

# La transformación de la juridicidad en los Estados latinoamericanos: efectos del pluralismo jurídico *desde arriba*

Helen Ahrens\*

## 1. Introducción

La distinción entre *internacional* y *nacional* se convierte cada vez más compleja por la intensificación de las cooperaciones internacionales, el aumento del tráfico transfronterizo de bienes, personas, capital e informaciones. Las sociedades nacionales que fueron organizadas en correlación con cada Estado nación se ven, en forma creciente, influenciadas por sistemas internacionales.

A nivel internacional, no solo ha aumentado el número y la amplitud de los tratados, convenios y acuerdos entre los Estados y sus diversos órganos, sino que también lo ha hecho la capacidad creadora de nuevas normas de las instancias así establecidas. A esto se suman las diversas instancias normativas privadas productoras de normas de validez universal. No hay mayor reforma de la justicia que la que se está produciendo a raíz de la globalización del derecho.

La dinámica de transformación jurídica se torna compleja. Los Estados se ven sometidos a la presión de un *pluralismo jurídico* desde arriba. Esto se debe específicamente a dos fenómenos. Por un lado, el ordenamiento jerárquico del antiguo derecho pierde su sentido y requiere ser redefinido. Surgen demandas de coordinación, armonización, cooptación (trasplante) e, incluso, fusión o hibridación del derecho de los diversos niveles. Por otro lado, la proliferación de instancias internacionales

\* Doctora en Derecho (Universidad de Kiel). Directora del Proyecto Fortalecimiento del Estado de Derecho (Colombia), GIZ. Líder temático del grupo de expertos «Estado de Derecho» de la red de expertos GIZ (Red-Lac). Ha sido asistente científica del Instituto Max-Planck en Hamburgo. Publicó varios libros y artículos sobre reformas judiciales y legales en América Latina y los retos de una política de derecho.

de solución de conflictos limitadas a áreas o temas por las cuales fueron creadas, muchas veces no se encuentran en un sistema de relación jerárquica bien definida entre sí o con relación al sistema judicial nacional.

De todo esto se desprende que en lo internacional los valores públicos fundamentales no son protegidos por un sistema jurídico unitario asegurado por un sistema normativo y un sistema judicial jerárquicamente predefinidos. El orden jurídico existente se torna cada vez más relativo y es deconstruido en aspectos esenciales para dar paso a la construcción de un nuevo derecho que permita a la justicia adaptarse a los nuevos requerimientos de la sociedad globalizada y pluralista.

Esto representa un gran desafío para la concepción del Estado de derecho. Existen muchos elementos que hacen suponer que el *pluralismo desde arriba* podría poner en entredicho sus fundamentos esenciales: el principio de la igualdad de las personas frente a la justicia y la sujeción del Estado al principio de legalidad, entendida esta como la definida democráticamente. Además, debido a que en muchos países de América Latina el Estado de derecho más que realidad ha sido una bella aspiración, el creciente pluralismo jurídico parecería alejar aún más la posibilidad de materialización de sus fundamentos valóricos.

Todas estas razones reclaman comprender las tendencias de la creación de una juridicidad tanto universal como regional, con normas e instituciones propias. Su desarrollo intrínseco y el diálogo entre estas tendencias no pueden quedar sujetos a fuerzas incontroladas. Debe haber un proceso de ordenamiento y articulación. A ello pretende contribuir este artículo.

## 2. Globalización del derecho

### 2.1. El desenvolvimiento de un «bienestar global»

#### 2.1.1. Desde la fragmentación hacia el pluralismo jurídico «desde arriba»

Por mucho tiempo, el derecho internacional público ha sido definido como un orden jurídico creado y desarrollado por Estados soberanos. Son ellos los actores que crean tratados por mutuo acuerdo para evitar conflictos internacionales. De ahí que balancean intereses contradictorios. En este contexto se debe mencionar el principio de no intervención en asuntos internos. Se trata de un mecanismo para evitar conflictos internacionales que pueden generarse a raíz de una intervención de un Estado en los asuntos de otro.

En el transcurso del tiempo surgieron desafíos en distintos campos, como el del tránsito internacional, la comunicación internacional, las pesas y medidas, las enfermedades infecciosas, las normas de trabajo, la lucha contra la delincuencia, que ningún Estado podría solucionar por sí solo. Estos desafíos evidenciaron una interdependencia estatal más profunda, por lo cual el derecho internacional público adquirió funciones más activas. Se busca solucionar los retos por vía de la armonización de estándares nacionales partiendo de intereses comunes (*common interest*). Para tal efecto se crean organizaciones internacionales con la tarea de vigilar que la armonización se realice de acuerdo con el desarrollo social. De esta manera,

el derecho internacional público crea el marco para la implementación proactiva de intereses comunes por la cooperación internacional.<sup>2</sup>

Este fenómeno trae consigo una proliferación de regímenes multilaterales con los más distintos objetivos y la más diversa composición. Además, ciertos tratados (p. ej. sistema universal y regional de los derechos humanos; Organización Mundial de Comercio, OMC) han establecido instituciones encargadas de desarrollo normativo posterior a sus disposiciones materiales generales. Ante la ausencia de un sistema claro de jerarquía normativa en el derecho internacional surgió la preocupación de que este desarrollo inarticulado aumente las probabilidades de que distintas instancias jurídicas interpreten el derecho aplicable de manera contradictoria.

La probabilidad, que había sido detectada hace tiempo en el ámbito teórico, cobró importancia práctica en los noventa del siglo pasado. En el caso *TADIC*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, se negó a aplicar el parámetro desarrollado por la Corte Penal Internacional en el caso *Nicaragua* respecto a la atribución de responsabilidad de los Estados por actos violentos de grupos privados (milicias).<sup>3</sup> Desde aquel entonces, la variedad de casos aumentó. Se puede mencionar la relación del derecho de la OMC con regímenes convencionales en materia de derecho ecológico, laboral y de derechos humanos,<sup>4</sup> o bien, la relación entre el sistema universal y los regionales de protección de los derechos humanos respecto al efecto de las reservas indebidas.<sup>5</sup> En consecuencia a esta decisión, el tema de la *fragmentación del derecho internacional* fue incluido a largo plazo dentro del programa de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en el 2000.<sup>6</sup>

Los estudios de la CDI realizados en sus seis años de trabajo en el tema no dieron una solución única al fenómeno. Mas bien, hoy en día no solo existen diferencias sobre cómo resolver, tanto material como procesalmente, las incertidumbres respecto a los diferentes sistemas de derecho internacional. Ni siquiera hay acuerdo en torno a la pregunta de si la fragmentación realmente es algo indeseable o si debería acogerse como expresión de un crecimiento, hasta cierto punto natural, y de un pluralismo contemporáneo, propios del orden jurídico internacional, como la CDI destacó.

Desde esa perspectiva, el desarrollo del derecho internacional es una historia de progreso en la cual el derecho internacional público tradicional no se opone a formas más modernas de creación normativa en las que intervienen otros actores, y en donde los intereses comunes juegan un papel destacado.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Nayo Okuwaki: «Globalisierung, Verrechtlichung und Völkerrecht. Kann das Völkerrecht die Globalisierung überleben?», en: Murakami, Maruschke, Riesenhuber (eds.): *Globalisierung und Recht*, Berlín: Walter de Gruyter, 2007, p. 202.

<sup>3</sup> *Prosecuter v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>.

<sup>4</sup> Thomas Cottier: «Multilayered Governance, Pluralism and Moral Conflict», en: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16(2), 2009, p. 647.

<sup>5</sup> Okuwaki, o. cit., p. 202.

<sup>6</sup> Report of the International Law Commission, 52.<sup>a</sup> sesión, 2000, UN Doc. A/55/10, Annex, 1.1.2000.

<sup>7</sup> Georg Nolte: «Sobre crisis y crecimiento del derecho internacional en setenta años de Naciones Unidas», en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, <http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/7/art/art6.htm>.

### 2.1.2. *El bienestar global (public interest): una nueva categoría emergente*

En el discurso internacional cabe distinguir entre el *interés común (common interest)* de la *sociedad internacional (international society)* y el *bienestar global (public interest)* de la *comunidad internacional (international community)*.<sup>8</sup> Mientras la primera alternativa se refiere al derecho internacional público tradicional (incluyendo la intensificación de la cooperación por la interdependencia estatal), la segunda hace referencia a un desarrollo reciente interrelacionado con el aumento del interés en la protección de los derechos humanos y del medio ambiente,<sup>9</sup> lo que va mancomunado con lo que se llama *globalización*. Resumiendo los discursos alrededor de este tema se puede destacar que la comunidad internacional gana un interés propio, el *bienestar global*, superando la suma de intereses estatales. Mucho se escucha de la *sociedad internacional en su totalidad* o que existe *derecho obligatorio (ius cogens) en la sociedad internacional*.<sup>10</sup> De esto se puede desprender que la sociedad internacional tiene un orden público (*ordre public*) propio y que, por lo tanto, se trata de una comunidad internacional.

Aunque el concepto de *bienestar global* todavía no se encuentra plasmado en forma positivista en el orden del derecho internacional público, y aunque todavía no está definido lo que es *ius cogens* de la comunidad internacional, hay desarrollos que apuntan en esta dirección. Tanto resoluciones de la ONU y ampliaciones a las convenciones sobre los derechos humanos hacia el derecho individual como informes sobre violaciones de derechos humanos, la instalación de gremios de inspección de instituciones internacionales o la creación de la Corte Penal Internacional para castigar el genocidio y violaciones graves del derecho internacional humanitario pueden ser valorados como intenciones de crear un sistema que obliga a los Estados a cooperar entre sí. Esta obligación de cooperar para atender intereses universales y valores uniformes dispara en muchos lugares controversias y sobrepasa muchas veces su capacidad de reacción.

Una doctrina muy reciente se acerca al tema del *bienestar global* desde otra perspectiva, la del sujeto de derecho internacional. Según la teoría tradicional del derecho internacional público, la humanidad como tal, es decir todos los seres humanos viviendo en esta tierra, no tiene personalidad jurídica internacional y por lo tanto no tiene derechos ni deberes. O con otras palabras: la humanidad como tal no existe en el derecho internacional público. Esto lleva, por ejemplo en el derecho internacional ambiental, a dificultades: un Estado que no ha firmado la convención de la ONU sobre el derecho del mar puede hundir legalmente basura en cualquier lugar de las aguas internacionales ya que la alta mar no pertenece a nadie. La doctrina

<sup>8</sup> Okuwaki, o. cit., p. 203; Giuliana Ziccardi Capaldo: *The Pillars of Global Law*, Hampshire, p. 219.

<sup>9</sup> La discusión sobre la *comunidad internacional* ganó actualidad por la introducción de este concepto en la propuesta de una codificación del derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad estatal presentada por la Comisión del Derecho Internacional Público de la ONU en 2001. El art. 33.I dice: «Las obligaciones del Estado responsable descritas en esta parte se deben a un Estado, un conjunto de Estados o la *comunidad internacional*, dependiendo de la naturaleza o del contenido de la obligación del derecho internacional y de los hechos de su violación».

<sup>10</sup> Okuwaki, o. cit., p. 203.

reciente fundamenta la teoría de que el clima, la alta mar, etcétera, no son tan de nadie, sino que pertenecen a la humanidad como tal.<sup>11</sup> Es decir, que la humanidad como tal gana personalidad jurídica internacional.

Esta doctrina desarrolló su argumento más allá.<sup>12</sup> La humanidad como tal puede reclamar de cualquier Estado establecer un ordenamiento jurídico de manera que cualquier individuo goce protección legal independientemente de su origen, en el contexto de ciertos estándares mínimos inalienables, tales como jueces imparciales, el derecho a ser oído, juicios justos, tiempos razonables para sentenciar, etcétera. En el caso en que un Estado no pueda cumplir con el nivel mínimo del Estado de derecho determinado por el derecho internacional público, sea por revolución, guerra o cualquier otra razón, otro Estado puede actuar en su lugar aplicando el principio de proximidad por estado de necesidad.

Aquí no es el lugar profundizar las tendencias descritas. Lo que se puede aprender es que alrededor del concepto del *bienestar global* —que radica en la protección de valores globales como los derechos humanos, medio ambiente, clima, etcétera— se está cambiando el discurso sobre el rol e impacto del derecho internacional público. El concepto emergente supera paulatinamente la función tradicional pasiva del derecho internacional público de evitar conflictos entre Estados. En consecuencia, el concepto del *bienestar global* relativiza paso por paso el principio de la territorialidad de los Estados soberanos y erosiona lentamente el principio de la no interferencia en los asuntos internos.

### 2.1.3. Fase de amplio rango de construcción de una comunidad internacional

Esto tiene, además, la siguiente implicación: en el marco de la cooperación intergubernamental, a la cual subyace, hasta ahora, el interés común de los Estados, se hace posible que distintos actores se involucren en la creación de un *bienestar global*. Organizaciones internacionales, Estados soberanos, diversos organismos gubernamentales, organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil como actores no gubernamentales buscan en su interacción —y también a través de diversos sistemas políticos existentes— visiones de una nueva comunidad internacional.<sup>13</sup>

En este contexto, Estados y organizaciones internacionales deben estar interesados no solo en lo que pasa en su propio territorio, sino más bien tienen que recopilar informaciones de lo que ocurre en los demás y evaluarlas.<sup>14</sup> Por tal razón se puede observar un aumento de los indicadores que miden los más diversos fenómenos, tales como el cumplimiento de los derechos humanos (Human Rights Watch, Freedomhouse), el Estado de derecho (BTI Index 2010), respeto por la propiedad intelectual (International Property Rights Index 2011), transparencia (Corruption

<sup>11</sup> Menno Aden, «Völkerrechtssubjektivität der Menschheit», en: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 105.1, 2006, pp. 55-64.

<sup>12</sup> Menno Aden, «Internationale Notzuständigkeit», en: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 106.4, 2008, p. 490.

<sup>13</sup> Ziccardi Capaldo, o. cit., p. 47.

<sup>14</sup> Okuwaki, o. cit., p. 203.

Perception Index 2010), cumplimiento de los principios de la democracia (Democracy Index 2010), parámetros para realizar negocios (World Bank Doing Business Report 2011) e integración en lo global (KOF Globalization Index 2010).

Por lo tanto, se necesitan expertos, por ejemplo, en derechos humanos o medio ambiente, que observen los acontecimientos en los Estados individuales. Además, la recopilación a través de sus redes internacionales es esencial. De ahí se aprende que las informaciones proporcionadas por el propio Estado por sí solo no son fiables. Por lo tanto, tiene sentido que las organizaciones e instituciones internacionales integren en sus actividades redes privadas para vigilar por el cumplimiento de los derechos humanos, del medio ambiente, etcétera. El sistema de informes sobre violaciones de los derechos humanos por los Estados o por el individuo tiene el mismo significado. Para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional se necesitan observadores para perseguir los crímenes contra la humanidad que se cometen en Estados individuales.

El impacto de este desarrollo reside en que el papel de la voluntad estatal hacia afuera como voz única que resume los distintos intereses internos se relativiza en el proceso de la creación de un *bienestar global*. Esto tiene efecto en el ejercicio efectivo del poder en el territorio del Estado individual.

#### 2.1.4. Resumen

Nos encontramos inmersos en una época de formación de un derecho global, diferente del derecho internacional clásico. Este nuevo derecho está compuesto, al igual que aquel, por contratos, acuerdos, convenios y otras manifestaciones internacionales de voluntad de los Estados, pero su creación y sus contenidos desarrollan y superan la juridicidad de las formas tradicionales de relaciones soberanas entre Estados, y de los derechos individuales de las personas. Básicamente, estos contenidos nuevos se refieren a:

- La creación de un conjunto de normas que definen la tolerancia de la comunidad internacional frente a comportamientos de los Estados, que antes estaban sujetos a su solo arbitrio.
- La creación de instancias con competencia (tribunales de derechos humanos, tribunales arbitrales, comisiones de expertos, etc.) para analizar, interpretar o juzgar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados al adherir a este conjunto de normas internacionales. Es decir, instancias externas han adquirido el poder formal de enjuiciar el comportamiento interno de los Estados.
- Delegación de la autonomía o soberanía de los Estados en el ámbito jurídico, en favor de instancias internacionales.

La diversidad gira alrededor de un concepto de *bienestar global* bajo construcción que radica en la protección de valores globales.

#### 2.2. Impactos en el Estado de derecho

Los cambios antes descritos afectan las teorías tradicionales del Estado y el derecho que desarrollan una concepción esencialmente *jerárquica* o *lineal* de un sistema jurídico. La jerarquía se expresa por una situación de superioridad o subor-

dinación, tanto de sus órganos como de sus normas.<sup>15</sup> El gráfico de una pirámide estratificada en diversos niveles intermedios, sólidamente construida sobre una base territorial, constituye la expresión de este modelo. Esta concepción piramidal y jerárquica es la que, hasta ahora, determina las relaciones entre derecho nacional e internacional público tradicional.

Parece necesario replantearse justamente este modelo, como resultado de la globalización y las nuevas realidades jurídicas. Sintetizando lo antes descrito, se puede decir que existen por lo menos tres grandes áreas de cambios que ponen en duda la pertinencia del modelo piramidal:

- En primer lugar, se ponen en cuestión las relaciones entre los sistemas jurídicos. Desde la perspectiva estrictamente jerarquizada y territorial, su interacción era solo posible en términos de subordinación, integración o indiferencia. Hoy vemos una compleja interacción entre normas de diferentes sistemas.<sup>16</sup> Así, hay normas de derecho internacional que son aplicadas directamente en los sistemas jurídicos nacionales, o normas de derecho interno que son reconocidas por el sistema jurídico internacional u otros sistemas jurídicos nacionales.<sup>17</sup> De este modo, la frontera entre lo interno y lo externo, que alguna vez pareció nítida, se hace cada vez más difusa.
- Un segundo aspecto tiene que ver con la primacía de la Constitución sobre el resto de las normas jurídicas internas. Si bien las Constituciones permanecen como el fundamento de los sistemas jurídicos nacionales, poco a poco se han abierto al reconocimiento de otros sistemas.<sup>18</sup> Así, por ejemplo, el reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos al mismo nivel que las disposiciones constitucionales, las consecuencias que suponen los procesos de integración regional o el reconocimiento de jurisdicciones internacionales obligan a repensar el lugar que ocupan las Constituciones en ese sistema piramidal.
- Un tercer aspecto tiene que ver con la legitimidad de las normas<sup>19</sup> y por ende de su interpretación y aplicación. La teoría tradicional, según la cual el derecho es el que se crea por medio de las instituciones democráticas, es decir, el Parlamento, cuyos integrantes fueron elegidos en forma libre y bajo condiciones iguales, se ve gravemente afectada por los aspectos antes mencionados. Además, si bien en teoría la interpretación de las normas,

<sup>15</sup> Alberto Borrea Odría, *Derecho y Estado de derecho*, Lima: Gráfica Monterrico, 1999, p. 553.

<sup>16</sup> Ziccardi Cappaldo, p. 177.

<sup>17</sup> Miguel Martín-López: «Comentarios sobre la colisión de normas y principios del mismo nivel jerárquico en el derecho internacional», en: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 18, enero-junio 2011, p. 217.

<sup>18</sup> Luigi Ferrajoli, «Pasado y futuro del Estado de derecho», en: Carbonell, Orozco, Vázquez: *Estado de Derecho, Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: UNAM, ITAM, Siglo XXI editores, 2002, p. 195.

<sup>19</sup> Ziccardi Capaldo, o. cit., p. 166; Francisco J. Laporta: «Globalización e imperio de la ley», en: Carbonell et al.: *La globalización y el orden jurídico*, Bogotá: Universidad Externado, 2007, p. 210.

especialmente por los tribunales, está encuadrada, de acuerdo con la teoría tradicional, por una norma de competencia que les otorgaría la posibilidad de crear normas individualizadas, en realidad, el poder que tienen los tribunales de reconocer normas, incluso de crearlas, los pone en cierto modo en la cima de la pirámide.

### 2.2.1 Principios afectados

Así, sin intentar borrar el horizonte propuesto por el modelo piramidal ni negar de manera radical su validez, es claro que la complejidad de las realidades jurídicas del mundo global interfiere también en principios del Estado de derecho íntimamente relacionados con este modelo:

*Principio 1:* El derecho es la base y el límite tanto de la violencia estatal como de la actuación estatal.<sup>20</sup>

Este principio abarca:

—El principio de legalidad (*Gesetzmäßigkeit*) de la actuación estatal que se expresa tanto por leyes y reglas claras y determinadas<sup>21</sup> como por la garantía de una protección eficiente.

—El principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*) de la actuación estatal.

*Principio 2:* Establecimiento de un régimen materialmente justo.<sup>22</sup>

Las tendencias a la erosión de estos principios se reflejan con mayor fuerza en materia de regulación de la inversión extranjera. Allí se muestran claramente algunas de las paradojas del fenómeno de la globalización y de las diversas fuerzas contradictorias. Específicamente, el derecho internacional que regula la protección contra la expropiación de inversiones es un buen ejemplo.

La protección internacional de la propiedad se basa principalmente en tres pilares normativos:<sup>23</sup> 1) la ley diplomática; 2) la protección de los derechos humanos; y 3) los tratados bi y multilaterales de protección de inversión. Entonces, con referencia al primer principio surge la pregunta de cómo se puede determinar el derecho aplicable en caso de que existan varias materias legales competentes para resolver un conflicto.

Esto trae consigo una batería de preguntas con mirada a los subprincipios mencionados. Por un lado, se debe tener en cuenta que los pilares normativos 2 y 3 se dividen en niveles multilaterales, regionales y bilaterales, por lo cual esta fragmentación de las fuentes del derecho pone en peligro el subprincipio de leyes y reglas claras y determinadas. Pero peor aún: son instituciones y regímenes diferentes que

<sup>20</sup> Borea Odría, o. cit., p. 542.

<sup>21</sup> Joseph Raz: «Estado de derecho y su virtud», en: Carbonell, Orozco, Vázquez, o. cit., p. 19.

<sup>22</sup> Borea Odría, o. cit., p. 556.

aplican esta diversidad de normas.<sup>24</sup> Se trata, en particular, de la Corte Internacional de Justicia, los órganos de supervisión de los sistemas regionales de los derechos humanos, tribunales ad hoc establecidos en virtud de tratados de protección de inversiones bi o multilaterales, como por ejemplo el mecanismo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID, su sigla en inglés), que es un organismo independiente pero vinculado estrechamente con el Banco Mundial, el Tribunal Europeo de Justicia y tribunales nacionales. Cada uno de estos foros está sujeto a condiciones distintas en su toma de decisión. Entonces, partiendo de esta invitación al *forum shopping* surge la pregunta sobre dónde queda el principio del juez natural.

El principio de proporcionalidad de la actuación estatal se ve gravemente afectado en el caso de la expropiación indirecta por falta de una jurisprudencia clara. Objeto de controversia es la demarcación de la expropiación compensable de una regulación que interfiere en la propiedad, pero que es legítima y por ende no compensable. En este contexto, la protección de los derechos humanos sigue un modelo de solución distinto del sistema de protección previsto por el sistema de solución de conflictos en los contratos de protección de inversiones.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos insta a la existencia de una expropiación indirecta que la interferencia estatal en la propiedad toma cualquier uso del afectado y destruyó todo el valor económico de la propiedad. Mientras en la práctica de arbitraje de protección de inversiones prevalece predominantemente el concepto según el cual una expropiación sustancial del valor económico de la propiedad es suficiente. Los conceptos distintos explican desde las perspectivas de los regímenes de derechos humanos o la de la protección de inversiones las diferencias entre los dos regímenes.<sup>25</sup> En el sistema de derechos humanos, la protección de la expropiación se encuentra en un contexto normativo más amplio de protección de la propiedad que el que se puede encontrar en el derecho internacional de protección de inversión.

Pero ahí la interferencia en la seguridad jurídica no termina. En la práctica del arbitraje en la protección de inversiones existe la controversia de si, y en qué medida, en el contexto de la decisión sobre la afectación de los derechos de propiedad de inversión, se debe considerar la finalidad de la regulación que el gobierno aplica. Existen laudos contradictorios al respecto. En el caso *Metalclad*,<sup>26</sup> un tribunal de arbitraje ha calificado como expropiación indirecta que requiere una indemnización la negación de un permiso de construcción de un vertedero de residuos tóxicos alegando para ello la necesidad de la protección de cierta variedad de cactus raros.

<sup>23</sup> Thilo Rensmann: «Völkerrechtlicher Enteignungsschutz», en: D. Ehlers, H. Wolfgang, U. J. Schröder (eds.): *Rechtsfragen internationaler Investitionen*, Fráncfort del Meno: Recht und Wirtschaft, 2009, pp. 27 ss.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>25</sup> Rensmann, o. cit., p. 46.

<sup>26</sup> *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (NAFTA), laudo arbitral 30.8.2000, *ICSID Reports*, vol. 5, p. 212. <sup>27</sup> *Methanex Corporation v. United States of America* (NAFTA), laudo arbitral 3.8.2005 (Final Award), ILM 44 (2005), p. 1343.

Mientras en el caso *Methanex*,<sup>27</sup> el tribunal de arbitraje consideró que intervenciones no discriminatorias en la propiedad no constituyen, en principio, una expropiación indirecta en tanto son expresión del *police power* tradicional.

### 2.2.2. Tendencias conciliadoras

Para superar las contradicciones y apoyar a la creación de un sistema legal transnacional, la doctrina ha elaborado propuestas como colisiones entre normas y principios del mismo nivel jerárquico, aplicando el criterio de ponderación. En el caso de *Tecmed*, por primera vez un tribunal de arbitraje aplicó el principio de proporcionalidad comparando la finalidad del interés público de la acción estatal con sus efectos en la inversión.<sup>28</sup> Haciendo referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, el tribunal de arbitraje dispuso que la calificación de una interferencia como expropiación depende del examen de si la restricción ligada con la interferencia para el inversor es desproporcionada al fin perseguido con la medida estatal.

El recurso a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos plantea la pregunta fundamental de si, y en qué medida, las sentencias de esta Corte pueden tener efecto normativo en proceso de arbitraje de inversión. Será difícil negar que la jurisprudencia de la Corte tiene el carácter de *autoridad persuasiva* en un pleito ante un tribunal de arbitraje en tanto se respeten las distinciones estructurales entre ambos regímenes.<sup>29</sup> Más difícil de responder es la pregunta de si en un pleito de arbitraje de inversión puede ser obligatorio respetar estándares de derechos humanos y sus concreciones por la jurisprudencia de las Cortes regionales. En este contexto, la doctrina ha señalado que los tribunales internacionales deberían actuar como tribunales constitucionales para tratar de equilibrar la protección de la propiedad con el interés del Estado en regular su economía.<sup>30</sup>

Sin entrar en la polémica de si los tribunales de arbitraje en el ámbito de inversiones son capaces de asumir una tarea tal o no, es posible citar otra corriente de la doctrina. Según esta, los tribunales de arbitraje tienen que respetar el derecho humano a la propiedad según la convención de Viena sobre contratos.<sup>31</sup> Siendo la propiedad un derecho entre los demás, entra la aplicación del principio de proporcionalidad para distinguir entre una expropiación compensable de una regulación legítima y no compensable. El principio se verifica en tres etapas:

- Las actividades del poder público deben estar en condiciones de alcanzar el objetivo legítimo. Por lo tanto, primero se debe comprobar si con la actividad en particular el objetivo es alcanzable para todos.

<sup>27</sup> *Methanex Corporation v. United States of America (NAFTA)*, laudo arbitral 3.8.2005 (Final Award), ILM 44 (2005), p. 1343.

<sup>28</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. United Mexican States (Spain/Mexico BIT)*, ICSID Reports, vol. 10, p. 134. Rensmann, o. cit., p. 49.

<sup>29</sup> Rensmann, o. cit., p. 50.

<sup>30</sup> Ximena Fuentes, en CEPAL/GTZ: *Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatoria y contractuales*, Santiago de Chile: CEPAL/GTZ, 2010, p. 40, haciendo énfasis en la doctrina de Dolzer.

<sup>31</sup> Rensmann, o. cit., p. 51, recurriendo al art. 31 lit. c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Contratos (1969).

- La actividad del poder público será necesaria, es decir, no puede ser alcanzada por otros medios alternativos, lo que podría ser menos perjudicial para la persona.
- La actividad del poder público debe ser proporcional, es decir, el beneficio para la sociedad tendría que ser más grande que las pérdidas para los derechos e intereses del particular.

Aunque esta propuesta es una entre otras, cabe destacarla por sus nexos fuertes con la teoría del derecho transnacional elaborado en los años cincuenta del siglo pasado.<sup>32</sup> Hoy por hoy es más acertado buscar por principios unificadores para superar la fragmentación y por ende la pluralidad de sistemas normativos tanto al nivel internacional como nacional.

### 2.3. *Hacia un Estado de derecho transnacional*

El desarrollo descrito muestra que crecientemente el derecho internacional y el derecho nacional de los Estados cumplen funciones complementarias o supletorias entre sí, lo cual justifica buscar principios generales transversales. La protección de las libertades, el otorgamiento de igualdad ante la ley y el aseguramiento de la paz social ya no pueden ser garantizados o comprendidos solo como resultado del accionar de los sistemas jurídicos nacionales. Menos aún, cuando en muchos casos parte sustantiva de estos derechos no ha sido materializada en el propio ámbito nacional.

Los requerimientos de coherencia aparecen tanto en el nivel global como en las formas específicas en que lo nacional se ajusta a lo global, para permitir la adaptación y responder a sus desafíos.

- En el nivel global existe una *conflictividad de normas* y una ambigüedad de muchas de ellas. Estas no son superadas o solucionadas por las decisiones de instancias competentes a nivel internacional, entre otras causas debido a la heterogeneidad de las interpretaciones.
- En el nivel nacional, se plantea el dilema de cómo los Estados responden de manera concordante con su Constitución, los requerimientos y desafíos de las normas e instancias internacionales, de tal manera de cumplir con los compromisos asumidos internacionalmente, aprovechar los derechos derivados de ellos y mantener o establecer la coherencia del derecho interno.

Las características de este proceso cuestionan la eficacia del conjunto de normas de derecho globalizado. Se plantea entonces la interrogante de cómo transmitir al ámbito internacional conceptos tales como claridad, jerarquía y validez universal de las normas, necesarios para la plena vigencia de los principios elaborados dentro del Estado de derecho nacional, incluidas la eficacia y eficiencia del sistema de justicia, de una manera que tenga validez en todo el derecho globalizado.

<sup>32</sup> Felix Hanschmann, «Theorie transnationaler Rechtsprozesse», en: Buckel, Christensen, Fischer-Lescano (coord.): *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart: 2006, pp. 347-369.

En este contexto, Delmas-Marty, quien describe el desarrollo como *pluralismo desde arriba*, formula la tesis del Estado de derecho transnacional.<sup>33</sup> Para ella, este concepto es a la vez lo que vincula y mueve la construcción de una universalidad jurídica o un orden legal universal, superando por tal razón el pluralismo jurídico.

Las características de la construcción un Estado de derecho transnacional pueden describirse en un primer acercamiento en la búsqueda de lo común vinculante en lo universal. Esto obliga al Estado nacional a fundamentar una relativización de lo que inculca a todos. Lo común vinculante reside en la dignidad humana y su expresión en dos principios fundamentales: la igualdad y la libertad. Para garantizarlos se deben buscar las posibilidades como se pueden extender las garantías elaboradas para contrarrestar actuaciones arbitrales del Estado en contra de estos principios fundamentales a otros actores.

Un desafío que genera esta teoría es la revisión de la institucionalidad existente para proteger los principios fundamentales contra actuaciones fraudulentas. El concepto de la institucionalidad se refiere en este contexto tanto a las instituciones del derecho como al Poder Judicial:

- En cuanto al desenvolvimiento del derecho, se necesita aplicar una política legal que parta del entendimiento de que el derecho es un bien público común que necesita sus propias políticas generales de calidad normativa para su desarrollo. Para tal efecto, es necesario no solo alcanzar un apoyo gubernamental transversal y de alto nivel, sino que se necesita, además, el uso de determinadas herramientas (evaluación de impacto, simplificación, etc.). Esto significa, por un lado, indagar la necesidad de legislar, lo que implica la obligatoriedad de identificar y definir el problema público que requiere la intervención normativa, así como determinar los objetivos perseguidos por la nueva regulación. Por el otro lado, es importante velar por la coherencia del ordenamiento jurídico, lo que supone que la norma ha de ser coherente no solamente en sí misma, sino que debe, además, cumplir con la coherencia vertical (derecho internacional y Constitución) como con la coherencia horizontal (integración en la normatividad del mismo rango). Esto requiere un profundo cambio cultural en materia de formulación de políticas públicas y de legislación en las administraciones públicas.
- Para la formulación de políticas judiciales se debe tomar en cuenta que existen cada vez más mecanismos institucionales responsables de la aplicación e interpretación del derecho internacional. En una primera lectura, estos mecanismos podrían considerarse como una manera de eludir a las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, en realidad tienen vínculos estrechos con ellas porque aun los asuntos más internacionales tienen inevitablemente una dimensión local (por ejemplo, en la ejecución de sentencias o laudos). La principal consecuencia de ello es que entonces sus funciones ya no quedan reducidas a las que les impone un orden jurídico nacional y, concomitantemente, a defender los intereses jurídicos de un Estado nacional, sino que tienen una responsabilidad

<sup>33</sup> Mireille Delmas-Marty: *Global Law. A Triple Challenge*, Nueva York: Transnational Publishers, 2003, pp. 74 ss.

directa en la construcción de un orden jurídico mundial o global. Por ello, las políticas tienen que abrir el Poder Judicial aún más al plano supranacional y funcionar de manera más efectiva como eje articulador entre lo nacional y lo supranacional.

### 3. Globalización del derecho y Estado de derecho en América Latina

#### 3.1. *Un acercamiento al fenómeno*

Por lo general se puede constatar que no existe una discusión viva alrededor del fenómeno de la globalización del derecho. Por un lado es sorprendente, porque el sistema interamericano de derechos humanos está ganando fuerza y la interlocución con Europa se mantiene. Por otro lado, no se puede negar que el derecho internacional público no se encuentra en el centro de discusión académica (menos política) de los Estados Unidos, por lo cual, ni el seguimiento al desarrollo del derecho internacional y regional por la OEA, hasta ahora, tiene mucho peso ni siquiera se encuentra en discusión dentro de los Estados latinoamericanos.

En Colombia, durante dos años, a través del proyecto FortaLEsDer, se ha promocionado el estudio de la globalización del derecho. Para ello se constituyeron cuatro grupos de estudios en sendas entidades académicas y una ONG, responsables de las siguientes áreas: derecho constitucional,<sup>34</sup> económico,<sup>35</sup> administrativo<sup>36</sup> y acceso a la justicia.<sup>37</sup> Los resultados muestran con mayor o menor profundidad que el fenómeno de la globalización del derecho está presente en el país de manera importante en la legislación, la jurisprudencia y las resoluciones administrativas del Estado. Se han podido descubrir áreas fundamentales del derecho colombiano que siguen las pautas de los desarrollos jurídicos globales, determinando su similitud con aquellos de otros países.

Todos los estudios muestran que los desarrollos globales marcan pautas para el desarrollo jurídico interno. Las controversias globales también tienen sus reflejos internos, tanto en conflictividades normativas y colisión de derechos como en el seguimiento de las soluciones jurídicas conforme a diferentes visiones de justicia implícitas en las diferentes *familias* u órdenes jurídicos que predominan en el mundo occidental. Los estudios contienen, por tanto, una serie de *hallazgos* normativos e institucionales, referidos a la incidencia de la globalización del derecho sobre el derecho colombiano, identificándolos por primera vez como tales.

<sup>34</sup> Universidad de Los Andes: *Informe final sobre la transnacionalización de conceptos constitucionales*, dic. 2010.

<sup>35</sup> Universidad Santo Tomás (Urbina, Acosta, Durán, Palomares): *Derecho de los contratos en Colombia. Tendencias globalizantes*, Bogotá: 2011; Universidad Santo Tomás (Urbina, Acosta, Durán, Palomares): *Informe final sobre globalización del derecho de los contratos*, ago. 2011.

<sup>36</sup> Restrepo, Escobar, Rincón, Rodríguez: *Globalización del derecho administrativo*, Bogotá: 2010; Universidad del Rosario (Restrepo, Escobar, Rincón): *Informe final sobre globalización, Estado regulador y eficacia de los derechos*, ago. 2011.

<sup>37</sup> ILSA, diversos informes sobre el acceso a la justicia en el contexto globalizado (SIDH, OMC, CIADI), disponibles en: <http://ilsa.org.co:81/node/370>.

Las transformaciones del derecho privado, por ejemplo, parecen indicar una preocupación por corregir las distorsiones sociales creadas por el desequilibrio de poder entre diversos agentes económicos. Conforme al Estado social de derecho establecido en la Constitución, atribuyen al Estado y sus tribunales una gran responsabilidad. Esta responsabilidad es recogida, según el estudio del equipo de investigadores de la Universidad Santo Tomás, por las resoluciones de la Corte Constitucional. Pero no está claro si el Estado cumple con esta nueva responsabilidad en sus resoluciones judiciales concretas. Si se reconoce la función *correctiva* de la justicia estatal frente a un derecho fundamentalmente impulsado por entidades y agentes privados, ello debería quedar plasmado no solo normativamente, sino en las decisiones concretas de los tribunales y precisamente en el acceso de los *débiles* a ella.

Además, debería haber una preocupación por la suplantación de los tribunales estatales por instancias arbitrales privadas. La afirmación del supuesto efecto correctivo del sistema de justicia estatal resulta poco convincente cuando los *remedios* o soluciones de conflicto son determinados no por ellos, sino por instancias privadas totalmente fuera de su alcance normativo, para qué decir administrativo. Si hay soluciones, entonces es porque el sistema global, con sus normas e instituciones así lo decide, pero no porque el sistema nacional de justicia las imponga, por mucho que normativamente puedan compartir los criterios fundamentales de derecho. Aquí se presenta no solo un problema de soberanía, que podría ser el menor. Además, existe una ineficacia de la justicia estatal nacional que, por mucho que se lo proponga, no puede hacer valer ningún principio de justicia ni tampoco corregir ninguna *injusticia* implícita en supuestas «principalísticas» contractuales, porque a la hora de las definiciones simplemente no está presente.

Algo similar ocurre con el derecho administrativo. Los estudios del equipo de investigadores de la Universidad del Rosario demuestran la fuerte influencia de los procesos de globalización del derecho administrativo, en sus diferentes expresiones como derecho de las organizaciones internacionales, y también como parte del derecho administrativo promovido por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional en el contexto de la *gobernanza* mundial y específicamente colombiana. Aquí la tesis central se orienta en la adopción en Colombia del *sistema regulatorio*, en sustitución de la prestación de servicios directamente por el Estado. Ello como consecuencia de los procesos de privatización y adaptación a la competencia internacional entre Estados por atraer hacia sus territorios las inversiones extranjeras. El estudio contiene una descripción detallada de la adaptación nacional en lo normativo y su aplicación por los tribunales. En un segundo paso se deben indicar algunas líneas de reflexión sobre qué significan en concreto estas transformaciones para la justicia en el país.

Lo mismo sucede respecto a los trabajos de ILSA y de la Universidad de Los Andes. En resumen, hasta ahora no se ha logrado poner en discusión cuál es la relevancia de lo detectado para el desarrollo de la justicia en Colombia. Esto demuestra que, por un lado, será necesario establecer la medida en que el material elaborado efectivamente cumple con describir acertadamente las tendencias centrales del proceso de globalización. Por el otro, es necesario poner en discusión si a partir de este material efectivamente se pueden elaborar conclusiones relevantes respecto a los desafíos que enfrenta Colombia a partir de la globalización del derecho.

Hasta donde es posible observar, las transformaciones inducidas en la economía y la sociedad en su conjunto, a través de los procesos generales de globalización, van mucho más rápido que las adaptaciones de la justicia a estos. Los estudios lo

indican puntualmente. Pero son, hasta ahora, indicios. Por lo cual se necesita una discusión sobre los fenómenos de la globalización en la sociedad política colombiana. Incluso conceptualmente, la academia debe iniciar un trabajo identificando las formas como el derecho nacional se va modificando a raíz de las tendencias globales, y a qué tipo de tensiones normativas e institucionales se somete así al sistema nacional de justicia, si acaso. Es decir que las preocupaciones explícitas que se pueden observar hasta ahora puntualmente, requieren ser profundizadas.

Muchas preguntas quedan sin contestar, por el momento. Además, estamos lejos de responder a la tesis de la fragmentación del derecho nacional a consecuencia de los procesos de globalización del derecho. Mucho menos se puede responder si tal fragmentación, si existe, representa un avance para la protección de los derechos de los ciudadanos conforme al Estado de derecho, o si no lo representa. ¿Qué distorsiones jurídicas se están produciendo en el derecho y la justicia de Colombia debidas a ella? En consecuencia, estamos lejos todavía de poder elaborar propuestas para intervenir o no en los procesos de globalización. En esta perspectiva, tampoco es posible todavía responder a los desafíos que encerraría considerar las repercusiones regionales de la globalización del derecho.

En síntesis, los resultados de los trabajos realizados hasta ahora son muy reveladores en cuanto a demostrar que Colombia y su sistema de derecho y justicia están bajo la influencia de la globalización del derecho. La tesis central del proyecto ha sido confirmada con muchos elementos. Lo que sigue es una discusión sobre las consecuencias y desafíos de este proceso.

### 3.2. Unas reflexiones sobre los desafíos

Uno de los desafíos más grandes es el (r)establecimiento de la seguridad jurídica bajo los nuevos conceptos. En términos generales, esto supone la certeza que tienen los sujetos de derecho de que su situación jurídica no será modificada sino mediante procedimientos establecidos previamente. En este sentido, la seguridad jurídica no es sino la traducción práctica de la eficacia de las normas como reguladoras de conductas. Desde esta perspectiva, la relación entre globalización y seguridad jurídica aparece como un punto de articulación complejo, pues si la globalización del derecho implica la creación de espacios jurídicos horizontales, resulta obvio que aquella puede verse menoscabada en la medida que las condiciones de aplicación de las normas *globalizadas* escapan a los mecanismos que el Estado moderno ha puesto en marcha tradicionalmente para asegurar su cumplimiento.

Esto requiere, en primer lugar, un proceso de discusión con sectores amplios del Estado y de la sociedad civil respecto tanto de las conclusiones analíticas como de las propositivas sobre lo que significa la globalización del derecho para el ordenamiento legal nacional. Esto no debería realizarse en abstracto, sino sobre la base de casos concretos.

En segundo lugar, los poderes judiciales tienen que coadyuvar a la generación de seguridad jurídica en un doble plano. En primer término, en el plano externo, pueden construir los mecanismos de certeza jurídica global al inscribirse como partes de un sistema que puede operar de manera articulada al compartir una visión fundamentada en los valores que inspiran la democracia, el Estado de derecho y la economía de mercado. Desde el punto de vista interno, la seguridad jurídica que generan permite anclar las operaciones globales de los actores económicos sobre bases de justicia y reciprocidad.

Para tal efecto, la labor de las judicaturas en la construcción de previsibilidad debe abordarse tanto desde un punto de vista técnico como desde un punto de vista institucional. En el primer caso, es necesario analizar la manera en que se construyen los criterios jurisdiccionales que producen las reglas que serán consideradas válidas dentro del orden jurídico. En el segundo caso, interesa conocer la forma en que las judicaturas operan para la construcción de dichas reglas. Es decir, las condiciones efectivas imperantes para la producción de normas a cargo de los tribunales.

Adicionalmente, la eficacia del cumplimiento de los fallos emitidos por los tribunales como el respeto por las leyes también impacta directamente sobre la forma en la que se realizan las transacciones en sociedad. En este caso, cuando se tiene certeza sobre el posible sentido de una resolución jurisdiccional, pero no se tiene seguridad de que esta será ejecutada, la posición del actor se torna bastante precaria. Nuevamente es necesario ponderar la conveniencia de invertir recursos para asegurar el cumplimiento de una obligación.

Esto muestra que el comportamiento de las instituciones que definen los alcances de los derechos y monopolizan el empleo de la coacción para hacerlos efectivos puede tener importantes repercusiones sobre la forma en que se construyen las relaciones en la sociedad. En ese sentido, es necesario aplicar herramientas que apoyen la medición, tanto antes como después, del impacto que tienen los comportamientos institucionales en la sociedad.

#### 4. En lugar de conclusiones

Como hemos argumentado, la aplicación a nivel global de una normatividad jurídica compatible con una visión de desarrollo sustentable, basado en valores fundamentales de la dignidad humana, aparece como un supuesto no realizado todavía. Surge entonces la necesidad de promover un desarrollo más armónico y equilibrado del sistema del derecho en su conjunto. El desafío, en cuanto a los Estados, parecería consistir en participar activamente en el fortalecimiento de las capacidades nacionales para entender los procesos globales y convertirlos en una parte armónica de su propio derecho interno. Ello implica, en particular, crear un espacio de reflexión sobre este proceso, que oriente a cada uno de los poderes y e instituciones afectadas en la identificación de sus posibilidades y las formas más adecuadas para asumir sus propias responsabilidades. A partir de allí será posible mejorar las capacidades individuales de integración en los procesos de globalización del derecho. A nivel internacional, se requeriría la creación de un foro para analizar las conflictividades de normas y sus consecuencias, formular propuestas para su superación y contribuir a los debates de reformas institucionales en curso.

## Bibliografía

- BOREA ODRIA, Alberto: *Derecho y Estado de derecho*. Lima: Gráfica Monterrico, 1999.
- CARBONELL, Miguel, et al.: *La globalización y el orden jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- CARBONELL, Miguel, WISTANO OROZCO, Rodolfo VÁZQUEZ (coords.): *Estado de Derecho, Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: UNAM, ITAM, Siglo XXI editores, 2002.
- CASSESE, Sabino: *La globalización jurídica*. Barcelona: INAP, Marcial Pons, 2006.
- CEPAL/GTZ: *Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatoria y contractuales*. Santiago de Chile: CEPAL/GTZ, 2010.
- DELMAS-MARTY, Mireille: *Global Law. A Triple Challenge*. Nueva York: Transnational Publishers, 2003.
- GIZ: *La transformación de la juridicidad en los Estados latinoamericanos: Efectos del pluralismo jurídico «desde arriba» y «desde abajo» sobre el Estado de derecho*. Bogotá: 2010.
- LÓPEZ, Diego: *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional, 2004.
- MARTÍN-LÓPEZ, Miguel: «Comentarios sobre la colisión de normas y principios del mismo nivel jerárquico en el derecho internacional», en: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 18, enero-junio 2011, pp. 213-226.
- OKUWAKI, Nayoa: «Globalisierung, Verrechtlichung und Völkerrecht. Kann das Völkerrecht die Globalisierung überleben?», en: Junichi MURAKAMI, Hans-Peter MARUTSCHKE, Karl RIESENHUBER (eds.): *Globalisierung und Recht*. Berlín: Walter de Gruyter, 2007, pp. 201-208.
- RENSMANN, Thilo: «Völkerrechtlicher Enteignungsschutz», en: D. EHLERS, H. WOLFFGANG, U. J. SCHRÖDER (eds.): *Rechtsfragen internationaler Investitionen*. Fráncfort del Meno: Recht und Wirtschaft, 2009, pp. 25-54.
- ZICCARDI CAPALDO, Giuliana: *The Pillars of Global Law*. Hampshire: Ashgate, 2008.