que nos permite solucionar el problema de fragmentación y de pluralidad de valores, apenas comienza con el texto constitucional. Más allá del texto (que es, por supuesto, necesario) están las restricciones derivadas del contexto en el cual ocurre la adjudicación constitucional. Es decir, el constitucionalismo nacional cumple su promesa mediante un complejo baile entre la Constitución y un proceso vital de interpretación, en el marco del cual la comunidad epistémica a la que pertenece el juez constitucional es de fundamental importancia[101]. Esta dinámica es una realidad para el juez constitucional - *este proceso* es la esencia del constitucionalismo nacional. A la pregunta sobre las presiones a las que se ve sujeto un juez constitucional al decidir un caso políticamente controversial, Manuel José Cepeda, ex – Presidente de la Corte Constitucional colombiana, respondió:

"Mi tesis es que cada comunidad tiene unas reglas de juego y de referencia. A un periodista no le importa lo que piense de él o de ella un magistrado, pero sí le importa la opinión de otros periodistas. Para un magistrado no es importante lo que piense un columnista. Su comunidad de referencia es la comunidad jurídica. Pasa lo mismo con los directores del Banco de la República. No hay miembro de la Junta que tenga en cuenta la opinión de los periodistas sobre la tasa de interés".

[reportera] "¿Quiénes forman esa comunidad jurídica de referencia?

"Está compuesta por los que han intervenido en el proceso con tesis serias. Profesores, decanos, ciudadanos y ONG importantes que plantearon argumentos serios en el proceso. Segundo, lo que le importa a un magistrado es que su interpretación sea razonable según la comunidad de juristas, y por eso pesan los precedentes de la Corte. Y tercero, importan las doctrinas de los tratadistas connotados[102]".

¿Cómo respondería esa pregunta el constitucionalista global? ¿Cuál es su comunidad epistémica? Es difícil saberlo. Lo más cercano que tenemos es la descripción de Anne-Marie Slaughter, que resalta la desagregación del Estado como elemento central de la política internacional[103]. Como resultado, lo que queda es un complejo set de redes regulatorias, es decir, "instituciones informales que conectan actores a través de fronteras nacionales y desempeñan varios aspectos de la gobernanza global en formas nuevas e informales[104]". Tales redes conectarían los "profesores, decanos, ciudadanos y ONG's" a los que hace referencia Cepeda, alrededor de patrones de relaciones regulares entre agencias

101 Sobre las comunidades epistémicas, véase P. Haas, "Introduction: Epistemic Communities and International Policy Co-Ordination" y P. Haas, "Banning Chlorofluorocarbons: Epistemic Community Efforts To Protect Stratospheric Ozone" 46 International Organizations (1992) 1 y 187, respectivamente; P. Haas, "Obtaining International Environmental Protection Through Epistemic Consensus" en I. Rowlands & M. Greene (eds), *Global Environmental Change And International Relations* (1992) y, finalmente, P. Haas, "Social Constructivism and the Evolution of Multilateral Governance". In: J. Hart & A. Prakash (eds), *Globalization and Governance* (1999)

102 J. León, "Manuel José Cepeda: "Yo nunca propuse que la primera reelección fuera inconstitucional"" *en La Silla Vacía*, 9 de febrero de 2010. Disponible en: http://www.lasillavacia.com/historia/6665

103 A.M Slaugher, *A New World* Order (2004). En contra de esta concepción de comunidad internacional, véase B. Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law" 250 *Recueil des Cours* (1994)

104 See A.M Slaughter and D. Zaring, "Networking Goes International: An Update" 2 *Annual Review of Law and Social Sciences* (2006) 211 p. 215

gubernamentales, jueces, activistas, académicos, entre otros. Así, actores estatales y no – estatales se organizan alrededor de ciertos intereses (por ejemplo, los derechos humanos, los derechos de la mujer, la protección de los inversionistas, el medio ambiente) y constituyen la comunidad internacional basada no necesariamente en instituciones, sino en valores e intereses.

No obstante, esta visión de comunidad simplemente reproduce el problema de fragmentación que el constitucionalismo global intenta solucionar. Si aceptamos que el valor del constitucionalismo nacional está en su carácter de *proceso*, entonces debemos reconocer que la simple adopción de una "constitución global" (sea ésta una Carta de derechos humanos, la Carta de las Naciones Unidas, o ciertos procedimientos de toma de decisiones) será insuficiente. Y si intentamos globalizar la "danza constitucional nacional" que se da entre el texto y la comunidad epistémica a la que pertenece el intérprete, terminaremos reproduciendo de manera fatal el problema que intentamos solucionar: la fragmentación y pluralidad interna de valores. El proyecto constitucional en derecho internacional persigue, entonces, un espejismo que al momento de alcanzarse, se convertirá en arena.

CONCLUSIÓN

Este artículo plantea una crítica interna al proyecto de constitucionalismo global. Para hacerlo, describió al constitucionalismo como una reacción al problema del gerencialismo, al cual también han reaccionado los otros dos grandes proyectos de reconstrucción del derecho internacional contemporáneo: el regreso al formalismo y el derecho administrativo global. El artículo argumentó que la promesa especial del constitucionalismo global es superar la fragmentación del derecho internacional y la pluralidad interna de valores. De esta forma, se presume, el constitucionalismo global es una defensa efectiva en contra del gerencialismo. En ese punto, el artículo se toma en serio el aspecto "constitucional" del constitucionalismo global, y destaca que los problemas globales que buscan ser solucionados mediante la referencia constitucional existen también en derecho constitucional nacional. Sin embargo, la solución propia del constitucionalismo nacional no es aplicable a su equivalente global. Como resultado, la del derecho constitucional no es más que una promesa incumplida para la gobernanza global, un espejismo que se persigue y no se alcanza, porque en realidad no está allí.