

## EL CONSTITUCIONALISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los roles y la normatividad del derecho internacional*. III. *El Estado como agente de la comunidad internacional*. IV. *El sistema institucional: ¿un orden internacional federal?* V. *El sustrato y la legitimidad del derecho internacional*. VI. *La visión de Tomuschat en el contexto universalista*. VII. *El camino por delante*.

Resulta una obviedad el hecho de que el derecho público, tal como se ha desarrollado en el siglo XX, es un aspecto del Estado nacional soberano y que ese Estado nacional soberano está siendo cuestionado como modelo y realidad desde finales del siglo pasado. Es objeto de debate, sin embargo, qué dirección está tomando y cuál debería tomar la evolución general y con ello también el desarrollo del derecho público. Bajo ese telón de fondo se realizó en 2005 en el *Harvard Law School* un simposio sobre *Comparative Visions of Global Public Order*, marco en el que se presentaron las reflexiones que se exponen a continuación, en particular, desde una perspectiva alemana.

El presente análisis describe una visión que se apoya en la explicación conceptual expresada en este libro en el trabajo II.4 referida al tema ¿Cómo cuadrar democracia, globalización y derecho internacional?, esencial-

\* El presente trabajo está basado en una versión más extensa publicada con el mismo título en el *Harvard International Law Journal (HILJ)*, vol. 47, 2006, pp. 223-242. La versión en español fue publicada bajo el título “El constitucionalismo en el derecho internacional: comentario sobre una propuesta alemana” en *Puente@Europa*, “*El sistema jurídico internacional y sus tensiones: fragmentación y vocación*”, año V, núm. 2, junio de 2007, pp. 34-43. Fue editada bajo la supervisión del autor por el Comité Editorial (nota del coordinador editorial, N.C.E.). El autor agradece los comentarios de Sergio Dellavalle, Stefan Kadelbach y Erika de Wet y el apoyo de Isabel Feichtner, Robert Stelzer, Valentin Pfisterer y Mariela Morales Antoniazzi.

mente lo concerniente a las consideraciones acerca del derecho internacional de la cooperación como paradigma. Sostengo la tesis de que el constitucionalismo, como paradigma de la reconstrucción jurídica, no es convincente para el derecho internacional público en la actualidad, al no existir suficientes bases en el derecho positivo y en la realidad política. Sin embargo, esto no excluye de ninguna manera el compromiso con la comprensión kantiana que establece la procura de un estatuto jurídico universal y con ello la construcción de un derecho público correspondiente. La Paz Perpetua de Kant continúa siendo un faro de orientación normativa en estos tiempos tan confusos.

## I. INTRODUCCIÓN

Con la consolidación de dos superpotencias tras la Segunda Guerra Mundial, el poder internacional de los Estados europeos decayó. Mientras que alemanes e italianos comprendieron esta situación a partir de sus derrotas militares, fue la crisis de Suez la que instruyó a los políticos de Francia y el Reino Unido.<sup>1</sup> Tres visiones europeas sobre el orden mundial y el rol del derecho internacional pueden ser interpretadas como una respuesta a esta apreciación. La primera sugería seguir a la superpotencia más afín a los propios intereses y convicciones. Esto implicaba una interpretación más bien realista del derecho internacional, en particular sobre los temas vinculados a la paz y seguridad internacional. La segunda visión tuvo como objetivo construir una Europa unificada capaz de estar a la altura de los otros poderes globales, en una perspectiva multipolar. Esto llevaría a una visión dual para el futuro del derecho internacional: un derecho especial de naturaleza constitucional para los Estados que forman parte de ella y un derecho tradicional para el resto de los Estados. La tercera implicaba pugnar por una comunidad jurídica global que estructurase y controlara el poder político a la luz de valores comunes y un bien común. Esto hubiera significado una reconfiguración del derecho internacional muchas veces resumida bajo el nombre de “constitucional-

<sup>1</sup> Olivi, B., *L'Europa difficile: Storia politica dell'integrazione europea 1948-1998*, 1998, p. 61.

lismo”.<sup>2</sup> Comúnmente estos tres enfoques son atribuidos al Reino Unido, Francia y Alemania respectivamente. Sin embargo, sería erróneo identificar el constitucionalismo con el pensamiento del derecho público internacional alemán. Existen claramente otros enfoques en el derecho internacional alemán<sup>3</sup> y, viceversa, no hay dudas de que el constitucionalismo internacional es enseñado también en otros países.<sup>4</sup>

Aún así, la idea de concebir el derecho internacional actual como nacimiento de una comunidad jurídica global ha sido un hilo conductor común entre muchos estudiosos alemanes del derecho internacional. De los tres académicos que han impartido el Curso General en la Academia de La Haya desde 1945 (Hermann Mosler, Wilhem Wengler y Christian Tomuschat), dos fueron destacados exponentes de este enfoque (Mosler y Tomuschat). En 1974, Hermann Mosler impartió el curso general bajo el título “La sociedad internacional como una comunidad jurídica”.<sup>5</sup> Al ser impartido durante la Guerra Fría, ofreció una visión tenue del constitu-

<sup>2</sup> Dicho constitucionalismo tiene raíces profundas en proyectos anteriores a la guerra, véase Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 1934, pp. 115 y ss.; Scelle, G., *Le Pacte des Nations et sa liaison avec le traité de paix*, 1919, pp. 101 y ss., pp. 105 y ss.; *id.*, *Précis de droit des gens*, 1932, pp. 188 y ss.; Schücking, W., “Die Organisation der Welt”, en Van Calker (ed.), *Festschrift für Paul Laband*, 1908, p. 533; Verdross, A., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926.

<sup>3</sup> Para distintas perspectivas, véase, por ejemplo, Wengler, W., “Public International Law: Paradoxes of a Legal Order”, *Recueil des Cours*, vol. 158, 1977, pp. 9-86; entre los estudios actuales, Haltern, U., “Internationales Verfassungsrecht?”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 128, 2003, pp. 511-557; Hillgruber, C., “Souveränität-Verteidigung eines Rechtsbegriffs”, *JuristenZeitung*, 57, 2002, pp. 1072 y ss., pp. 1072 y 1075.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, Dupuy, P.-M., “The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited”, en von Bogdandy y Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997. En los Países Bajos, en 2004, hasta se ha creado una cátedra de derecho constitucional internacional en la Universidad de Ámsterdam, cuya primera y actual titular es Erika de Wet; véase de Wet, E., *The International Constitutional Order*, ceremonia inaugural de la cátedra de Derecho Constitucional Internacional en la Universidad de Ámsterdam, 25 de febrero de 2005, disponible en [www.aup.nl/do.php?a=show\\_visitor\\_book&isbn=9789056293871](http://www.aup.nl/do.php?a=show_visitor_book&isbn=9789056293871) (consulta 12 de septiembre de 2010); véase también *id.*, “The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law”, *European Journal of International Law (EJIL)*, 15, 2004, pp. 97-121.

<sup>5</sup> Mosler, H., “The International Society as a Legal Community”, *Recueil des Cours*, vol. 140, 1974, pp. 1-320; *id.*, *The International Society as Legal Community*, 1980. Sobre este curso, véase Kolb, R., *Les cours généraux de droit international public de l'Académie de La Haye*, 2003, pp. 541 y ss.

cionalismo; sin embargo, se hacía eco del concepto central de Walter Hallstein, su antiguo superior en el recién nacido servicio exterior alemán y primer presidente de la Comunidad Económica Europea. Hallstein había presentado la idea de una “comunidad jurídica” (*Rechtsgemeinschaft*) para concebir y dirigir el embrionario proyecto de integración europea.<sup>6</sup> Logró inspirar la jurisprudencia “constitucionalizadora” del Tribunal de Justicia,<sup>7</sup> estableciendo la base conceptual para el enorme poder que esgrimió por décadas el servicio jurídico de la Comisión Europea, que además daría forma al discurso político.

Tras la caída de la cortina de hierro, Christian Tomuschat, en 1999, dictó un curso mucho más audaz, titulado: “Asegurando la supervivencia de la humanidad en la víspera de un nuevo siglo”.<sup>8</sup> Esta contribución no presentará una reseña de los distintos autores,<sup>9</sup> sino que se centrará en al-

<sup>6</sup> Hallstein, W., *Der unvollendete Bundesstaat*, 1969, pp. 252 y ss.

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión, véase Weiler, J. H. H., “The transformation of Europe”, en *id.*, *The Constitution of Europe. “Do the New Clothes Have an Emperor?” and Other Essays on European Integration*, 1999, pp. 10-96.

<sup>8</sup> Tomuschat, C., “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 281, 1999, pp. 9-438. Sobre este curso, Kolb, *op. cit.*, nota 5, pp. 1057 y ss.

<sup>9</sup> Existe una enorme variedad de ideas, *cf.*: Simma, B., “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *Recueil des cours*, vol. 250, 1994-VI, pp. 9 y ss., p. 221; Fassbender, B., “The U.N. Charter as a Constitution”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 36, 1998, pp. 529 y ss., p. 574; Cottier, M., “Die Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Normen im innerstaatlichen Bereich als Ausprägung der Konstitutionalisierung des Völkerrechts”, *Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 9, 1999, pp. 403-440; Frowein, J. A., “Konstitutionalisierung des Völkerrechts”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 39, 2000, pp. 427 y ss., p. 431; Biaggini, G., “Die Idee der Verfassung”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1, 2000, pp. 445-476; Delbrück, J., “Structural Changes in the International Legal Order and its Legal Order”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 11, 2001, pp. 1-36; Uerpman, R., “Internationales Verfassungsrecht”, *Juristenzeitung*, 56, 2001, pp. 565-573; Walter, C., “Constitutionalizing (International) Governance”, *German Yearbook of International Law*, 44, 2001, p. 170; Brunkhorst, H., *Solidarität: von der Bürgerfreundschaft zur Globalen Rechtsgenossenschaft*, 2002; Höffe, O., *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 2002 (1a. ed., 1999); Bryde, B.-O., “Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts”, *Der Staat*, 42, 2003, pp. 61-76; Cottier, T. y Hertig, M., “The Prospects of 21st Century Constitutionalism”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, pp. 261-328; Kadelbach, S., “Ethik des Völkerrechts unter Bedingungen der Globalisierung”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*

gunos elementos de la reconstrucción teleológica realizada por Tomuschat de conceptos centrales del actual derecho internacional. En adelante se hará referencia expresa al citado curso de Tomuschat, indicando el número de la página entre paréntesis. En primer lugar, se presentarán las ideas de Tomuschat sobre los roles y la normatividad del derecho internacional (*los roles y la normatividad del derecho internacional*). Entre las distintas funciones del derecho internacional, es de particular importancia su función constitucional a través de la legitimación, delimitación y guía de las políticas. En consecuencia, Tomuschat invierte la visión dominante de la relación entre derecho internacional y derecho constitucional interno, planteando una situación en la que el Estado se convierte en un agente de la comunidad internacional (*el Estado como agente de la comunidad internacional*). En tercer lugar, se analizará la organización de la comunidad internacional y se discutirá la interpretación de Tomuschat sobre el papel de las instituciones internacionales. Dado que él atribuye a estas instituciones un rol sustancial y autónomo, se abordará la cuestión del federalismo internacional (*el sistema institucional: ¿un orden internacional federal?*). Sin embargo, Tomuschat no utiliza este término en su modelo. Esta reticencia puede ser explicada por el hecho de que el derecho internacional sólo tiene credenciales democráticas “derivadas” y por la incertidumbre sobre su “sustrato social” en la “comunidad internacional” (*el sustrato y la legitimidad del derecho internacional*). Finalmente, situaremos la visión de Tomuschat sobre derecho internacional en la amplia corriente del pensamiento universalista, encontrándose su último desarrollo en un reciente texto de Habermas (*la visión de tomuschat en el contexto universalista*). Finalmente, el trabajo concluye con una evaluación (*el camino por delante*).

(*ZaöRV*), 64, 2004, pp. 1-20; Ruffert, M., *Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht*, 2004, p. 38. Muy discutido ha sido el enfoque constitucional de Ernst-Ulrich Petersmann sobre el derecho comercial internacional; entre sus escritos, véase *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, 1991; *id.*, “The WTO Constitution and Human Rights”, *Journal of International Economic Law*, 3, 2000, pp. 19-25; *id.*, “Constitutional Economics, Human Rights and the Future of the WTO”, *Aussenwirtschaft*, 58, 2003, pp. 49-91.

## II. LOS ROLES Y LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

El desarrollo de Tomuschat confiere una nueva importancia al derecho internacional que, en muchos sentidos, considera que ha superado a todos los otros tipos de derecho. Esta importancia es en gran parte el resultado del desafío de la globalización. En la medida en que el Estado pierde o está obligado a ceder su rol de garante del interés común de sus ciudadanos, deberían establecerse, a nivel regional o universal, instituciones comunes para compensar las pérdidas sufridas” (42). Según Tomuschat, algunas reglas del derecho internacional cumplen una función constitucional no sólo en la esfera internacional sino también en la esfera nacional, “particularmente, velar por la paz internacional, la seguridad y la justicia en las relaciones entre Estados, y por los derechos humanos, así como por el Estado de derecho en el ámbito interno, en beneficio de los seres humanos que, en esencia, son los destinatarios últimos del derecho internacional” (23). Los principios fundamentales del derecho internacional se refieren a todas las formas de poder político y deben delimitarlo en todos los casos: ésta es la esencia del argumento constitucional. Él sostiene que la función tradicional del derecho internacional —regular las relaciones interestatales— no sólo se enriquece por una función constitucional, sino también con una función adicional que es similar a la del derecho administrativo y privado interno: el nuevo derecho internacional presenta un “modelo (blueprint) para la vida social” (63). “El derecho internacional se ha convertido en un cuerpo de derecho multifacético que impregna todos los ámbitos de la vida, dondequiera que los gobiernos actúen para promover un objetivo público” (70 y ss.). Actualmente el derecho internacional es “un ordenamiento jurídico común para toda la humanidad” (28 y ss.). La concepción tradicional por la cual derecho internacional y derecho interno tratan distintas cuestiones es reemplazada por una en la que ambos tipos de derecho enfrentan y regulan, en gran parte, los mismos temas. La visión de Tomuschat no es la de esferas separadas, sino más bien la de un sistema integrado de múltiples capas.

La idea de Tomuschat descansa sobre la premisa de que el derecho internacional puede dirigir y controlar la realidad social y, en particular, el poder político, de manera similar a como lo hace el derecho constitucional o administrativo interno —supuesto que no es compartido por muchos—.

La defensa de Tomuschat del derecho internacional no niega que sus normas a menudo sean vagas y controvertidas (26 y ss.). Tampoco igno-

ra Tomuschat la continuidad de la soberanía del Estado y la falta de instituciones globales fuertes, lo que impide que el derecho internacional y el derecho interno sean considerados en términos totalmente análogos. A pesar de estos límites, el sostiene un discurso jurídico “positivista” del derecho internacional, y asume que éste puede funcionar de manera similar al derecho público interno. Este supuesto descansa sobre todo en un imperativo moral:

[E]l discurso sobre los temas del derecho internacional debe [...] ser formulado en un lenguaje que permita a todos aquellos afectados por su acción que su voz sea escuchada, para comprender plenamente los argumentos invocados por otros y así participar en un diálogo constructivo que posibilite poner de relieve una base de comprensión común para cualquier cuestión controvertida. [...] El discurso sobre aquello que está bien o mal debe ser claro como el agua y no debería caer en manos de unos pocos ilusionistas que invariablemente son capaces de demostrar que el derecho y la justicia están de su parte (28).

Tomuschat es un positivista ilustrado. Conoce las limitaciones del derecho internacional como instrumento de orden social y conoce también los límites racionales del razonamiento jurídico clásico. Sin embargo, ve en éste la mejor posibilidad que hasta el momento han tenido los juristas de atenerse a los indiscutidos postulados de su profesión. Además, la teoría social y la filosofía política, en particular, nunca se han mostrado capaces de liderar el debate sobre “lo bueno o lo malo” mejor de lo que lo han hecho las líneas establecidas del razonamiento jurídico.<sup>10</sup> La respuesta pragmática kantiana del siglo XX al relativismo —la filosofía del “como si” (“als-ob”)—<sup>11</sup> puede apoyar este enfoque metodológico y constructivo, cuya base (¡no de la ley como tal!) es una premisa ética.

### III. EL ESTADO COMO AGENTE DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Una de las innovaciones conceptuales de Tomuschat que se ha vuelto habitual en el discurso académico es su calificación de algunas partes im-

<sup>10</sup> Esto es confirmado por autores que anteriormente prestaron poca atención o incluso criticaron el “formalismo jurídico”, véase Habermas, J., “Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?”, en *id.*, *Der gespaltene Westen*, 2004, pp. 113-193; Koskeniemi, M., *The Gentle Civilizer of Nations*, 2002, pp. 502 y ss.

<sup>11</sup> Vaihinger, H., *Die Philosophie des Als Ob*, 1911.

portantes de los tratados internacionales como “*völkerrechtliche Nebenverfassungen*”, es decir, como derecho internacional que tiene una función complementaria del derecho constitucional interno.<sup>12</sup> Este concepto es radicalizado en el curso general: aquí, los principios centrales del derecho internacional, antes que una mera función complementaria, asumen una función fundacional para el Estado y su Constitución.

En la historia se encuentran muchos intentos teóricos para invertir la relación entre derecho interno y derecho internacional, entre el Estado y la comunidad internacional.<sup>13</sup> Los desarrollos del derecho internacional a partir de 1990, momento en el que el derecho formulado en 1945 parece haber adquirido una considerable normatividad (principalmente, aunque no exclusivamente, a través de las actividades del Consejo de Seguridad), dieron la oportunidad para un intento de redefinir esta relación. La novedad del enfoque de Tomuschat ya se aprecia en su afirmación por la que el *locus classicus* relevante —el debate sobre monismo y dualismo— es “en gran medida ilusorio” (363). El rol fundacional del derecho internacional no está concebido en términos formales como una relación de delegación de competencias (Kelsen) o de acuerdo a la doctrina de *dédoublement fonctionnel* (Scelle) (367). La construcción de Tomuschat trabaja más bien sobre la sustancia del derecho internacional, concentrándose en particular en los derechos humanos internacionales, que fuera solo posible concebir tras la Segunda Guerra Mundial: “El hecho de que la sociedad internacional se esté desplazando progresivamente desde un sistema centrado en la soberanía a uno orientado a los valores o a los individuos ha dejado marcas profundas en su alcance y significado” (237).

<sup>12</sup> Tomuschat, C., “Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen”, *Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 36, pp. 7 y ss., pp. 51 y ss.; Uerpmann, R., “The Constitutional Role of Multilateral Treatises”, en von Bogdandy y Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2006.

<sup>13</sup> En particular, Kelsen, H., *op. cit.*, nota 2, 1934, p. 150; *id.*, “Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht”, *ZaöRV*, 19, 1958, pp. 234-268. Sobre la relación entre Estados y comunidad internacional desde la perspectiva de la seguridad, véase *Puente @Europa*, año III, núm. 2, junio de 2005, disponible en <http://www.ba.unibo.it/Buenos Aires/Strumenti+del+Portale/Download/Extension/puntoeuropa/puente/puente22005.htm> (consulta 12 de septiembre de 2010).

Incluso para Tomuschat el Estado sigue siendo el principal “actor” de la escena internacional. Sin embargo, asume su “rol” —y en este punto radica su innovación— en una “obra” escrita y dirigida por la comunidad internacional.

[L]a comunidad internacional ofrece protección a ciertos valores básicos aun en ausencia de la voluntad de los Estados, y lo hace incluso contra su voluntad. Todos estos valores derivan de la noción de que los Estados no son más que instrumentos cuya función inherente es servir los intereses de sus ciudadanos tal como se expresan jurídicamente en los derechos humanos (161 f.).

La comunidad internacional [...] ve al Estado como una unidad al servicio de los seres humanos de quienes es responsable. No sólo se espera que ningún disturbio a otros Estados se origine en el territorio del Estado, compete además a cada Estado realizar servicios específicos para el beneficio de sus ciudadanos (95).

Esta interpretación del Estado como instrumento de la comunidad internacional para implementar sus principales valores jurídicos no se corresponde con la interpretación dominante de las ciencias jurídicas, políticas o de los medios de comunicación. El mismo Tomuschat reconoce que “la transformación desde el derecho internacional como sistema centrado en el Estado a un sistema centrado en los individuos no ha encontrado aún un nuevo equilibrio definitivo” (162) y que, además, “[e]n estos momentos [...] no está de ninguna manera claro cuál de las dos normas básicas (*Grundnormens*) rivales (igualdad de soberanías o protección de los valores básicos por parte de la comunidad internacional, A *versus* B prevalecerá o debería prevalecer en caso de conflicto” (162).<sup>14</sup> Esta “debilidad” no necesariamente reduce el valor y utilidad del desarrollo de Tomuschat. Debería ser más bien una prueba de cómo los textos normativos pueden evolucionar a partir de estudios innovadores sobre el derecho —o, en términos de Hegel: una vez que las ideas han sido revolucionadas, la realidad ya no puede oponer resistencia—.

<sup>14</sup> En una etapa posterior, incluso sostiene que “el sistema internacional aun descansa sobre la soberanía nacional” (389). Aparentemente, es difícil para un estudioso del derecho (así como para cualquier otro) situar su posición dentro del curso de la evolución histórica.

## IV. EL SISTEMA INSTITUCIONAL: ¿UN ORDEN INTERNACIONAL FEDERAL?

El derecho internacional, según la interpretación de Tomuschat, suscita un sistema de gobernanza internacional. En el debate actual, las características institucionales de este sistema son vagas y controvertidas. Tomuschat enriquece este debate conectando la idea de “gobernanza internacional” con el pensamiento del derecho público del Estado tal como fue desarrollado durante los últimos tres siglos. Éste es un enfoque completamente jurídico: mira (al menos con un ojo) hacia el pasado para resolver un nuevo desafío con la ayuda del razonamiento analógico (analogía *juris*).<sup>15</sup> Su argumento está basado sobre la premisa de que la comunidad internacional —como cualquier otra comunidad— necesita “un conjunto de normas jurídicas suficientemente amplio para ser capaz de afrontar los numerosos desafíos surgidos en el curso de la historia” (305): *ubi societas, ibi ius* (donde hay sociedad, hay derecho). Para satisfacer esta necesidad se requieren instituciones capaces de desempeñar las siguientes funciones tradicionales de gobierno: una “función legislativa” para promulgar “un conjunto de normas suficientemente amplio” y especialmente para tomar “decisiones políticas fundamentales” (305); una “función ejecutiva”, es decir, un “aparato encargado de traducir en hechos concretos la legislación producida” (358); y una función concierne a “la resolución de controversias”, o sea, la “aplicación de estas reglas a las controversias” (390). Así, se fijan las funciones de las instituciones globales, lo que da una guía para la interpretación, para avanzar en la investigación y las propuestas políticas.

Si una gobernanza global consistente necesita instituciones internacionales legislativas, ejecutivas y judiciales, surge la pregunta de si esta gobernanza requiere la creación de una Federación global. Tomuschat utiliza los términos “federal” o “Federación” muy cuidadosamente. Éstos no ocupan un lugar destacado en sus textos. Podríamos suponer que ha aprendido la lección a partir de las reacciones hostiles con las que se encontraron estos términos cuando fueron utilizados respecto a la Unión Europea.

<sup>15</sup> Schroth, U., “Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung”, en Kaufmann *et al.* (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7a. ed., 2004, pp. 270 y 278.

Sin embargo, es posible calificar su enfoque como uno de tipo federal básico, entendiendo como “federal” cualquier sistema multinivel de gobernanza.<sup>16</sup> El sistema internacional, tal como lo propone Tomuschat, es un sistema multinivel, en el que el Estado “debe aceptar vivir en una relación simbiótica con las instituciones de la comunidad internacional tanto a nivel regional como universal” (436). Además, el sistema en su conjunto presenta otros elementos integradores. En primer lugar, se considera que el carácter constitucional del sistema internacional es el que consagra y protege los valores jurídicos fundamentales. Los principios del artículo 2o. de la Carta de las Naciones Unidas y el núcleo del derecho internacional de los derechos humanos consagran aquellos valores “que la humanidad debe preservar en orden para poder seguir viviendo en condiciones pacíficas, que permitan a los individuos un goce real de los derechos humanos” (85).<sup>17</sup> Por lo tanto, algunas obligaciones internacionales son esenciales para los ordenamientos jurídicos nacionales y puede considerarse, por lo tanto, que ejercen una función constitucional para todo el mundo.

En segundo lugar, Tomuschat propone un sistema político internacional con un nivel de autonomía considerable respecto a los Estados adherentes. Esto es especialmente cierto en el caso de la función legislativa: el sistema internacional ya no puede descansar únicamente sobre los tratados, en cuya elaboración los Estados soberanos gozan de un irrestricto poder unilateral de decisión. En principio, los tratados son instrumentos a partir de los cuales los Estados se auto-imponen compromisos. Ninguno puede ser forzado a adherirse a un régimen convencional determinado, no importa cuán importante pueda ser ese régimen en la promoción de los intereses comunitarios. En la medida en que en la sociedad internacional sean reconocidos otros valores —valores que merecen protección independientemente de la aceptación que reciban por parte de un Estado

<sup>16</sup> Cappelletti *et al.* (eds.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience. A General Introduction*, vol. 1: *Methods, Tools and Institutions*, 1985, pp. 3, 7 y 8, 12 y ss.

<sup>17</sup> Con más detalle en Tomuschat, C., “Die internationale Gemeinschaft”, *Archiv des Völkerrechts*, 33, 1995, pp. 1-20, p. 7.

en particular—, los tratados deben perder su rol primordial como instrumentos para la creación de normas jurídicas (306 y ss.).<sup>18</sup>

La visión de Tomuschat de la gobernanza internacional se asemeja parcialmente a la forma específica del federalismo materializada en Alemania y en la Unión Europea. En ambos sistemas, la legislación que es promulgada por las instituciones a más alto nivel, es ejecutada por órganos de menor nivel. Él sostiene: “sería erróneo [...] presuponer que el modo más prometedor de enfrentar los desafíos del futuro sea centralizar cada vez más funciones en las manos de una burocracia mundial como núcleo de un gobierno mundial. La supervisión y el monitoreo internacional juegan un rol esencial [...]. Pero no puede haber un auténtico orden internacional sustentable si los sistemas nacionales de gobernanza se desintegran” (435).

Algunos autores opinan que la Unión Europea señala la dirección que debería adoptar el sistema internacional,<sup>19</sup> en tanto que Tomuschat es mucho más cauteloso al presentar la integración europea como un ejemplo (100). Al mismo tiempo, en ninguna parte sostiene que la experiencia de la integración dentro de la Unión Europea esté limitada a su escenario regional específico o que estos desarrollos no puedan replicarse en un contexto internacional más amplio.

## V. EL SUSTRATO Y LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

Un sistema federal “sustancial”<sup>20</sup> no sólo requiere una organización global de gobierno, sino también un auténtico “sustrato social”, es decir,

<sup>18</sup> Este punto es elaborado en Tomuschat, C., “Obligations Arising for States without or against their Will”, *Recueil des cours*, vol. 241, 1993-IV, pp. 195-374.

<sup>19</sup> Una visión más audaz es la de Daniel Thürer que sostiene: “Desde el punto de vista del orden mundial global, la UE parece representar la manera más promisoría de crear una estructura capaz de detener el abuso de poder económico y social y de dirigir las actividades sociales hacia fines comunes esenciales. La UE parece estar haciendo los esfuerzos más exitosos hasta el momento para hacer frente a los efectos problemáticos de la globalización y, quizás, ofrezca un modelo para la creación de nuevas instituciones jurídicas a escala mundial”, véase Thürer, D., “Discussion”, en Hofmann *et al.* (eds.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, 1999, p. 92; para un punto de vista sociológico, véase Röhl, K. F., “Das Recht im Zeichen der Globalisierung der Medien”, en Voigt (ed.), *Globalisierung des Rechts*, 2000, p. 103.

<sup>20</sup> Oeter, S., “Federalism and Democracy”, en von Bogdandy y Bast, *op. cit.*, nota 12, pp. 59 y ss. El tema de la legitimidad del derecho internacional aborda los fundamen-

un pueblo o una ciudadanía que proporcione a la organización la legitimidad originaria (no sólo derivada). El derecho interno encuentra fundamento en un pueblo, en una ciudadanía, y a ésta se refiere. Las instituciones públicas del Estado (parlamentos, gobiernos y tribunales) son instituciones que pertenecen a este grupo; los actores del sistema institucional estatal (políticos, grupos de interés y funcionarios) son, de alguna manera, representantes de los intereses o valores de ese pueblo. El concepto de “pueblo” representa el punto de referencia central de todos los procesos políticos y jurídicos. Si el derecho internacional asume cada vez más funciones que eran anteriormente ejercidas por el derecho interno, surge un interrogante respecto a su punto de referencia. Hasta tanto no se resuelva esta cuestión, hay razones de peso para ser cautelosos respecto a la aplicación del término “federal”.

Según la doctrina tradicional del derecho internacional, “los Estados” son el punto de referencia central. Mientras que el derecho interno se origina en el pueblo, el derecho internacional se origina en los Estados. Comúnmente éstos son vistos como actores unitarios que animan y controlan los procesos político-jurídicos internacionales. Sin embargo, cada vez más, en el discurso internacional “los Estados” están siendo reemplazados por un nuevo término: la comunidad internacional. En un creciente número de discursos, la noción de “comunidad internacional” en el derecho internacional y en la política internacional juega un rol similar al concepto de “pueblo” en el ámbito interno.

Algunos ejemplos resultan muy ilustrativos en los siguientes pasajes de Tomuschat: “Como cualquier otra comunidad humana, la comunidad internacional requiere un conjunto de normas jurídicas suficientemente amplio para que sea capaz de ocuparse de los distintos desafíos surgidos en el curso de la historia” (305); “en la última década del siglo XX, la comunidad internacional ha entendido que los esfuerzos nacionales para

tos racionales para explicar por qué el derecho internacional merecería ser observado, Bodansky, D., “The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law”, *American Journal of International Law*, 93, 1999, pp. 596-624; Cassese, S., “Lo spazio giuridico globale”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 52, 2002, pp. 323 y ss., pp. 331 y ss.; Kumm, M., “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework Analysis”, *EJIL*, 15, 2004, pp. 931-960.

combatir el crimen deben ser complementados por el aparato internacional” (431).<sup>21</sup>

La comunidad internacional es presentada sobre todo como una comunidad de valores, consagrada principalmente en las obligaciones internacionales *erga omnes* y de *jus cogens* (75 y ss.). El rol que Tomuschat atribuye a los Estados se adapta bastante bien a esta interpretación de la comunidad internacional. Los Estados sólo tienen legitimidad en la medida en que respetan e implementan aquellas obligaciones fundamentales. Se considera incluso que la comunidad internacional tiene algunas instituciones propias. Así, de acuerdo a Tomuschat, “el Secretario General debería siempre promover el interés de la comunidad internacional con resuelta determinación”; es “un agente de la comunidad internacional” (399). Además, el Consejo de Seguridad es descrito como una institución “comunitaria” embrionaria.<sup>22</sup>

Sin embargo, reconoce que persisten muchas diferencias entre las comunidades internacional y nacional. Entre las distintas diferencias, la que aparece en primer orden en el pensamiento de Tomuschat, concierne al ya mencionado concepto de “pueblo”. Como se ha afirmado, en el derecho interno, el “pueblo” es el punto de referencia fundamental, porque es visto como la fuente de legitimidad democrática, que a su vez es la primera fuente de legitimidad de gobierno. Con respecto al derecho internacional, Tomuschat ve la “comunidad internacional” como una fuente de legitimidad a través de valores (comunes), pero no es una fuente democrática. Él reconoce que el derecho internacional como “modelo (blueprint) de la vida social” es problemático cuando es examinado bajo el principio democrático, ya que “la cantidad y calidad de las obligaciones internacionales han alcanzado un nivel que pone en riesgo el derecho a configurar el orden constitucional interno de manera independiente” (184). En el pensamiento de Tomuschat, no hay un sustituto a nivel internacional para la fuente interna de legitimidad democrática que se encuentra en el pueblo. En consecuencia, el término “comunidad

<sup>21</sup> Una visión más directa y audaz es presentada por el juez ruso Vereshchetin en la Corte Internacional de Justicia: “La humanidad en general [...] intenta manifestarse en la arena internacional como un actor, como una entidad”; Vereshchetin, V., “Discussion”, en Hofmann *et al.* (eds.), *op. cit.*, nota 19, p. 136.

<sup>22</sup> Esta interpretación desentona con la afirmación de que “las organizaciones internacionales [...] no tienen sustrato social por sí solas, pero funcionan esencialmente como agencias/órganos comunes de sus miembros” (91).

internacional” no es presentado en sus textos como un sustituto del “pueblo”.

Algunos académicos consideran las organizaciones no gubernamentales como el embrión de una comunidad internacional capaz de proporcionar legitimidad democrática.<sup>23</sup> Tomuschat rechaza este enfoque:

Puesto que [las organizaciones no gubernamentales] son productos de la libertad dentro de una sociedad, no tienen el tipo de legitimidad formal que normalmente ostenta un gobierno a partir de elecciones democráticas libres. Más allá de sus miembros, no son institucionalmente *accountable* para el resto. Por consiguiente, las organizaciones no gubernamentales nunca han sido consideradas como las verdaderas voces de los pueblos que representan (155).

Una característica distintiva del desarrollo de Tomuschat es que el derecho internacional no tiene una fuente propia de legitimidad democrática: sus credenciales democráticas dependen de los procesos democráticos que tienen lugar dentro de los Estados, y no ve la manera de superar esta dependencia. La reticencia de Tomuschat respecto al federalismo se debe a que entiende que el nivel superior de un sistema federal requiere su propia base democrática. Su escepticismo al respecto diferencia su enfoque sobre el federalismo cosmopolita.<sup>24</sup>

En muchos casos, Tomuschat presenta la comunidad internacional como un grupo de seres humanos que funciona como “sustrato social” (aunque no como fuente de legitimidad democrática) del derecho internacional y como un posible punto de referencia similar al “pueblo” en el contexto interno. Por otro lado, en algunos casos su utilización es mucho más restringida e indica un número de desarrollos estrictamente jurídicos. Incluso define el término “comunidad internacional” como “un conjunto de reglas, procedimientos y mecanismos designados para proteger

<sup>23</sup> Thürer, D., “The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State”, en Hofmann *et al.* (eds.), *op. cit.*, nota 19, p. 37 y p. 46.

<sup>24</sup> Para una taxonomía de las distintas posiciones, véase en este libro el trabajo titulado “¿Cómo cuadrar democracia, globalización y derecho internacional?”. Véase también la versión original von Bogdandy, A., “Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law”, *EJIL*, 15, 2004, pp. 906-930.

los intereses colectivos de la humanidad, basados en una percepción de valores normalmente compartidos” (88).

Mientras la sociedad internacional se dividía en tres bloques ideológicos que perseguían objetivos distintos e incluso contradictorios, cada uno podía tener la sospecha de que los principios generales abrirían la puerta a intentos para introducir un sesgo político en el orden jurídico internacional. Las controversias no han desaparecido del todo del escenario internacional. Sobre numerosas cuestiones, los Estados occidentales, Rusia, China y los países en desarrollo siguen manteniendo distintos puntos de vista, con muchos matices intermedios, aunque la fuerte división ideológica ha desaparecido. En principio, ningún grupo de países se opone al reconocimiento de los derechos humanos como un elemento importante del orden jurídico internacional, así como casi ningún grupo rechaza la democracia como un principio guía de los sistemas internos de gobierno de los Estados. Gracias a este acercamiento hacia el surgimiento de una verdadera comunidad internacional, las objeciones respecto a los principios fundamentales del derecho están progresivamente perdiendo el peso que han tenido desde hace veinticinco años atrás (339).

Tomuschat muestra que el derecho internacional actual tiene muchas características que consienten su evolución en un “derecho común de la humanidad” —un derecho a través del cual la humanidad puede abordar sus acuciantes problemas—. Sin embargo, esta evolución sólo se dará si, en su mayoría, los seres humanos adquieren una percepción global de ellos mismos como parte de un grupo común. La construcción de Tomuschat del derecho internacional en su curso general puede contribuir adecuadamente a impulsar esta percepción entre los futuros políticos.

## VI. LA VISIÓN DE TOMUSCHAT EN EL CONTEXTO UNIVERSALISTA

El modo en que Tomuschat entiende la esencia y el telos del derecho internacional contemporáneo puede ubicarse dentro de la amplia corriente de pensamiento universalista de las relaciones internacionales que caracteriza a autores muy distintos entre sí, como algunos escolásticos españoles, Grotius y Kant. Comparten la premisa de que es posible un orden público que vaya más allá de los Estados, un orden público con leyes e instituciones que promuevan el bien común. Jürgen Habermas ha realizado una reciente contribución a esta corriente. Su obra sobre el fu-

turo del derecho internacional arroja luz sobre la construcción de Tomuschat. El mismo título de la obra de Habermas (“¿Existe aún la posibilidad de constitucionalizar el derecho público internacional?”) parece ser una defensa del supuesto fundamental de Tomuschat, o sea, que el derecho internacional juega un rol constitucional en el ejercicio de cualquier autoridad pública.

Habermas considera que esta visión del derecho internacional y de las relaciones internacionales compite con otros tres enfoques: el primero —un enfoque tradicional— ve la pluralidad de distintos Estados como el horizonte último del derecho internacional; el segundo enfoque aboga por un orden mundial basado en los valores liberales, pero sujeto a la hegemonía americana antes que a la internacionalización del derecho y de las instituciones internacionales comunes; y el tercer enfoque sostiene un debilitamiento del poder público que amenaza las premisas de cualquier regla constitucional. Desde la perspectiva de Habermas, el telos que subyace bajo el enfoque de Tomuschat hace que éste sea conceptual y normativamente el más convincente.

La razón práctica requiere que el telos de toda ley sea garantizar la paz y la libertad en el marco de un Estado de derecho antes que la mera seguridad, como en la perspectiva hobbesiana, a través de la fuerza bruta (o la hegemonía americana).<sup>25</sup> El eje teórico central de la obra habermasiana consiste en la reconstrucción del pensamiento de Kant intentando superar el problema conceptual que aqueja a muchos enfoques kantianos. En 1793, Kant señaló que la garantía jurídica efectiva y duradera de la paz y la libertad requiere instituciones transnacionales investidas de poder público sobre los Estados constitutivos.<sup>26</sup> Sin embargo, solo dos años después abandonó esta idea, proponiendo únicamente un “federalismo libre” sin instituciones comunes para hacer cumplir el derecho internacional contra las violaciones de los Estados. El cambio de rumbo de Kant no se debe a apreciaciones empíricas, es decir, a un reconocimiento de la renuencia de los Estados de la época a aceptar organizaciones con poder transnacional, sino más bien a una inconsistencia conceptual. En 1795,

<sup>25</sup> Habermas, *op. cit.*, nota 10, p. 120.

<sup>26</sup> Kant, I., “Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis”, en *id.*, *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik* (editado por Karl Vorländer), 1964, pp. 67, pp. 112 y ss.

consideró que las instituciones internacionales investidas de poder público eran incompatibles con la idea de un derecho internacional.<sup>27</sup>

Habermas demuestra que este cambio es el resultado de una restricción conceptual innecesaria: entender la soberanía como algo “indivisible”.<sup>28</sup> Bajo este enfoque, desarrollado durante la Revolución Francesa, solo puede existir un único centro político. En consecuencia, las instituciones globales guiarían el mundo del mismo modo en que París ha guiado Francia desde el siglo XVIII. Este orden político centralizado terminaría asfixiando la pluralidad de formas de vida a la que muchos ciudadanos están ligados, conduciendo a un “seelenlosen Despotism” (despotismo desalmado) bajo el cual la libertad desaparece.<sup>29</sup> Sin embargo, tal como ha demostrado la Constitución de Estados Unidos desde 1787, la soberanía sí es divisible. Esto permite concebir un sistema federal que consiste en distintos estratos de autoridad pública. Así, el federalismo internacional con instituciones internacionales operativas no es conceptualmente inconsistente con la organización de la vida política en comunidades políticas “densas”, es decir, en Estados.

No se trata, por lo tanto, de elegir un modelo excluyendo otro, sino que el tema fundamental es cómo diseñar un sistema multi-nivel de manera que cada nivel de autoridad ejerza solo aquellos poderes que corresponden a sus recursos de legitimidad. Al igual que Tomuschat, Habermas es muy consciente de los limitados recursos de legitimidad democrática sobre los que pueden descansar las distintas instituciones globales; y, al igual que Tomuschat, considera que sólo puede provenir de Estados democráticos.<sup>30</sup> Ni la participación de organizaciones no gubernamentales, ni las instituciones parlamentarias globales parecen constituir fuentes adecuadas de legitimidad para las instituciones globales. De este modo, el verdadero poder de las instituciones internacionales debería circunscribirse a campos en los que se requiere poca legitimidad democrática. Según Habermas, éste es el caso del mantenimiento de la paz y de los requisitos fundamentales de los derechos humanos. Estos principios gozan de una amplia legitimidad, ya que sus graves incumplimientos despiertan la misma indignación moral a lo largo de todo el mundo.

<sup>27</sup> Kant, I., “Zum ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf”, *ibidem*, p. 131.

<sup>28</sup> Habermas, *op. cit.*, nota 10, pp. 125 y ss.

<sup>29</sup> Kant, *op. cit.*, nota 27, p. 147.

<sup>30</sup> Habermas, *op. cit.*, nota 10, pp. 140 y ss.

Esta comunidad de indignación moral puede ser vista como un agente de la comunidad internacional en la concepción de Tomuschat.

Habermas presenta dos tipos de regímenes globales. Uno se centra en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, investido como una institución supranacional con poderes genuinos para garantizar la paz internacional y las condiciones (más) fundamentales de los derechos humanos. El otro régimen, que debe abordar cuestiones legislativas,<sup>31</sup> no es de carácter supranacional sino más bien transnacional: a la luz de la idea kantiana, podríamos imaginar una Constitución política para una sociedad global descentralizada, basada en las estructuras existentes, como un sistema multi-nivel que por motivos de peso carece, por lo general, de un carácter estatal (*staatlichen*). Bajo esta concepción, una organización global reformada adecuadamente sería capaz de desempeñar funciones esenciales de manera eficaz y no sectorial e, inclusive, especificadas con precisión, de mantenimiento de la paz y de los derechos humanos a nivel supranacional sin tener que asumir la forma estatal de una República global. En un punto intermedio —el nivel transnacional—, los grandes actores globales competentes se ocuparían de los difíciles problemas no solo de coordinación, sino de configuración de la política global interna, especialmente, los problemas de la economía global y la ecología, en el marco de conferencias y sistemas de negociación permanentes [...]. En las distintas regiones del mundo, los Estados-Nación tendrían que agruparse como regímenes continentales bajo la forma de una suerte de Unión Europea “con competencias en política exterior”. En este nivel intermedio, las relaciones internacionales continuarían en una manera modificada y así, en el marco de un sistema de seguridad efectivo de las Naciones Unidas, les estaría prohibido a los actores globales y a otros actores recurrir a la guerra como un medio legítimo para la solución de conflictos.<sup>32</sup>

Un orden internacional constitucionalizado no es tan utópico como podría parecer a primera vista. Junto a numerosas observaciones empíricas, Habermas hace un recordatorio conceptual. La esfera internacional no se comprende adecuadamente si es concebida como un estado de na-

<sup>31</sup> Habermas, por lo tanto, también sostiene el uso controvertido (véase Fidler, D., “Discussion”, en Hofmann *et al.* (eds.), *op. cit.*, nota 19, pp. 158-160) de la separación de poderes en el ámbito internacional, Habermas, *op. cit.*, nota 10, p. 173.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 134-35, con omisión de las notas; véase también las propuestas de reforma al Consejo de Seguridad, *ibidem*, pp. 172 y ss.

turaliza hobbessiano. Al menos algunos de los principales actores son democracias constitucionales, cuyas acciones en el plano internacional estarán guiadas por los principios inscritos en sus Constituciones.<sup>33</sup> Por lo tanto, se necesita un esfuerzo menos evolutivo para avanzar desde un sistema internacional en gran medida horizontal a uno con instituciones globales, velando por los principios constitucionales fundamentales, que para abandonar el estado de naturaleza hobbessiano entre individuos. El constitucionalismo internacional, en este sentido, es simplemente un complemento de constitucionalismo nacional y un paso adelante en un proceso de civilización. Así, a diferencia de los contextos polarizados de “estado de naturaleza” *versus* “estado policial” del constitucionalismo interno, el constitucionalismo internacional no impone tal elección, siendo compatible con otros sistemas.

## VII. EL CAMINO POR DELANTE

La perspectiva expuesta para el derecho internacional aboga por un orden público internacional que vele eficientemente por principios universales y que dé solución a problemas globales. Se basaría en instituciones adecuadas que seguirían siendo de carácter internacional. Estas instituciones son impulsadas por gobiernos nacionales (preferentemente elegidos de manera democrática) que, sin embargo, ya no tendrían el poder para bloquear individualmente la promulgación o aplicación del derecho internacional. Las mismas serían, en cambio, conscientes de sus recursos mediados por el Estado (y, por lo tanto, limitados) de legitimidad democrática y respeto de la diversidad de los Estados que las integran. No puede existir una Federación democrática global, pero puede haber un mundo mejor, más pacífico e integrado, compuesto por democracias que cooperen más estrechamente y con mayor éxito a través de sus instituciones internacionales. Corresponde a los estudiosos del derecho internacional contribuir a la realización de este objetivo.

Los especialistas en constitucionalismo internacional interpretan el derecho internacional a la luz de un telos audaz (pero no irreal), asumiendo

<sup>33</sup> Decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos del 28 de junio de 2004, *Rasul v. Bush* (n. 03-334).

que se acepta la premisa de que el orden internacional es posible.<sup>34</sup> Esto ofrece una visión conceptualmente coherente basada en la trayectoria evolucionista del constitucionalismo americano y europeo.

Quienes sostienen este enfoque no niegan que el actual derecho pueda leerse desde distintas ópticas, ni que el impulso de los actuales desarrollos a escala global no siga precisamente su visión, dada la resistencia que tienen países como China, India, Rusia o Estados Unidos a un orden internacional fuerte. Al mismo tiempo, no hay motivos para abandonar un proyecto científico solo porque políticamente no esté de moda.<sup>35</sup> Koskenniemi<sup>36</sup> acusa al proyecto de tener una naturaleza hegemónica.<sup>37</sup> Es difícil, sin embargo, ver cómo podría tenerla —excepto, quizás— presentándolo como una construcción universalmente válida.<sup>38</sup> Quizás sea más sustancial la crítica que sostiene que persistirá una diferencia sustancial en la normatividad entre el derecho público en los Estados liberales desarrollados y el derecho público internacional siempre que no existan instituciones internacionales fuertes con un sólido *ethos* de derecho internacional. Como proyecto jurídico, el constitucionalismo internacional puede ser simplemente un paso demasiado grande y puede conducir a una extensión normativa demasiado amplia.<sup>39</sup> También el peligro de esta-

<sup>34</sup> Para una reconstrucción del pensamiento filosófico pertinente a esta cuestión, véase Cavallar, G., “Cosmopolis. Supranationales und kosmopolitisches Denken von Vitoria bis Smith”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 53, 2005, pp. 49-68.

<sup>35</sup> Similar a los estudios jurídicos críticos, Kennedy, D., “Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968”, *Suffolk University Law Review*, 36, 2003, pp. 631-679.

<sup>36</sup> Véase la entrevista a Martti Koskenniemi, *Puente@Europa*, año V, núm. 2, junio de 2007, disponible en [http://www.ba.unibo.it/NR/rdonlyres/A7377634-49CD-4140-A699-D080080FFDBB/91750/PuenteEuropaN2A5Koskeniemi\\_es.pdf](http://www.ba.unibo.it/NR/rdonlyres/A7377634-49CD-4140-A699-D080080FFDBB/91750/PuenteEuropaN2A5Koskeniemi_es.pdf) (consulta 12 de septiembre 2010).

<sup>37</sup> Véase también Koskenniemi, M., “International Law and Hegemony: A Reconfiguration”, *Cambridge Review of International Affairs*, 17, 2004, pp. 197-218.

<sup>38</sup> Debe reconocerse que la reconstrucción constitucionalista necesita tomar en cuenta con mayor atención la relación entre los principios del derecho internacional actual y la dramática situación en el Sur. Sin embargo, la siguiente crítica de Koskenniemi también necesita más pruebas: “el orden público global [...] está totalmente involucrado en lo que solo puede verse como un sistema de distribución material y valores espirituales profundamente injusto”; Ivi, en el segundo párrafo de las conclusiones.

<sup>39</sup> Este argumento ha sido elaborado para el derecho comercial internacional, véase von Bogdandy, A., “Law and Politics in the WTO”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, pp. 609 y ss., pp. 615 y ss.; Howse, R. y Nicolaidis, K., “Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too Far”, dis-

blecer un régimen burocrático poderoso requiere ser tratado más cuidadosamente.<sup>40</sup>

A pesar de que existen ciertas debilidades, una evaluación final requiere observar las alternativas. Según Koskenniemi, la visión alternativa para el desarrollo del derecho internacional es dar mayor poder a aquellos grupos privados de sus derechos que se encuentran en su mayor parte fuera de las instituciones internacionales.<sup>41</sup> Visto objetivamente, dados los desafíos, es difícil decir que ésta sea una mejor alternativa. Ello es especialmente cierto si se percibe el estudio del derecho, sobre todo, como una ciencia práctica. En el mundo actual, las propuestas prácticas hechas por los autores “constitucionalistas” son en muchos casos más plausibles que las de otros. Parafraseando a Kant: esta visión puede ser en teoría vulnerable, pero en el Estado actual de las relaciones internacionales y considerando las alternativas existentes, ofrece una orientación convincente para un gran número de cuestiones en el ámbito de una práctica responsable. Si esta perspectiva no tiene actualmente oportunidades de llevarse a cabo plenamente, estamos tentados a aludir a la ética de Camus establecida en el “Mito de Sísifo” y concluir: “La lutte elle-même vers les sommets suffit à remplir le cœur d’un homme. Il faut imaginer Sisyphe heureux”.<sup>42</sup>

ponible en [www.ksg.harvard.edu/m-rcbg/Conferences/trade/howse.htm](http://www.ksg.harvard.edu/m-rcbg/Conferences/trade/howse.htm) (consulta 12 de septiembre de 2010).

<sup>40</sup> Weiler, J. H. H., “The Geology of International Law - Governance, Democracy and Legitimacy”, *ZaöRV*, 64, 2004, pp. 547 y ss., pp. 561 y 562.

<sup>41</sup> Koskenniemi, M., “Global Governance and Public International Law”, *Kritische Justiz*, 37, 2004, pp. 241 y ss., pp. 253 y ss.

<sup>42</sup> “La sola lucha hacia las cumbres basta para llenar el corazón de un hombre. Hay que imaginar a Sísifo feliz”. Camus, A., *Le mythe de Sisyphe. Essai sur l’Absurde*, 1977 (ed. orig. 1942), p. 166.