

CAPÍTULO QUINTO

LÍNEAS DE DEBATE SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN²³²

I. 'LO CONSTITUCIONAL' EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

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”),²³³ 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 presupuesto. Ahora bien, si el poder político (estatal) se está transformando de manera relevante como lo manifiesta el análisis del concepto de gobernanza, entonces es lógico y natural que surjan cuestionamientos y discusiones alrededor de conceptos teóricos y dogmáticos (tradicionales) del derecho constitucional.

Parafraseando a Held, y para retomar lo que ya decíamos con anterioridad, 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, inter-

²³² Parte importante de este capítulo ha sido publicado en mis ensayos: “Globalización y derecho constitucional comparado”, *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrecht, IJ-UNAM e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, 2010. Y una versión corta y resumida del anterior: “Globalización y derecho constitucional comparado”, en González Martín, Nuria y Rodríguez Benmot, Andrés (coords.), *Cooperación jurídica internacional en materia de formación, educación e investigación*, México, Porrúa, 2010, pp. 229-247.

²³³ 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, noviembre 4-5, 2007, p. 1.

cambios y flujos nacionales e internacionales de diverso tipo que escapan a los controles tradicionales del Estado-nación.²³⁴

En las siguientes páginas se esbozarán 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’.²³⁵

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. 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.²³⁶

El argumento central de Anderson es el siguiente: necesitamos reconfigurar nuestra comprensión del derecho constitucional y de los derechos

²³⁴ 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, David, *La democracia y el orden global*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 43.

²³⁵ Cuando se antepone el artículo neutro a un adjetivo, este 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?

²³⁶ Anderson, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 3.

constitucionales de acuerdo con el 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.²³⁷

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 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.²³⁸

En una línea similar, Neil Walker habla del surgimiento de un “pluralismo constitucional”,²³⁹ 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 *postestatales* 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 postwestfaliana.²⁴⁰

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

²³⁷ *Ibidem*, pp. 3 y 4.

²³⁸ *Ibidem*, pp. 145-151.

²³⁹ Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, pp. 318 y 319.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 357.

‘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.²⁴¹ 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 postnacionales’. 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 al 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 asociados a la oferta de “gobernanza constitucional”.²⁴² 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.²⁴³

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.²⁴⁴

En suma, en esta primera línea (en la que se ubican autores como Anderson, Walker y otros más, como Teubner),²⁴⁵ 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.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 324.

²⁴² 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* interinstitucionales y el desarrollo de sistemas de rendición de cuentas. Walker, Neil, “Taking Constitutionalism Beyond the State”, *Political Studies*, vol. 56, 2008, p. 519.

²⁴³ *Idem*.

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 519 y 520.

²⁴⁵ Teubner, Gunther, “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?”, en Jeorges, Christian *et al.* (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004.

III. SEGUNDA LÍNEA. GLOBALIZACIÓN Y SU IMPACTO (POSITIVO O NEGATIVO) EN NORMAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES BÁSICOS

Dentro de esta línea podemos encontrar diversas sublíneas 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.

1. *La influencia de las instituciones de la gobernanza global en las Constituciones de los Estados nacionales*

Para explicar esta sublínea, 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 Estados Unidos encontrarían completamente inapropiada.²⁴⁶ 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 sublínea se ubican autoras como Anne Peters, quien sostiene que la globalización y la “gobernanza global” pueden afectar positiva o ne-

²⁴⁶ Zamora, Stephen, “Allocating Legislative competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 640 y 641.

gativamente, principios constitucionales básicos de los Estados nacionales. Así, esta autora examina cómo es que ello sucede en relación con cuatro principios constitucionales básicos de los Estados nacionales: *rule of law*, democracia, seguridad social y organización del territorio.²⁴⁷

Por otro lado, en los Estados Unidos 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 constitucionales domésticos, que regulan la creación y la aplicación del derecho en los Estados Unidos.²⁴⁸ 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, a la interpretación y a la aplicación del derecho.²⁴⁹

Por solo mencionar un fragmento de su esquema, Young sostiene que el “constitucionalismo global” afecta dos presupuestos básicos del Estado constitucional (Young piensa nada más en Estados Unidos, 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;
- b. los actores en ese 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, ya que 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),²⁵⁰

²⁴⁷ Peters, Anne, “The Globalization of State Constitutions”, en Nijman, Janne y Nollkaemper, André (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 270.

²⁴⁸ 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, Ernest, “The Trouble with Global Constitutionalism”, *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003, p. 528.

²⁴⁹ El acuerdo de la OMC, por ejemplo, no solo establece reglas para regular el comercio internacional, sino que también establece procedimientos cuasilegislativos e instituciones de resolución de conflictos para la interpretación y la aplicación de dichas reglas. *Ibidem*, p. 528.

²⁵⁰ 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

y crea el riesgo de debilitar la estrategia institucional de la Constitución: dando la vuelta a la estructura de creación del derecho (por ejemplo, el caso del derecho consuetudinario internacional).²⁵¹

La preocupación de Young va por el lado de su visión de la soberanía. Sugiere que en el derecho de Estados Unidos 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.²⁵²

En Europa, y desde otra perspectiva, pero dentro de la misma sublínea, 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.²⁵³

de los Estados (vía 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 Estados Unidos 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. *Ibidem*, pp. 534-536.

²⁵¹ 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 Estados Unidos, 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. *Ibidem*, p. 533.

²⁵² *Ibidem*, p. 542.

²⁵³ Bogdandy, Armin von, “Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 15, núm. 5, 2004, p. 885.

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 conexión entre el derecho y el principio democrático, en el sentido de que este 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 desnacionalizado. 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.²⁵⁴

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 autodeterminación 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.²⁵⁵

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

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 889.

²⁵⁵ *Ibidem*, pp. 891 y 892.

enfatisa menos el tema de la democracia como autodeterminación política, resaltando en cambio la democracia como un conjunto de instituciones que aseguran el control y la responsabilidad de políticos y burócratas.²⁵⁶ 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.²⁵⁷

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.²⁵⁸

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

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

²⁵⁶ 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. *Ibidem*, pp. 893 y 894.

²⁵⁷ *Ibidem*, pp. 894 y 895.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 895.

En esta sublínea 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?²⁵⁹

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.²⁶⁰

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 algunos 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 asegurar que los tratados sean cumplidos y respetados por las autoridades nacionales, incluyendo a los legisladores.²⁶¹

Por su parte, Cottier y Hertig, en su intento por dar orden y coherencia al fenómeno de la ‘gobernanza multinivel’ (la coexistencia de diversos niveles de gobernanza, todos ellos con su propia pretensión de ejercicio de

²⁵⁹ Cassese, Antonio, “Modern Constitutions and International Law”, *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 192, III, 1985, p. 342.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 343.

²⁶¹ *Ibidem*, pp. 442-444.

autoridad legítima),²⁶² 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.²⁶³

Sin embargo, 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 Estados Unidos la Corte no reconoce que el derecho internacional sea superior a la Constitución de ese país. Y en el caso de 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 en que no corresponde con los procesos que permiten la participación democrática y legitimidad comparable del derecho nacional.²⁶⁴

²⁶² Cottier, Thomas y Hertig, Maya, “The Prospects of 21st Century Constitutionalism”, en Bogdandy, A. von and Wolfrum, R. (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, pp.

²⁶³ 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 à 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 y Hartig, *ibidem*, pp. 307-309.

²⁶⁴ *Ibidem*, pp. 311 y 312.

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”²⁶⁵ 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.²⁶⁶

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.²⁶⁷ En esta línea, destacan los estudios relativos a una 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 autoejecutable o no autoejecutable 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.²⁶⁸

²⁶⁵ Este concepto describe el fenómeno de la gobernanza multinivel, a manera de cinco niveles que se empalman e interactúan: municipal-local-nacional-regional-global.

²⁶⁶ “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 garantías y fines no necesitan estar presentes en todos los niveles de gobernanza de igual manera”, *ibidem*, pp. 313 y 314.

²⁶⁷ Por ejemplo, Bedjaoui, Mohammed, “The Reception by National Courts of Decisions of International Tribunals”, *International Law and Politics*, vol. 28, núms. 1-2, 1995-1996; Dawn Jarmul, Holly, “The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts”, *International Law and Politics*, vol. 28, núms. 1-2, 1995-1996; o bien Slyz, George, “International Law in National Courts”, en Franck, Thomas y Fox, Gregory (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers, 1996.

²⁶⁸ Recuérdese 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 Re-

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 esa 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.²⁶⁹ Y ante esto, surge la pregunta obligada: ¿no se corre el riesgo de diluir el significado de Constitución?²⁷⁰

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.²⁷¹

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:

presentante 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. Véase *supra*, notas 99 y 100.

²⁶⁹ 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, B., *UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective*, 1998) 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, S., “The ‘Constitutionalization’ of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade”, *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001).

²⁷⁰ Cottier y Hertig, *op. cit.*, pp. 279-281.

²⁷¹ Biaggini, Giovanni, “La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la época de la globalización?”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003, pp. 49-51.

- 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.²⁷²

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.²⁷³

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.²⁷⁴

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 (artículo 2, carta de la ONU, y derechos humanos internacionales). Segundo, Tomus-

²⁷² *Ibidem*, pp. 272 y 275.

²⁷³ Bogdandy, Armin von, “Constitutionalism in International Law Comment on a Proposal from Germany”, *Harvard International Law Journal*, vol. 47, 2006, p. 226. Nuestra referencia a Tomuschat se basa en el análisis crítico que Armin von Bogdandy hace de la propuesta de aquel, desarrollado en el artículo aquí citado.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 228. Véase también de Tomuschat su ensayo titulado “Obligations Arising for States Without or Against their Will”, *Recueil des Cours*, La Haya, 1993, pp. 195-374.

chat propone un sistema político internacional con un considerable grado de autonomía *vis-à-vis* los Estados.²⁷⁵

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 democrática, que para Tomuschat solo puede venir a partir de los procesos democráticos dentro de los Estados.²⁷⁶

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.²⁷⁷ Para esta autora, el debate en Europa sobre la constitucionalización de la UE ha ilustrado la utilidad de trasponer al nivel postnacional nociones abstractas del constitucionalismo, para así adquirir el control sobre la toma de decisiones que ocurre fuera de las fronteras nacionales.²⁷⁸ 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 postnacional: “órdenes constitucionales” que se forman más allá del Estado, y que pueden ser regionales, internacionales o supranacionales.²⁷⁹

Por su parte, y el contrario de 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 ‘Constitu-

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 231.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 236.

²⁷⁷ 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*, vol. 19, 2006, pp. 611-632.

²⁷⁸ Wet, Erika de, “The International Constitutional Order”, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 55, part 1, enero 2006, pp. 51 y 52.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 53.

ción' 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 y el proceso de sectorialización que vive el derecho internacional.²⁸⁰ 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.²⁸¹

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

²⁸⁰ 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).

²⁸¹ Walter, Christian, "International Law in a Process of Constitutionalization", en Nijman, Janne y Nollkaemper, André (eds.), *op. cit.*, pp. 191 y 192.

el papel del Estado anteriormente considerado como soberano: la perspectiva de funciones constitucionales resalta su nuevo papel como transmisor de obligaciones internacionales de tratados de derechos humanos en regímenes internacionales institucionalizados.²⁸²

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 la seguridad humana, la libertad, la 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.²⁸³

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 ‘Constituciones parciales’, lo cual va contra la idea de la Constitución como totalidad, sin embargo —apunta Peters— ni siquiera las Constituciones nacionales son

²⁸² *Ibidem*, p. 209.

²⁸³ Peters, Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 19, 2006, p. 580.

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.²⁸⁴

Con otro enfoque, la propia Erika de Wet explica que otro dominio postnacional 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.²⁸⁵

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 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-

²⁸⁴ *Ibidem*, pp. 602 y 603.

²⁸⁵ Wet, *op. cit.*, “The International Constitutional Order”, p. 53.

nacional (ejemplo, regional y funcional) se complementan unos a otros en lo que equivale a *Verfassungkonglomerat*.²⁸⁶

Finalmente, estudios como el de Deborah Cass explican la transformación actual del régimen jurídico del comercio internacional en términos de su “constitucionalización”.²⁸⁷ 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 Órgano de Apelación de la OMC. En este sentido, Cass identifica en las 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.²⁸⁸

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’,²⁸⁹ 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 Órgano de Solución de Disputas de la OMC o los paneles de arbitraje en el macro del TLCAN (órganos cuyos laudos pueden afectar la potestad regulatoria 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.²⁹⁰ Sin embargo —apunta Afilalo— el TLCAN va todavía más allá, pues incluye un capítulo 11 (sobre inversión), que otorga a individuos privados el derecho de acción por daños

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 53.

²⁸⁷ 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*, vol. 12, núm. 1, 2001.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 39.

²⁸⁹ Afilalo, Ari, “Constitutionalization through the Back Door: A European Perspective on NAFTA’s Investment Chapter”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 34, núm. 1, 2001.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 2.

a sus inversiones, causados por medidas domésticas que violen las reglas del capítulo 11.

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”.²⁹¹

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 XXI.²⁹²

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’²⁹³ para la

²⁹¹ 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 al 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, Gus Van, “Judicial Supervisión of NAFTA Chapter 11 Arbitration: Public or Private Law?”, *Arbitration International*, vol. 2, núm. 4, 2005, pp. 493 y 494.

²⁹² *Ibidem*, pp. 272 y 275.

²⁹³ Como ya vimos, Slaughter aplica su concepto de “transgubernamentalidad” a los poderes judiciales. Véanse notas 182-184. Véase también, de la misma autora, su ensayo “Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, núm. 99, 1994.

adopción de soluciones a problemas que son comunes a gran parte de los sistemas constitucionales.²⁹⁴

Por otra parte, nota Tushnet la influencia de ONG 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.²⁹⁵ 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.²⁹⁶

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 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.²⁹⁷ 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 res-

²⁹⁴ Tushnet, Mark, “The Inevitable Globalization of Constitutional Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, núm. 4, 2009, pp. 985-991.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 989.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 990.

²⁹⁷ Law, David D., “Globalization and the Future of Constitutional Rights”, *Northwest University Law Review*, vol. 102, 2008, p. 1277. En un sentido parecido, Ogus, Anthony, “Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, part 2, 1999. 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*).

puestas más fuertes, a través de aquellos que están involucrados en la política doméstica”.²⁹⁸

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 ese modelo es producto de la interacción estratégica entre elites políticas, elites 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 constitucionales. En esta visión, el objetivo último es el aislamiento de la formulación de políticas públicas de las vicisitudes del proceso político democrático.²⁹⁹

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,³⁰⁰ el uso del derecho constitucional comparado,³⁰¹ la recepción y trasplante de modelos constitucionales,³⁰² o la ‘migración’ de las ideas constitucionales.³⁰³ De hecho, una de los modos de interpretación que han sido identificados en la práctica de la jurisprudencia constitucional comparada refleja una ten-

²⁹⁸ Tushnet, *op. cit.*, p. 1002.

²⁹⁹ Hirschl, Ran, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 11, núm. 1, 2004, pp. 72 y 73.

³⁰⁰ Choudhry, Sujit, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999; Annus, Taavi, “Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 14, 2004.

³⁰¹ Saunders, Cheryl, “The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law”, *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 13, núm. 1, 2006.

³⁰² 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.

³⁰³ Choudhry, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

dencia a la convergencia basada en la interpretación y aplicación de principios jurídicos universales.³⁰⁴

Estos temas abren otra línea de análisis, referida a la función y alcance del derecho constitucional comparado, en un contexto tan complejo y diverso como el que se ha descrito en las páginas anteriores. Ello, no obstante, en los capítulos siguientes la presente investigación se desarrollará en los términos planteados por la segunda línea descrita, es decir, la relativa a la globalización y su impacto (positivo o negativo) en normas y principios constitucionales básicos, en referencia al caso específico de México. Sin embargo, no podremos dejar de referirnos a preocupaciones y rutas de reflexión vinculadas al resto de las líneas de debate revisadas en el presente capítulo.

³⁰⁴ 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 (por ejemplo Zweigert y Kotz, y Markesinis). Esta idea de las similitudes funcionales ante problemas enfrentados y las soluciones propuestas en los diferentes sistemas jurídicos puede ser dirigida hacia la posibilidad 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, Suji, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 830-850.