

La respuesta europea a la crisis de los refugiados

José María Porras Ramírez

El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea

Calogero Pizzolo

Deferencia internacional, vaguedad del margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión

Javier García Roca

Malos tiempos para el estado de derecho en la Unión Europea

Susana Sanz Caballero

Líneas de debate sobre el derecho constitucional en la era de la globalización

José María Serna

Por una perspectiva dialógica del derecho constitucional europeo

Laurence Burgogue-Larsen

La independencia judicial como requisito para la emisión de la orden europea de detención

Jeremías Brusau

Sobre la ponderación de los intereses concurrentes de las víctimas y de la defensa en la Directiva 2012/29/UE

Rocío E. Buosi

# Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

**RI&HR**

Jean Monnet  
Centro de Excelencia  
"Integración Regional  
y Derechos Humanos"

Jean Monnet  
Centre of Excellence  
"Regional Integration  
and Human Rights"

**IR&DH**



Año VII – Nr. 2 – 2019



Cofinanciado por el  
programa Erasmus+  
de la Unión Europea



# Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet  
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época  
*Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet*  
(2013 - 2019)

Año VII – N° 2 – 2019

**ISSN: 2346-9196**

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)  
Buenos Aires - Argentina  
[jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar](mailto:jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar)

# Líneas de debate sobre el derecho constitucional en la era de la globalización<sup>1</sup>

## §

José María Serna<sup>2</sup>

### Sumario

---

**I. Introducción: ‘lo Constitucional’ en la era de la globalización. II. Primera línea: la “confrontación de paradigmas”. III. Segunda línea: globalización y su impacto (positivo o negativo) en normas y principios constitucionales básicos. IV. Tercera línea: la “constitucionalización del Derecho Internacional”. V. Cuarta línea: la globalización del Derecho Constitucional como “convergencia”. VI. Reflexión final.**

---

**I. Introducción: ‘lo Constitucional’ en la era de la globalización. II. Primera línea: la “confrontación de paradigmas”.**

El reconocimiento de que “algo” está pasando con el “poder” y con el “Estado” en el contexto de la globalización (expresado, por ejemplo, en lo que Picciotto denomina la transición del “gobierno” a la “gobernanza”),<sup>3</sup> ha abierto debates diversos desde la perspectiva del derecho constitucional. Y esto es totalmente lógico por las siguientes razones: el derecho constitucional *moderno* tiene como objeto primordial el control del poder político (localizado en el Estado). Toda la teoría y la dogmática constitucionales de la *modernidad* se han construido alrededor de este supuesto. Ahora bien, si el poder político (estatal) se está transformando de manera relevante en el marco de procesos que tienen que ver con la globalización y la gobernanza

---

<sup>1</sup> El presente texto fue publicado como el Capítulo V de mi libro *titulado Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho (UNAM).

<sup>3</sup> PICCIOTTO, *Constitutionalising Multi-Level Governance*, “Cardozo School of Law and NYU School of Law”, año 2007, November 4-5, p. 1.

global, entonces es lógico y natural que surjan cuestionamientos y discusiones alrededor de conceptos teóricos y dogmáticos (tradicionales) del derecho constitucional.

Parafraseando a Held, podríamos afirmar que el significado de las constituciones, del constitucionalismo, de los procesos constitucionales en los Estados-nación de la actualidad, debe ser explorado en el contexto de una sociedad internacional compleja, formada por organizaciones internacionales y regionales, por actores no-estatales de carácter transnacional, y por actores, procesos, intercambios y flujos nacionales e internacionales de diverso tipo que escapan a los controles tradicionales del Estado-nación.<sup>4</sup>

En las siguientes páginas se esbozará de manera sucinta las diversas líneas de debate detectadas en la literatura académica preocupada por el tema. Será un resumen muy apretado y esquemático, cuyo propósito consiste en identificar los cambios posibles que ha experimentado la forma de entender 'lo constitucional', en la era de la llamada globalización y ante los retos que plantea la 'gobernanza global'.<sup>5</sup>

## **II. Primera línea: la “confrontación de paradigmas”.**

Existe un sector de la literatura que sugiere la necesidad de un cambio de paradigma para explicar el impacto de la globalización en el derecho constitucional.

---

<sup>4</sup> Me refiero aquí a la explicación que da Held sobre cómo el Estado-nación está cada vez más inmerso en redes de interconexión mundial, permeadas por fuerzas supranacionales, intergubernamentales y transnacionales, lo cual ha abierto otro debate relevante: el de la soberanía del Estado en el contexto de un mundo “post-westfaliano”. Por ello es que Held sostiene que “...el significado de las instituciones políticas actuales debe ser explorado en el contexto de una sociedad internacional compleja y de un amplio espectro de organizaciones internacionales y regionales, existentes y emergentes, que trascienden y median las fronteras nacionales.” HELD, *La Democracia y el Orden Global*, p. 43.

<sup>5</sup> Cuando se antepone el artículo neutro a un adjetivo, éste se sustantiviza y en ocasiones puede llegar a tener un valor colectivo. Así, hablar de “lo constitucional” implica identificar qué normas tienen una naturaleza constitucional, sea por versar sobre la protección de derechos humanos de las personas, o por regular procesos de gobierno clave. Esto nos lleva a una de las preguntas centrales de la presente investigación: ¿Sólo la Constitución del Estado nacional protege derechos humanos y regula procesos de gobierno clave? O, en otras palabras: ¿“Lo constitucional” solamente se encuentra en la Constitución del Estado nacional?

En esta línea se encuentran trabajos como el de Anderson, cuyas ideas principales pueden resumirse en el siguiente párrafo:

“Uno de los temas centrales en estos debates [sobre la globalización], tiene que ver con el grado en que el poder político ha dejado de residir exclusiva o primordialmente, en las instituciones de gobierno del estado nacional. Se argumenta que somos testigos del surgimiento de formas relevantes de autoridad política por fuera del foco tradicional en las instituciones públicas del estado, y que los actores e instituciones de la economía global están estableciendo cada vez más los patrones de conducta de la vida social.”<sup>6</sup>

El argumento central de Anderson es el siguiente: necesitamos reconfigurar nuestra comprensión del derecho constitucional y de los derechos constitucionales de acuerdo al paradigma del pluralismo jurídico. Es este paradigma el que nos permite entender mejor, y responder a los retos actuales del constitucionalismo en la era de la globalización. El pluralismo jurídico nos proporciona las herramientas para aprehender la realidad contemporánea consistente en la existencia de múltiples sitios de gobernanza. El pluralismo jurídico permite introducir en el análisis categorías excluidas del discurso tradicional del constitucionalismo, centradas en el Estado, ante el poder creciente de actores privados; la idea es lograr la rendición de cuentas de todas las formas de poder que hay en la actualidad. Se requiere, por tanto, un cambio de paradigma, pues el anterior ha perdido contacto con los patrones contemporáneos de poder.<sup>7</sup>

Nos llevaría mucho tiempo y espacio explicar aquí la idea que Anderson tiene del pluralismo jurídico. Simplemente diremos que en su esquema el constitucionalismo en la actualidad debe abarcar tanto cuestiones de poder público, como de poder privado. Y de ello deriva un argumento en favor de la existencia de múltiples fuentes de derecho constitucional. Asimismo, el pluralismo jurídico de Anderson también se opone a la idea de que el Estado es el único sitio del discurso constitucional, y resalta la necesidad de ir más allá de la constitución explícita para explicar los fenómenos constitucionales contemporáneos. Según Anderson, como el

---

<sup>6</sup> ANDERSON, *Constitutional Rights after Globalization*, p. 3.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 3-4.

Estado no tiene el monopolio de crear derecho constitucional, entonces es necesario desarrollar un enfoque de análisis que tome en cuenta otros sitios de producción.<sup>8</sup>

En una línea similar, Neil Walker habla del surgimiento de un “pluralismo constitucional”,<sup>9</sup> es decir, de lo que califica como una “proliferación de sitios constitucionales”, teniendo en mente principalmente la experiencia de la Unión Europea, pero también las de entidades como el esquema de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Para Walker la proliferación de sitios constitucionales *post-estatales* y el surgimiento de nuevos procesos de relación entre los distintos sitios, cada uno con su propio marco metaconstitucional de justificación, es una característica central de la era *post-Westfaliana*.<sup>10</sup>

La pregunta clave que Walker se hace, en la cual se puede apreciar el nivel paradigmático en el que se mueve su análisis, es la siguiente: ¿La forma del pensamiento constitucional, es adecuada para “capturar” las tendencias post-nacionales? Algunos autores contestan que no: el constitucionalismo ‘tradicional’ o ‘clásico’ (centrado en instituciones públicas estatales) no es útil para explicar y para desarrollar razonamiento práctico, en la configuración y limitación de la autoridad en un contexto post-estatal.<sup>11</sup> Sin embargo, Walker afirma lo contrario. Es decir, defiende la idea de que la forma del pensamiento constitucional sí puede adecuarse y ser normativamente útil ante lo que llama las ‘tendencias post-nacionales’. Y su explicación gira en torno a la idea ya mencionada de ‘pluralismo constitucional’.

En otro ensayo, y vinculado también con la idea de ‘pluralismo constitucional’, Walker desafía el constitucionalismo centrado en el Estado, así como la noción de que los *modos de gobierno constitucional* son exclusivos de los Estados. De esta manera, examina el desarrollo, más allá del Estado, de ciertos niveles e instancias con capacidad de toma de decisiones, así como de ciertos tipos de instituciones y prácticas transnacionales con capacidad regulatoria, que están normalmente

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 145-151.

<sup>9</sup> WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, “Modern Law Review”, año 2002, vol. 65, pp. 318-319.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 357.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 324.

asociados a la oferta de “gobernanza constitucional”.<sup>12</sup> Con ello, se refiere a organizaciones regionales como la Unión Europea o el TLCAN; o bien a organizaciones funcionales como la OMC y la *Internet Corporation of Assigned Names and Numbers* (ICANN), así como a instituciones globales dentro del marco de las Naciones Unidas.<sup>13</sup>

Asimismo, estudia Walker la tendencia creciente de estas instancias post-estatales con capacidad de generar políticas, y de las instituciones y prácticas de regulación vinculadas a ellas, a ser conceptualizadas en términos constitucionales explícitos, así como el crecimiento en la ‘imaginación’ constitucional de instituciones regulatorias post-estatales.<sup>14</sup>

En suma, en esta primera línea (en la que se ubican autores como Anderson, Walker y otros más, como Teubner<sup>15</sup>), se puede identificar un común denominador: los procesos identificados con la globalización y la gobernanza (doméstica y global) imponen un cambio de paradigma en la teoría constitucional, en aras de lograr los fines del constitucionalismo (control del poder y protección de los derechos humanos), en un nuevo contexto en el cual el poder y las amenazas a los derechos humanos no provienen exclusivamente de órganos estatales.

### **III. Segunda línea: globalización y su impacto (positivo o negativo) en normas y principios constitucionales básicos.**

Dentro de esta línea podemos encontrar diversas sub-líneas de análisis, tales como la manera en que las instituciones de la gobernanza global pueden llegar a influir en las constituciones de los Estados nacionales; la relativa a la llamada Internacionalización del Derecho Constitucional; y la que se preocupa por examinar los patrones de interacción entre el sistema jurídico internacional y el nacional.

---

<sup>12</sup> Las capacidades de estas instituciones van desde el surgimiento de cartas de derechos y regímenes fuertes de revisión judicial, a la elaboración de ‘checks and balances’ inter-institucionales y el desarrollo de sistemas de rendición de cuentas. WALKER, *Taking Constitutionalism Beyond the State*, “Political Studies”, año 2008, vol. 56, p. 519.

<sup>13</sup> *Idem.*

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 519-520.

<sup>15</sup> TEUBNER, “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?”, en JEORGES - SAND - TEUBNER (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*.

1. La influencia de las instituciones de la gobernanza global en las constituciones de los Estados nacionales. Para explicar esta sub-línea, recurrimos a Stephen Zamora, quien ha observado lo que denomina ‘presiones legislativas desde arriba’, refiriéndose con ello a la influencia que instituciones como el (Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ejercen sobre países como México, al impulsar en ellos reformas jurídicas e institucionales. En este sentido, afirma Zamora que si bien es cierto que estas actividades no implican una asignación de poder legislativo *per se* a las autoridades supranacionales, muestran cómo la competencia legislativa se ve influida por agencias más allá de las instituciones del gobierno nacional. E incluso, en el caso de México, afirma que estas instituciones financieras internacionales casi parecen ser como una cuarta rama del gobierno, influyendo el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los EUA encontrarían completamente inapropiada.<sup>16</sup> La pregunta sería: ¿qué implicaciones constitucionales tiene este fenómeno?

2. La **Internacionalización del Derecho Constitucional**, alude al fenómeno por el cual el derecho constitucional de los estados-nacionales se ve influido en sus contenidos y en sus estructuras, por el derecho internacional, de diversas maneras.

En esta sub-línea se ubican autoras como Anne Peters quien sostiene que la globalización y la gobernanza global pueden afectar positiva o negativamente, principios constitucionales básicos de los Estados nacionales. Así, esta autora examina cómo es que ello sucede en relación con 4 principios constitucionales básicos de los Estados nacionales: *rule of law*, democracia, seguridad social y organización del territorio.<sup>17</sup>

Por otro lado, en los EUA ha surgido una escuela particularmente crítica de la influencia del derecho internacional sobre el derecho constitucional, encabezada por profesores como Ernest Young quien argumenta que lo que denomina el “constitucionalismo global”, tiene el potencial de alterar profundamente equilibrios

---

<sup>16</sup> ZAMORA, *Allocating Legislative competence in the Americas*, “Houston Journal of International Law”, año 1997, vol. 19, nro. 3, pp. 640-641.

<sup>17</sup> PETERS, “The Globalization of State Constitutions”, en NIJMAN - NOLLKAEMPER (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 270



constitucionales domésticos, que regulan la creación y la aplicación del derecho en los EUA.<sup>18</sup> Esto venía sucediendo desde hace tiempo-afirma-en el área de derechos humanos, pero recientemente el derecho internacional se ha venido empalmando con la parte de la constitución que se refiere a las estructuras relativas a la legislación, la interpretación y la aplicación del derecho.<sup>19</sup>

Por sólo mencionar un fragmento de su esquema, Young sostiene que el “constitucionalismo global” afecta dos presupuestos básicos del Estado constitucional (Young piensa nada más en EUA, pero el argumento puede extenderse a otros Estados):

A. el derecho es creado por medio de un intrincado y cuidadosamente equilibrado proceso que deliberadamente ha sido diseñado para ser difícil de transitar; y

B. los actores en dicho proceso son en última instancia responsables entre ellos y ante el electorado.

Sin embargo, para Young, la globalización tiene la capacidad de cambiar estos dos presupuestos, pues existen fuentes del derecho supranacionales que operan fuera de ese sistema de *checks-and-balances* y de responsabilidad (*piensa en el derecho creado en el marco de la OMC o del TLCAN*),<sup>20</sup> y crea el riesgo de debilitar

---

<sup>18</sup> Por “constitucionalismo global” entiende el fenómeno por el cual las normas internacionales cada vez más están llamadas a jugar el papel que juegan los principios constitucionales en el orden jurídico interno. YOUNG, *The Trouble with Global Constitutionalism*, “Texas International Law Journal”, año 2003, vol. 38, p. 528.

<sup>19</sup> El acuerdo de la OMC, por ejemplo, no sólo establece reglas para regular el comercio internacional; sino que también establece procedimientos quasi-legislativos e instituciones de resolución de conflictos para la interpretación y la aplicación de dichas reglas. *Ibid.*, p. 528.

<sup>20</sup> Se pregunta Young: ¿Ante quién responden los paneles de la OMC o de TLCAN? ¿Se puede responsabilizar al Congreso si **tuvo** que cambiar una ley por hacerla coherente con normas de la OMC? Aparte, señala Young que ni la OMC ni el TLCAN fueron producto de un tratado, sino de un acuerdo ejecutivo, que transfiere poderes al ejecutivo, y disminuye los de los estados (via el Senado), bajo la idea de que el procedimiento del *fast track* debilita los llamados “political safeguards of federalism”, entre los que se encuentra el poder del Senado de EUA para dar su “consejo y consentimiento” dentro del procedimiento de aprobación de tratados internacionales (y no de acuerdos ejecutivos). Pero también afecta la democracia: tanto la OMC como el TLCAN establecen un esquema en que leyes aprobadas por legislativos nacional o estatales democráticamente elegidos, pueden ser declarados inválidos por tribunales supranacionales. *Ibid.*, pp. 534-536.

la estrategia institucional de la Constitución: dando la vuelta a la estructura de creación del derecho (por ejemplo, el caso del derecho consuetudinario internacional).<sup>21</sup>

La preocupación de Young va por el lado de su visión de la soberanía. Sugiere que en el derecho de EUA, la soberanía está vinculada íntimamente con la naturaleza básicamente procedimental del arreglo constitucional: “El pueblo americano espera que ciertas decisiones que les afectan habrán de ser tomadas a través de específicos procesos constitucionales, por personas que son responsables ante él”. Procesos que además –señala Young- están diseñados para preservar la libertad, responsabilidad y la separación de poderes. Burlar estos procesos significa hacerlos ineficaces en su papel para proteger la libertad.<sup>22</sup>

En Europa, y desde otra perspectiva pero dentro de la misma sub-línea, autores como Armin von Bogdandy han analizado el impacto de la globalización sobre el principio democrático consagrado por las constituciones de los Estados-nacionales. Así, este autor explica la globalización en términos de una transformación profunda del Estado nación, provocada por el incremento masivo de interacción entre las mismas esferas de diferentes naciones, que ha llevado a la fusión parcial de ámbitos que antes eran exclusivamente nacionales. Asimismo, la globalización significa la proliferación de organizaciones internacionales y la expansión del derecho internacional, así como la creciente autonomía de ambos respecto de las preferencias de estados individuales.<sup>23</sup>

Sin embargo, afirma von Bogdandy, estos procesos pueden afectar la simbiosis históricamente formada entre el Estado-nación y la democracia, en el entendido de que esta simbiosis implica que la legitimidad del Estado y del derecho (estatal), proviene precisamente del principio democrático. En efecto, en su explicación hay una

---

<sup>21</sup> Young afirma que el derecho consuetudinario internacional, conforma un código de derechos humanos, que se convierten en una “constitución paralela” para cualquier nación dispuesta a aplicarlo. Y resulta que en EUA, la Corte ha determinado en *Paquete Habana* (175 U.S. 677, 700, 1990) que “el derecho internacional es parte de nuestro derecho” y de ahí algunos han afirmado que el derecho consuetudinario internacional está incluido, y tiene efecto directo, y es federal para los propósitos de supremacía sobre el derecho estatal. Aunque esta posición es debatida. *Ibid.*, p. 533.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 542.

<sup>23</sup> BOGDANDY, *Globalization and Europe*, “European Journal of International Law”, año 2004, vol. 15, no. 5, p. 885.

conexión entre el derecho y el principio democrático, en el sentido de que éste último (cuya base legal es el concepto tradicional de soberanía popular), dota de legitimidad al primero, a través de los procesos *democráticos* previstos en la constitución nacional. De esta manera, afirma:

“El derecho nacional, antes considerado como la expresión de la voluntad del pueblo, cada vez implementa más reglas internacionales que resultan de un proceso internacional que es necesariamente diferente de los procesos que ocurren bajo las constituciones domésticas. El derecho nacional es así des-nacionalizado. En resumen, la política nacional se encuentra ahora atada a una multiplicidad de límites jurídicos y fácticos que se originan desde fuera del estado nación. En la medida en que la política nacional refleja procesos democráticos, la globalización y la democracia entran en colisión.”<sup>24</sup>

Sobre la base de estas premisas, pasa von Bogdandy a examinar las diferentes posturas relativas al impacto de la globalización sobre el principio democrático. En primer lugar, se refiere a las posturas que ven en la globalización una amenaza a la auto-determinación nacional. A su vez, y en el marco de esta primera postura general, encuentra varias versiones, a saber: A. Globalización como Americanización (promovida e impulsada por instituciones como el Banco Mundial y la OMC), ante lo cual los procesos democráticos no son ya capaces de dar forma a la vida nacional. B. Globalización como una estrategia capitalista, que busca reducir las instituciones del Estado de Bienestar para incrementar las ganancias y conquistar mercados (afectando el equilibrio democrático entre intereses de clase opuestos). C. Globalización como el debilitamiento de las instituciones del Estado, postura que se centra en la debilidad progresiva del Estado frente a grupos, individuos y organizaciones transnacionales, capaces de emanciparse de la supremacía política de las instituciones estatales.<sup>25</sup>

Una segunda postura general descrita por von Bogdandy, es la que ve a la globalización como un instrumento para la democratización. Igualmente, dentro de esta postura general identifica varias perspectivas, a saber: A. Globalización como promotora de la democracia liberal, en una visión que enfatiza menos el tema de la

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 889.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pp. 891-892.

democracia como auto-determinación política, resaltando en cambio la democracia como un conjunto de instituciones que aseguran el control y la responsabilidad de políticos y burócratas.<sup>26</sup> B. La Constitucionalización del Derecho Internacional, visión que se enfoca en la creciente importancia de reglas internacionales que obligan y limitan a los gobiernos nacionales, y que enfatiza aspectos como la profundización de la dimensión ética del derecho internacional; su expansión y aplicación más eficaz; y la emancipación parcial de la voluntad de los estados individuales.<sup>27</sup>

Finalmente, von Bogdandy se refiere a la postura general según la cual la globalización no está teniendo ningún impacto en las instituciones nacionales ni sobre la efectividad de la democracia. Visión asociada, según dice el autor, a algunos círculos sindicalistas.<sup>28</sup>

### 3. Patrones de interacción entre el sistema jurídico internacional y el nacional

Una segunda sub-línea se centra en el examen de las fórmulas, instrumentos normativos, mecanismos o doctrinas jurídicas por medio de las cuales se da la interacción entre los ámbitos normativos nacional e internacional. Así, esta línea se preocupa por temas sistémicos y estructurales: fórmulas de recepción; cláusulas de jerarquía; doctrinas judiciales de aplicación (o de no-aplicación) del derecho internacional en el sistema jurídico doméstico. Todos ellos son temas constitucionales, por las siguientes razones. En primer lugar, las fórmulas de recepción son decisiones que se definen en las Constituciones nacionales. En segundo lugar, las cláusulas que determinan cuál es la jerarquía del derecho internacional dentro de los sistemas jurídicos domésticos, son disposiciones típicamente constitucionales. Y en tercer lugar, las doctrinas judiciales que definen la aplicación (o de no-aplicación) del derecho internacional en el sistema jurídico doméstico, también son de carácter y de relevancia constitucional, ya sea porque su sustancia o materia afecta temas típicamente constitucionales (derechos humanos, separación de poderes, distribución

---

<sup>26</sup> La postura supone que los procesos asociados a la globalización ponen límites al espectro de decisiones no-razonables de los políticos que dañan los intereses de la mayoría de los consumidores. Además, la democracia y los derechos fundamentales se suponen estabilizados por esta visión, a través de la publicidad global y los medios de comunicación globales, que debilitan a los gobiernos autoritarios. *Ibid.*, pp- 893-894.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 894-895.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 895.

vertical de competencias entre niveles de gobierno), o bien porque provienen del juez constitucional.

En esta sub-línea se ubican autores como Cassese, quien después de reconocer la relevancia de estudiar las interacciones entre derecho internacional y derecho doméstico, así como de la importancia que el derecho interno tiene para la eficacia del derecho internacional, se hace la siguiente pregunta: ¿en qué medida los Estados establecen la maquinaria doméstica para implementar el derecho internacional?<sup>29</sup>

Esta pregunta lleva a Cassese a definir el propósito de su trabajo en los siguientes términos: estudiar la actitud de los estados modernos hacia la comunidad internacional, en la medida en que esta actitud está sancionada y cristalizada en los textos constitucionales. A este autor le preocupa observar si los estados están dispuestos o no a aceptar y avalar los estándares jurídicos de conducta de la comunidad internacional y de garantizar su observancia dentro de su sistema jurídico nacional, o si sospechan o son indiferentes a esos estándares, tal y como se puede ver en sus constituciones.<sup>30</sup>

De esta manera, Cassese elabora una clasificación de las distintas fórmulas empleadas por las constituciones para definir la recepción y la jerarquía no solamente del derecho internacional de los tratados, sino también del derecho internacional consuetudinario.

Entre sus conclusiones, Cassese señala que los países tienden a ser muy precavidos en cuanto a su aceptación de estándares internacionales en su derecho nacional. Hay preocupación-dice- por salvaguardar valores nacionales básicos, por lo que incluso países occidentales muy orientados hacia afuera dudan en proclamar una lealtad irrestricta y no calificada al derecho internacional en sus constituciones. Se prefiere entonces una aproximación de caso-por-caso a las reglas internacionales, es decir, no cristalizar de una vez y para siempre en sus constituciones un firme e irrevocable compromiso de cumplimiento no cualificado a todas las reglas internacionales. Asimismo, ve un desfase entre la suscripción de tratados, y la aceptación de escrutinio internacional o la adopción de mecanismos internos para

---

<sup>29</sup> CASSESE, *Modern Constitutions and International Law*, "Recueil des Tours, Académie de Droit International", año 1985, III, p. 342,

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 343.

asegurar que los tratados sean cumplidos y respetados por las autoridades nacionales, incluyendo a los legisladores.<sup>31</sup>

Por su parte, Cottier y Hertig, en su intento por dar orden y coherencia al fenómeno de la 'gobernanza multi-nivel' (la coexistencia de diversos niveles de gobernanza, todos ellos con su propia pretensión de ejercicio de autoridad legítima),<sup>32</sup> examinan las posibilidades y límites que para estos propósitos tiene el principio de supremacía o de jerarquía. Así, por un lado, estos autores encuentran buenas razones para apoyar el principio de supremacía de los niveles "más altos" de gobernanza en caso de conflicto.<sup>33</sup>

Pero por otro lado, identifican límites y excepciones al propio principio de supremacía. Es decir, ven en el principio de supremacía un principio ordenador, pero que no se ha de aplicar de manera absoluta. Por ello, es importante diseñar criterios bajo los cuales los niveles más bajos de la gobernanza puedan prevalecer sobre los más altos. De hecho, señalan estos autores, esta es la pretensión de muchas constituciones en la actualidad. Por ejemplo, en los EUA la Corte no reconoce que el derecho internacional sea superior a la Constitución de ese país. Y en el caso de

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 442-444.

<sup>32</sup> COTTIER - HERTIG, "The Prospects of 21st Century Constitutionalism", en BOGDANDY - WOLFRUM (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, año 2003, vol. 7.

<sup>33</sup> Primero. Una razón fáctica: incluso bajo preceptos tradicionales, la lógica de la supremacía de los niveles más altos de gobernanza se reconoce generalmente, dado sus importantes papeles de coordinación y coherencia. Por ejemplo, el principio de supremacía del derecho federal *vis a vis* el estatal, provincial o cantonal es aceptado. De manera similar, al derecho internacional se le reconoce como un orden más alto, como se expresa en el principio de *pacta sunt servanda*, que se aplica con toda su fuerza a las relaciones internacionales y produce, si es violado, responsabilidad estatal. En segundo lugar, hay una razón funcionalista: una jerarquía básica entre diferentes niveles constitucionales es necesaria para asegurar el funcionamiento de los niveles más altos de gobernanza. Sin una jerarquía básica los diferentes niveles no pueden asumir sus funciones de coordinación. Tercero: la supremacía de los niveles más altos se deriva también de la participación y el consentimiento y la naturaleza obligatoria del consentimiento, expresada en *pacta sunt servanda*. "...indeed, supremacy viewed as a system of chains of command, of simple taking orders from above, would be illegitimate. The five storey house does not, however, represent such a system, since higher floors of the building are essentially constituted by lower levels and defined by their input. The way a 'lower' level participates in the 'higher' level therefore is of key importance in order to define as to whether that level and its claim to supremacy is legitimate." COTTIER - HERTIG, *Ibid.*, pp. 307-309.

Alemania, el Tribunal Constitucional Federal ha dicho que el derecho de los niveles superiores de gobernanza no puede prevalecer en casos en que infrinja derechos inalienables de los ciudadanos. Igualmente, y pensando en las instituciones de democracia directa típicas del sistema suizo, señalan estos autores que el efecto directo del derecho de los niveles de gobernanza más altos no debe reconocerse en la medida que no corresponde con los procesos que permiten la participación democrática y legitimidad comparable del derecho nacional.<sup>34</sup>

En suma, proponen Cottier y Hertig, que los niveles más altos deben mostrar sensibilidad hacia los valores principales de los niveles más bajos de gobernanza (como forma de lograr mayor aceptación de los de arriba por parte de los de abajo). Por ello es que su concepción del “five storey house”<sup>35</sup> conlleva la idea de comunicación entre los diferentes niveles. En suma, la propuesta comienza con la presunción de jerarquía, pero puede permitir derogaciones en la medida en que se requiera para la protección de derechos o de otros valores de la democracia constitucional en cuestión.<sup>36</sup>

Finalmente, encontramos también estudios referidos a la recepción del derecho internacional y más en específico, de las decisiones de los tribunales internacionales por los tribunales nacionales.<sup>37</sup> En esta línea, destacan los estudios relativos a una

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 311-312.

<sup>35</sup> Este concepto describe el fenómeno de la gobernanza multinivel, a manera de cinco niveles que se empalman e interactúan: municipal-local-nacional-regional-global.

<sup>36</sup> “La idea de proceso, comunicación e interacción, más que precedencia mecánica de los niveles de gobernanza “más altos” sobre los “más bajos”, es importante para entender cómo el sistema constitucional está evolucionando hacia una mayor coherencia, asegurando que las salvaguardas adecuadas se establezcan en el nivel de gobernanza apropiado y que el sistema como un todo responda a los preceptos del constitucionalismo tradicional. Es importante proteger la vida, la libertad y propiedad, y perseguir los fines del bienestar humano y el desarrollo con un derecho económico no discriminatorio. Pero estas garantía y fines no necesitan estar presentes en todos los niveles de gobernanza de igual manera.” *Ibid*, pp. 313-314.

<sup>37</sup> Por ejemplo, ver BEDJAOUI, *The Reception by National Courts of Decisions of International Tribunals* o DAWN JARMUL, *The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts*, ambos “International Law and Politics”, años 1995-1996, vol. 28, nos. 1-2; o bien SLYZ, “International Law in National Courts”, en FRANCK - FOX, (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers Inc., 1996.

serie de doctrinas que regulan o modulan la recepción del derecho internacional en el derecho interno, que tienen un interés para los estudios constitucionales en razón de que han sido elaboradas por los jueces constitucionales de los diversos Estados, en interpretación de cláusulas constitucionales sobre recepción de derecho internacional en el derecho interno. Me refiero a la temática y los debates relativos a doctrinas como del carácter auto-ejecutable o no-auto-ejecutable del derecho internacional; su “efecto directo” (o falta de); la doctrina del margen de apreciación; el principio de interpretación conforme y el principio *pro persona*. Incluso, en este apartado podría incluirse la discusión sobre la justiciabilidad o no (en términos de control constitucional) de los actos de los organismos internacionales.<sup>38</sup>

#### **IV. Tercera línea: la “constitucionalización del Derecho Internacional”.**

En general, este se refiere a la posibilidad de que el derecho internacional adquiera dimensiones constitucionales o desempeñe ‘funciones’ constitucionales. Por ejemplo, Cottier y Hertig notan un uso cada vez más frecuente de terminología constitucional en el ámbito del derecho internacional público. Y se preguntan: ¿Estamos ante una “inflación” del término?, ¿Es esto inadecuado?, ¿es dicha terminología exclusiva del estado nación?

Y en efecto, algunas organizaciones internacionales denominan “constituciones” a sus cartas constitutivas (FAO, UNESCO). En la doctrina hay autores que hablan de una ‘emergente constitución global’, de una ‘constitución de la humanidad’ o de una ‘constitución universal de derecho internacional público al referirse a la Carta de la ONU o de una ‘constitución económica mundial’ al referirse a la OMC.<sup>39</sup> Y ante esto,

---

<sup>38</sup> Recuérdesse la decisión de la Corte Constitucional de Bosnia/Herzegovina, Nov., 3, 2000 en el Caso U9/00, sobre la revisión de ciertas decisiones de la Oficina del Alto Representante de las Naciones Unidas en Bosnia. O bien el debate sobre las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, referidas al combate al terrorismo y su posible inconstitucionalidad. *Vid supra*, nota 9.

<sup>39</sup> Como explica Kumm, hay una tendencia a afirmar que el derecho internacional tiene una constitución. La idea de constitución es empleada en varias formas. Algunos sugieren que la Carta de la ONU puede ser vista como la constitución mundial (FASSBENDER, *UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective*) o que la OMC se ha convertido en la constitución económica del mundo (PETERSMAN, *Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets*, “37 Loyola of LA Law Review”, 2003), o que hay una constitución global no escrita (CASS, *The*



surge la pregunta obligada: ¿no se corre el riesgo de diluir el significado de Constitución?<sup>40</sup>

El tema es abordado por Biaggini, quien se pregunta si este nuevo “anhelo constitucional” (internacional) manifiesta una nueva orientación de la idea de Constitución. Para este autor, la expansión del concepto de Constitución no es casualidad: es un testimonio totalmente elocuente del proceso de cambio en las estructuras jurídicas internacionales con una dimensión plenamente constitucional.<sup>41</sup>

Al referirnos a esta línea analítica, debemos señalar que nos encontramos ante el tema de lo que se ha dado en llamar la “Constitucionalización del Derecho Internacional”, concepto que para Cottier y Hertig, puede hacer referencia a dos significados:

A. es una herramienta analítica para describir cambios estructurales en el sistema jurídico internacional; y

B. una estrategia sobre cómo hacer avanzar la eficiencia, coherencia y legitimidad del derecho internacional por la vía de aplicar teorías del derecho constitucional al sistema internacional como un todo o a organizaciones internacionales.<sup>42</sup>

En este sentido, autores como Tomuschat han propuesto que algunas reglas del derecho internacional desempeñan funciones constitucionales con respecto a los ámbitos internacional y nacional (función que es velar por la paz internacional, la seguridad y justicia en las relaciones entre Estados, los derechos humanos y el Estado de Derecho dentro de los Estados para el beneficio de los seres humanos). La esencia del argumento constitucional de esta postura -añade Bogdandy- es que los principios centrales del derecho internacional se refieren y limitan a todas las formas del poder político.<sup>43</sup>

---

*‘Constitutionalization’ of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, “EJIL”, año 2001, vol. 12).

<sup>40</sup> COTTIER - HERTIG, *op. cit.*, pp. 279-281.

<sup>41</sup> BIAGGINI, *La Idea de Constitución*, “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, año 2003, 2003, pp. 49-51.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pp. 272 y 275.

<sup>43</sup> BOGDANDY, *Constitutionalism in International Law Comment on a Proposal from Germany*, “Harvard International Law Journal”, año 2006, vol. 47, p. 226. Nuestra referencia a Tomuschat se basa en el

Una de las innovaciones conceptuales de Tomuschat es que el derecho internacional tiene funciones constitucionales, idea que radicaliza después y lleva al extremo de afirmar que también cumple un papel fundacional para el Estado y su constitución. Sin embargo, no concibe este papel fundacional en términos formales como una relación de competencias delegadas, sino que basa su construcción en una cuestión de sustancia, en particular bajo la forma de los derechos humanos: la comunidad internacional se mueve progresivamente de un sistema centrado en la soberanía a un sistema orientado por valores o por los individuos. Asimismo, en su visión el estado sigue siendo el actor más importante en el campo internacional, sin embargo, asume un *papel* en una *obra* escrita y dirigida por la comunidad internacional. Y se trata de una obra escrita y dirigida sin o contra la voluntad de los Estados.<sup>44</sup>

En el orden institucional, Tomuschat ve un sistema multinivel, en que el Estado debe aprender a vivir en relación simbiótica con instituciones de la comunidad internacional en los niveles regional y universal. Ese sistema tiene elementos integrativos: primero, el carácter constitucional del sistema internacional se da alrededor de valores jurídicos fundamentales (art. 2 Carta ONU y derechos humanos internacionales). Segundo, Tomuschat propone un sistema político internacional con un considerable grado de autonomía vis-a-vis los Estados.<sup>45</sup>

Finalmente, en cuanto al sustrato de legitimidad, que el Estado tiene en el “pueblo”, Tomuschat lo ve en el concepto de “comunidad internacional”. El derecho y la política internacionales se refieren a un grupo social llamado “comunidad internacional” al que pertenecen los estados. A su vez, esa comunidad internacional la presenta sobre todo como una comunidad de valores, insertos sobre todo en las obligaciones internacionales *erga omnes* y de *jus cogens*. En esta visión, los estados tienen legitimidad solamente en la medida en que respetan e implementan estas obligaciones fundamentales. Esta es una fuente de legitimidad, mas no de legitimidad

---

análisis crítico que Armin von Bogdandy hace de la propuesta de aquél, desarrollado en el artículo aquí citado.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 228. Ver también de Tomuschat su ensayo titulado: ‘Obligations Arising for States Without or Against their Will’, *Recueil des Cours*, La Haya, 993, pp. 195-374.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p 231.

democrática, que para Tomuschat sólo puede venir a partir de los procesos democráticos dentro de los Estados.<sup>46</sup>

De manera similar, Erika de Wet sostiene que está emergiendo un orden constitucional internacional que consiste en una comunidad internacional, un sistema de valores internacional y estructuras rudimentarias para su aplicación.<sup>47</sup> Para esta autora, el debate en Europa sobre la constitucionalización de la UE ha ilustrado la utilidad de trasponer al nivel post-nacional nociones abstractas del constitucionalismo, para así adquirir control sobre la toma de decisiones que ocurre fuera de las fronteras nacionales.<sup>48</sup> En este debate, se ha visto lo relevante del constitucionalismo como marco de referencia para el marco regulatorio que aspire a ser viable y legítimo de cualquier comunidad política, incluyendo las de nivel post-nacional: “órdenes constitucionales” que se forman más allá del Estado, y que pueden ser regionales, internacionales o supranacionales.<sup>49</sup>

Por su parte, y contrario a la idea del surgimiento de un orden constitucional internacional como una totalidad, Walter y Peters han propuesto la idea del surgimiento de ‘constituciones parciales’. Así, Christian Walter argumenta que la simple transferencia de la noción de ‘constitución’ del contexto nacional al nivel internacional es insuficiente para atender los retos actuales. Por ello está contra la idea de una especie de ‘república mundial’ con su constitución mundial. Lo cual no significa que ‘estado’ y ‘constitución’ estén necesariamente ligados. Considera que ambos conceptos pueden separarse y que es posible llevar la noción de constitución a contextos no-estatales. El punto es que el concepto de constitución cambia de significado cuando se le transfiere y ese cambio es reforzado por los cambios estructurales a nivel internacional que están ocurriendo: la desagregación del Estado

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 236.

<sup>47</sup> WET, *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, “Leiden Journal of International Law”, año 2006, vol. 19, p. 611-632.

<sup>48</sup> WET, *The International Constitutional Order*, “International Comparative Law Quarterly”, año 2006, vol. 55, part 1, p. 51-52.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 53.

y el proceso de sectorialización que vive el derecho internacional.<sup>50</sup> Con esto afirma Walter- en lugar de ir hacia una ‘constitución mundial’, estamos ante un orden consistente en ‘constituciones parciales’ (al nivel internacional y nacional), pues el surgimiento de un sistema de ‘gobernanza internacional’ también reduce a las constituciones nacionales a constituciones parciales y de ‘elementos constitucionales’ que pueden ser encontrados en diversos contextos. Sin embargo, como un todo, el sistema no tiene una constitución total. En opinión de Walter, la sectorialización del derecho internacional implica necesariamente moverse de una orientación centrada en el actor, a una centrada en la materia. Y ese es su principal observación analítica.<sup>51</sup>

Por otro lado, la sectorialización del derecho internacional lleva al tema de la coordinación entre regímenes (es decir, entre las ‘constituciones parciales’). En algunos casos, no hay gran discusión pues cada régimen es autónomo, con sus propios estándares y soluciones y principios, y así se acepta, cada uno siguiendo su propia lógica. Pero en otros casos, como el relativo a los derechos humanos, estamos ante un tema transversal que puede cortar o atravesar los otros regímenes. Los derechos humanos, apunta Walter, deben ser respetados independientemente del régimen. Por ello el régimen de derechos humanos no puede ser visto como cualquier otro régimen. En opinión de este autor, a la larga será necesario tener una solución jerárquica para el tema de derechos humanos y el Derecho internacional de los derechos humanos ofrece un núcleo para el desarrollo de esa solución jerárquica. Pero ni los mecanismos procesales ni los estándares sustantivos han sido alcanzados para transitar del nivel nacional al internacional de protección de los derechos humanos. Se puede decir que los estados tienen la obligación de establecer tales regímenes específicos de protección. Pero en la ausencia de ellos, toca a los tribunales nacionales asegurar un adecuado nivel de protección y-de ser necesario- no aplicar la decisión internacional en cuestión. Este desarrollo afirma Walter- arroja luz sobre los cambios en el papel del Estado anteriormente considerado como soberano: la perspectiva de funciones constitucionales resalta su nuevo papel como

---

<sup>50</sup> El fenómeno de la ‘sectorialización’ del derecho internacional se refiere a la tendencia a la multiplicación de jurisdicciones internacionales por ámbitos espaciales o geográficos (sectorialización regional) o por materias específicas (sectorialización especializada).

<sup>51</sup> WALTER, “International Law in a Process of Constitutionalization”, en NIJMAN - NOLLKAEMPER (eds.), *op. cit.*, p. 191-192.

transmisor de obligaciones internacionales de tratados de derechos humanos en regímenes internacionales institucionalizados.”<sup>52</sup>

Por su parte, Anne Peters sostiene la siguiente tesis: la “desconstitucionalización” doméstica debido a la globalización debería y podría ser compensada con la constitucionalización del derecho internacional. Así, afirma que la globalización ha llevado a que funciones de gobierno típicamente estatales, como garantizar seguridad humana, libertad, igualdad, están siendo parcialmente transferidas hacia niveles “superiores” e incluso, a actores no-estatales. El resultado es que la ‘gobernanza’ (entendida como el proceso de regulación y ordenación de temas de interés público) es ejercida más allá de los confines constitucionales de los estados. Esto significa que las constituciones estatales no pueden ya regular la totalidad de la gobernanza de una manera comprehensiva, y que la pretensión original de las constituciones estatales de formar un orden básico completo está siendo derrotado. Ante esto, el hueco en las constituciones nacionales afecta no solamente el principio constitucional de democracia, sino también el ‘rule of law’ y el de seguridad social. Sobre todo, las constituciones estatales no son más ‘constituciones totales’. En consecuencia, debemos pugnar-dice Peters- por una constitucionalización compensatoria en el plano internacional (*compensatory constitutionalization*). Solamente los varios niveles de gobernanza, tomados en conjunto, pueden proporcionar protección constitucional completa.<sup>53</sup>

Peters observa el mismo fenómeno que Walter denomina ‘sectorialización’ y le llama “fragmentación” del derecho internacional, es decir, el surgimiento de regímenes sectoriales en derecho internacional, y la proliferación de tribunales internacionales especializados. Ante esto, afirma esta autora, una visión constitucionalista internacional debe reaccionar. Asimismo, Peters sugiere primero, que la fragmentación no es un problema en sí mismo. Lo importante es que haya formas y reglas para resolver los conflictos. Además, en realidad más que fragmentado, el derecho internacional ofrece una imagen de ‘unidad en la diversidad’ o ‘diversidad flexible’. Así, las ‘constituciones sectoriales’ pueden ser concebidas como

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 209.

<sup>53</sup> PETERS, *Compensatory Constitutionalism*, “Leiden Journal of International Law”, año 2006, nro. 19, p. 580.

‘constituciones parciales’, lo cual va contra la idea de la constitución como totalidad, sin embargo -apunta Peters- ni siquiera las Constituciones nacionales son ya “totales”, no pueden regular la totalidad de la actividad política. Por tanto, las ‘constituciones parciales’ ya no son una cosa anómala. Entonces, la visión de derecho constitucional internacional debe desarrollar reglas de conflicto entre los varios sistemas y subsistemas. Y esto es lo que se necesita en términos prácticos.<sup>54</sup>

Con otro enfoque, la propia Erika de Wet explica que otro dominio post-nacional en el que se usa el lenguaje constitucional son los tratados fundacionales de organizaciones internacionales. Y explica:

“Cuando se usa en este contexto, el término constitución se refiere al hecho de que el documento constitutivo de una organización internacional es un tratado internacional de una naturaleza especial. Su objeto es crear un nuevo sujeto de derecho internacional con cierta autonomía (de creación normativa), a la que los estados parte le confían la tarea de alcanzar fines comunes. La aproximación constitucional al derecho de las organizaciones internacionales es también indicativa del hecho de que los poderes que las organizaciones internacionales tienen debe ser ejercido de acuerdo con ciertos límites jurídicos, de manera especial los del documento constitutivo. La constitución de una organización internacional encarna así el marco jurídico dentro del cual una comunidad autónoma de naturaleza funcional (sectorial) realice su objetivo funcional respectivo, por ejemplo, liberalización comercial, protección de derechos humanos, o el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.”<sup>55</sup>

De Wet extiende el uso del término constitución más allá del uso arriba indicado “...para describir un sistema en que los diferentes regímenes constitucionales nacional, regional y funcional (sectorial) forman bloques de construcción de una comunidad internacional (‘international polity’) que es apuntalada por un sistema de valores esencial común a todas las comunidades e incrustado en una variedad de estructuras jurídicas para su aplicación. Esta visión de un modelo constitucional internacional está inspirado por la intensificación de la transferencia de toma de decisiones pública fuera del Estado nación hacia actores internacionales de

---

<sup>54</sup> *Ibid.*, pp. 602-603.

<sup>55</sup> WET, *op. cit.*, “The International Constitutional Order”, p. 53.

naturaleza regional y funcional (sectorial), y su impacto en cuanto a la erosión del concepto de un orden constitucional total o exclusivo en el que las funciones constitucionales son atadas dentro del Estado nación por un solo documento. Asume un orden jurídico internacional cada vez más integrado en el que el ejercicio del control sobre el proceso de toma de decisiones políticas sería posible solamente en un sistema en que los órdenes constitucionales nacional y post-nacional (ej. regional y funcional) se complementan unos a otros en lo que equivale a “*Verfassungskonglomerat*.”<sup>56</sup>

Finalmente, estudios como el de Deborah Cass, explican la transformación actual del régimen jurídico del comercio internacional en términos de su “constitucionalización”.<sup>57</sup> Esta autora sugiere que una forma posible de interpretar la llamada ‘constitucionalización’ del derecho del comercio internacional, se refiere a la generación de un conjunto de normas y estructuras de tipo constitucional por parte de las decisiones de carácter judicial del Organo de Apelación de la OMC. En este sentido, Cass identifica en dichas decisiones la estructura subyacente del debate constitucional y los principios del razonamiento constitucional, tales como: democracia y gobernanza, diseño constitucional, justicia y distribución de responsabilidades por las políticas públicas.<sup>58</sup>

Por su parte, y en una línea parecida a la de Cass, Afilalo argumenta que el TLCAN, y en particular el Capítulo 11 sobre inversión, equivale a una ‘constitucionalización por la puerta de atrás’,<sup>59</sup> en el siguiente sentido: la aplicación de las reglas del derecho comercial internacional, tanto en el marco de la OMC como del TLCAN, implica con frecuencia el escrutinio de medidas domésticas que son sensibles a los intereses nacionales, en temas como protección del medio ambiente, conservación de los recursos naturales y salud pública. Ahora bien, el método analítico seguido por el Organo de Solución de Disputas de la OMC o los paneles de arbitraje en el marco del TLCAN (órganos cuyos laudos pueden afectar la potestad regulatoria

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>57</sup> CASS, *The ‘Constitutionalization’ of International Trade Law*, “European Journal of International Law”, año 2001, vol. 12, no. 1.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>59</sup> AFILALO, *Constitutionalization through the Back Door*, “New York University Journal of International Law and Politics”, año 2001, vol. 34, no. 1.

de los Estados miembro), evoca el escrutinio constitucional, en el sentido de que el tribunal revisor determina en cada caso si la carga o afectación del comercio internacional causada por una medida doméstica está justificada por un interés nacional reconocido y, si es el caso, si tal medida es ‘el medio menos restrictivo del comercio’ para alcanzar dicho objetivo doméstico. Esto significa que el derecho comercial internacional se ha incorporado en el ápice de la jerarquía del sistema jurídico doméstico.<sup>60</sup> Sin embargo – apunta Afialo- el TLCAN va todavía más allá, pues incluye un Capítulo 11 (sobre inversión), que otorga a agentes privados el derecho de acción por daños a sus inversiones, causados por medidas domésticas que violen las reglas del referido capítulo.

En el mismo sentido, Harten ha observado que el efecto general del Capítulo 11, como es el caso con todos los tratados bilaterales de inversiones, es regular el ejercicio de la autoridad pública por los estados anfitriones en relación con los inversionistas extranjeros. Y apunta:

“Desde esta perspectiva, los estándares del TLCAN podrían ser vistos como análogos a las reglas de derecho público doméstico que protegen a los individuos al limitar la autoridad del estado, pero en la esfera internacional.”<sup>61</sup>

Como apuntan Cottier y Hertig, en el debate sobre esta forma de ver a las constituciones y al constitucionalismo en la era de la globalización, todavía no hay un acuerdo conceptual ni teórico; sin embargo, es una señal de que la separación estricta entre derecho doméstico y derecho internacional está siendo puesta en cuestionamiento, y abre el debate sobre los prospectos del constitucionalismo en el siglo 21.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>61</sup> Por otro lado, el Capítulo 11 importa reglas y estructuras de arbitraje comercial internacional en la resolución de disputas inversionista-estado. Como tal, el arbitraje de una disputa bajo el Capítulo 11 se asemeja de manera muy cercana el arbitraje comercial clásico entre partes privadas. Esta contradicción en los aspectos de derecho público y privado del Capítulo 11 revela una tensión básica en el arbitraje inversionista-estado bajo los modernos tratados sobre inversiones. ¿Es el arbitraje inversionista-estado más como adjudicación de derecho público o arbitraje comercial?, ¿O es un híbrido, y si eso es así, debieran los principios de derecho público o de derecho privado tener preferencia en una circunstancia particular?” HARTEN, *Judicial Supervisión of NAFTA Chapter 11 Arbitration: Public or Private Law?*, “Arbitration International”, año 2005, vol. 2, nro. 4, pp. 493-494.

<sup>62</sup> *Ibid.*, pp. 272 y 275.



## **V. Cuarta línea: la globalización del Derecho Constitucional como “convergencia”.**

Algunos autores sugieren una forma de entender la globalización y su impacto en el derecho constitucional, en términos de la convergencia entre los sistemas constitucionales nacionales, en sus estructuras y en sus mecanismos de protección a los derechos fundamentales. Tal es el caso de Mark Tushnet, quien identifica procesos de ‘arriba-abajo’ y de ‘abajo-arriba’ que contribuyen a dicha convergencia. De esta manera, entre los primeros, identifica el desarrollo de redes mundiales de jueces constitucionales, el incremento en las interacciones entre ellos y el ‘diálogo transjudicial’<sup>63</sup> para la adopción de soluciones a problemas que son comunes a gran parte de los sistemas constitucionales.<sup>64</sup>

Por otra parte, nota Tushnet la influencia de ONGs de carácter transnacional como otra ‘ubicación institucional’ para explicar la globalización del derecho constitucional entendida como convergencia. Específicamente, afirma que por medio de su intervención en disputas constitucionales a lo largo y ancho del mundo, impulsan una concepción universalista de los derechos humanos, y a través de su labor de asesoría en los litigios influyen en las decisiones adoptadas por los tribunales constitucionales en los distintos estados.<sup>65</sup> Asimismo, menciona también este autor la influencia de los tratados internacionales de derechos humanos, los órganos de aplicación de los mismos y sus implicaciones en los sistemas constitucionales domésticos. Todo ello, sugiere, tiende a impulsar una cierta convergencia tanto en estructura institucional como en la interpretación de los derechos humanos.<sup>66</sup>

En cuanto a las presiones de ‘abajo-arriba’, Tushnet se refiere a aquellos estudios que conectan la globalización y el derecho constitucional por medio de

---

<sup>63</sup> Como ya vimos, Slaughter aplica su concepto de “transgubernamentalidad” a los poderes judiciales. Vid supra, notas 182-184. Ver también, de la misma autora, su ensayo “Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, núm. 99, 1994.

<sup>64</sup> TUSHNET, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, “Virginia Journal of International Law”, año 2009, vol. 49, no. 4, p. 985-991.

<sup>65</sup> Ibid., p. 989.

<sup>66</sup> Ibid., p. 990.

procesos de mercado. David Law, por ejemplo, afirma que la globalización económica incluye la competencia entre países por la inversión y el capital humano. Bajo esta perspectiva, los países compiten por ofrecer a los inversionistas y al capital humano (especialmente al más calificado), paquetes de beneficios que sean atractivos. En esos paquetes, argumenta Law, se encuentran niveles adecuados de protección constitucional.<sup>67</sup> Sobre esta base, Tushnet argumenta que tal convergencia puede ocurrir tanto respecto de derechos de propiedad, como de estructuras constitucionales. Sin embargo, acepta también que es razonable pensar que la convergencia ha de ocurrir con mayor celeridad respecto de los derechos, “en gran parte porque las estructuras constitucionales condicionan de manera más fuerte la forma en que la política es conducida al nivel nacional y así produce respuestas más fuertes, a través de aquellos que están involucrados en la política doméstica.”<sup>68</sup>

Por otro lado, y también en la línea de la convergencia pero con un enfoque crítico, encontramos estudios como el de Hirschl, quien da una explicación política de la expansión global de un modelo constitucional basado en una carta de derechos fundamentales combinado con una revisión judicial activa. El argumento de su ensayo consiste básicamente en que la expansión global de dicho modelo es producto de la interacción estratégica entre élites políticas, élites económicas y ‘líderes judiciales’, que en sus respectivas sociedades son grupos hegemónicos pero que a la vez se sienten amenazados por impulsos provenientes de los procesos democráticos. Ante esta percepción, argumenta Hirschl, dichos grupos forman coaliciones de ‘innovación jurídica’ para determinar el tiempo (*timing*), la medida y la naturaleza de las reformas

---

<sup>67</sup> LAW, *Globalization and the Future of Constitutional Rights*, “Northwest University Law Review”, año 2008, vol. 102, p. 1277. En un sentido parecido, OGUS, *Competition Between National Legal Systems*, “International and Comparative Law Quarterly”, año 1999, vol. 48, Part 2. Ogus propone emplear un modelo de competitividad económica para explicar cómo es que los sistemas jurídicos nacionales compiten entre sí, lo cual en ocasiones lleva a la convergencia en relación con ciertas áreas del derecho. Para este autor, las interacciones entre sistemas jurídicos pueden crear una competencia externa por la oferta de derecho (*supply of law*).

<sup>68</sup> TUSHNET, *op. cit.*, p. 1002.

constitucionales. En esta visión, el objetivo último es el aislamiento de la formulación de políticas públicas de las vicisitudes del proceso político democrático.<sup>69</sup>

Por último, hemos de mencionar que la idea de la ‘convergencia’, del ‘diálogo transjudicial’ entre jueces constitucionales, una ‘comunidad global’ de jueces constitucionales en comunicación constante, ha impulsado un renovado interés por el derecho constitucional comparado, como lo demuestran estudios sobre teoría de la interpretación constitucional comparada;<sup>70</sup> el uso del derecho constitucional comparado,<sup>71</sup> la recepción y transplante de modelos constitucionales,<sup>72</sup> o la ‘migración’ de las ideas constitucionales.<sup>73</sup> De hecho, una de los modos de interpretación que han sido identificados en la práctica de la jurisprudencia constitucional comparada, refleja una tendencia a la convergencia basada en la interpretación y aplicación de principios jurídicos universales.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> HIRSCHL, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, “Indiana Journal of Global Studies”, año 2004, vol. 11, nro. 1, pp. 72-73.

<sup>70</sup> CHOUDHRY, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, “Indiana Law Review”, año 1999, vol. 74. Y ANNUS, *Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments*, “Duke Journal of Comparative and International Law”, año 2004, vol. 14.

<sup>71</sup> SAUNDERS, *The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law*, Indiana Journal of Global Studies, año 2006, vol. 13, nro. 1.

<sup>72</sup> KOKKOT, “From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization- with Special Reference to the German Basic Law”, en STARCK (ed.), *Constitutionalism, Universalism, and Democracy- A Comparative Analysis*.

<sup>73</sup> CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, 2006.

<sup>74</sup> Para Choudhry el modo de interpretación universalista, sostiene que las garantías constitucionales son tomadas de un manto universal y que, por ello, todos los tribunales constitucionales están inmersos en la identificación, interpretación y aplicación del mismo conjunto de normas. Estas se entienden como principios jurídicos trascendentes que son lógicamente previos a las reglas de derecho positivo y a doctrinas jurídicas. En lugar de diversidad (como verían los del particularismo legal), el universalismo ve unidad. Los tribunales que recurren a este modo, se ven a sí mismos como dando significado a libertades que trascienden las fronteras nacionales. A su vez, este modo se vincula con una corriente importante del derecho comparado, que sostiene que los diferentes sistemas jurídicos, en el fondo, llegan a soluciones similares para resolver los problemas y conflictos sociales. Esta postura tiene una vertiente descriptiva y otra prescriptiva (los sistemas jurídicos deben ser similares), y se identifica con las teorías de la convergencia. Esta idea de las similitudes funcionales ante problemas enfrentados y las soluciones propuestas en los diferentes sistemas jurídicos, puede ser dirigida hacia la posibilidad

## VI. Reflexión final.

La línea antes pretendidamente clara entre derecho nacional y derecho internacional tiende a hacerse borrosa o difusa; y lo mismo puede decirse en la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional. A su vez, esto nos lleva a la siguiente pregunta: ¿cómo garantizar la protección de valores del constitucionalismo en una estructura tan compleja que abarca desde lo municipal y local, hasta lo nacional y supranacional?, ¿cómo lograr en este esquema la mejor protección de las libertades y derechos fundamentales de las personas, en última instancia, de la dignidad humana? La respuesta parece estar no solamente en el Estado nacional y sus instituciones. Las nuevas realidades nos obligan a hallar la respuesta en una perspectiva multi-nivel, que sirva para aproximarnos de una manera adecuada a temas que son añejos en el bagaje histórico del constitucionalismo, como lo son los derechos humanos y su garantía, así como la distribución de poderes (entre los distintos niveles); el establecimiento entre ellos de frenos y contrapesos; y la definición de las relaciones e interacciones entre los distintos niveles. Ese es uno de los retos del constitucionalismo en el siglo XXI.<sup>75</sup>

---

de fundar una gramática y conceptos teóricos de un lenguaje jurídico universal, tal y como lo propone David Beatty al analizar interpretación constitucional en el mundo, quien dice “los principios básicos de derecho constitucional son esencialmente los mismos alrededor del mundo, a pesar de que existe considerable variación en lo que las garantías constitucionales contienen y en el lenguaje que emplean.” BEATTY, DAVID, *Constitutional Law in Theory and Practice*, University of Toronto Press, 1995. Citado por CHOUDHRY, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, “Indiana Law Review”, año 1999, vol. 74, pp. 830-850.

<sup>75</sup> COTTIER - HERTIG, *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, “Max Planck Yearbook of United Nations Law”, año 2003, vol. 7, pp. 262-264.

## **Bibliografía**

AFILALO, ARI, *Constitutionalization through the Back Door: A European Perspective on NAFTA's Investment Chapter*, "New York University Journal of International Law and Politics", año 2001. vol. 34, no. 1.

ANDERSON, GAVIN, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

ANNUS, TAAVI, *Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments*, "Duke Journal of Comparative and International Law", año 2004, vol. 14.

BEDJAoui, MOHAMMED, *The Reception by National Courts of Decisions of International Tribunals*, "International Law and Politics", años 1995-1996, vol. 28, nos. 1-2.

BIAGGINI, GIOVANNI, *La Idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la Epoca de la Globalización?*, "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", año 2003, nro. 7.

BOGDANDY, ARMIN VON, *Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law*, "European Journal of International Law", año 2004, vol. 15, no. 5.

-, *Constitutionalism in International Law Comment on a Proposal from Germany*, "Harvard International Law Journal", año 2006, vol. 47.

CASS, S., *The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, "EJIL", año 2001, vol. 12.

CASS, DEBORAH Z., *The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, "European Journal of International Law", año 2001, vol. 12, nro. 1.

CASSESE, ANTONIO, *Modern Constitutions and International Law*, "Recueil des Tours, Académie de Droit International", año 1985, III.

CHOUDHRY, SUJI, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, "Indiana Law Review", año 1999, vol. 74.

- (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, 2006.

-, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, "Indiana Law Review", año 1999, vol. 74.

COTTIER, THOMAS - HERTIG, MAYA, "The Prospects of 21st Century Constitutionalism", en A. VON BOGDANDY - R. WOLFRUM (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, año 2003, vol. 7.

DAWN JARMUL, HOLLY, *The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts*, "International Law and Politics", años 1995-1996, vol. 28, nos. 1-2.

FASSBENDER, B., *UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective*, 1998.

HARTEN, GUS VAN, *Judicial Supervisión of NAFTA Chapter 11 Arbitration: Public or Private Law?*, "Arbitration International", año 2005, vol. 2, nro. 4.

HELD, DAVID, *La Democracia y el Orden Global*, Barcelona, Paidós, 1997.

HIRSCHL, RAN, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, "Indiana Journal of Global Studies", año 2004, vol. 11, no. 1.

KOKKOTT, JULIANE, "From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization- with Special Reference to the German Basic Law", en STARCK, CHRISTIAN (ed.), *Constitutionalism, Universalism, and Democracy- A Comparative Analysis*, Alemania, 1999.

LAW, DAVID D., *Globalization and the Future of Constitutional Rights*, "Northwest University Law Review", año 2008, vol. 102.

OGUS, ANTHONY, *Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law*, "International and Comparative Law Quarterly", año 1999, vol. 48, Part 2.

PETERS, ANNE, "The Globalization of State Constitutions", en NIJMAN, JANNE - NOLLKAEMPER, ANDRÉ (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, 2007.

-, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, "Leiden Journal of International Law", año 2006, nro. 19.

PETERSMAN, *Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets*, "37 Loyola of LA Law Review", 2003.

PICCIOTTO, SOL, *Constitutionalising Multi-Level Governance Conference on Rethinking Constitutionalism in an Era of Globalization and Privatization*, "Cardozo School of Law and NYU School of Law", año 2007, November 4-5.

SAUNDERS, CHERYL, *The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law*, "Indiana Journal of Global Studies", año 2006, vol. 13, nro. 1.

SLYZ, GEORGE, "International Law in National Courts", en FRANCK, THOMAS - FOX, GREGORY (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers Inc., 1996.

TEUBNER, GUNTHER, "Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?", en JEORGES, CHRISTIAN - SAND INGER-JOHANNE - TEUBNER, GUNTHER (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004.

TUSHNET, MARK, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, "Virginia Journal of International Law", año 2009, vol. 49, nro. 4.

WALTER, CHRISTIAN, "International Law in a Process of Constitutionalization", en NIJMAN, JANNE - NOLLKAEMPER, ANDRÉ (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, 2007.

WALKER, NEIL, *The Idea of Constitutional Pluralism*, "Modern Law Review", año 2002, vol. 65.

-, *Taking Constitutionalism Beyond the State*, "Political Studies", año 2008, vol. 56, p. 519.

WET, ERIKA DE, *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, "Leiden Journal of International Law", año 2006, vol. 19.

-, *The International Constitutional Order*, "International Comparative Law Quarterly", año 2006, vol. 55, part 1.

YOUNG, ERNEST, *The Trouble with Global Constitutionalism*, "Texas International Law Journal", año 2003, vol. 38.

ZAMORA, STEPHEN, *Allocating Legislative competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration*, "Houston Journal of International Law", año 1997, vol. 19, nro. 3.