

Transformaciones en el (del) espacio de soberanía

Henrik López*

1. Introducción

Este documento** parte de la tesis de que la globalización del derecho constitucional supone, entre muchas facetas, una seria afectación al modelo westfaliano de soberanía. El análisis no pretende destruir el modelo, sino mostrar tendencias, que van a la par de otras dinámicas sociales, hacia su superación.

Como punto de partida, podemos partir de una *idea operativa de soberanía*, a partir de dos ámbitos. En el interno, como la capacidad de autorregulación y auto-determinación de un Estado, sustentado en la obediencia legítima de los pobladores frente a la autoridad y, en el externo, como la no intervención de ningún actor en los asuntos de un Estado, el reconocimiento de los demás Estados como soberanos y un escenario de igualdad entre los Estados.

Esta perspectiva, que se deriva de la paz de Westfalia, ha sido objeto de múltiples críticas, al punto de que se reconoce que la mayoría de los elementos se han desconocido. Así, algunos afirman que «mientras que el grado en el que los principios

*Abogado y magíster en Ciencia Política (Universidad de los Andes, Colombia). Profesor y director del Área de Derecho Público de la Universidad de los Andes, Colombia. Se ha desempeñado como magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia. Es autor de varios libros, artículos y ponencias en temas de derecho constitucional.

**Este documento se elaboró como parte de una investigación hecha por el proyecto FortalEsDer/GIZ.

westfalianos se han incumplido en la práctica real ha variado según las regiones geográficas y a lo largo del tiempo, la soberanía legal internacional ha recibido un apoyo mucho mayor».¹

Este apoyo, además del componente político que encierra, proviene de la cultura jurídica. Aquella que se erigió sobre la base de una distinción férrea entre el derecho nacional y el internacional, donde los problemas de territorialidad de la ley se resolvían por vía negativa: la ley únicamente tiene efectos dentro del territorio soberano. De hecho, el derecho internacional se debate todavía sobre dicho esquema, como lo constata la permanente discusión sobre las competencias de los órganos internacionales, en particular, la Corte Internacional de Justicia de la Haya o como se constata con las normas de competencia de la Corte Penal Internacional.

No obstante, desde una perspectiva menos formal, se observan cambios. Cambios que se derivan de fenómenos distintos y complejos. De necesidades y tendencias diversas, que responden a cambios tecnológicos, a la posibilidad de acercar a las personas, etcétera. En fin, las diversas formas de globalización y de regionalización generan fuertes tensiones sobre el principio de soberanía, pues reclaman y usurpan espacios antes vedados o, por lo menos, así se defendían. El punto no es del todo novedoso, pues existe una importante literatura al respecto, que plantea distintos escenarios de afectación de la soberanía, tanto directamente vinculados con la globalización como con *otros* escenarios de pluralismo jurídico.

Interesa, en estas condiciones, partir de una *idea operativa de globalización jurídica*. El derecho de la globalización no es un régimen jurídico específico, en el sentido de construcciones sistemáticas, a la manera de la codificación, sino más bien un esquema de capas dinámicas, que se traslapan las unas a las otras en un movimiento continuo y, quizás, caótico. Esto nos permite coincidir con Cassese cuando señala que «el ordenamiento jurídico global no tiene una autoridad superior dotada de soberanía [...] se añade ahora que su organización no posee un centro, un elemento central»² y que «se legitima mediante el derecho, no por el consenso obtenido sobre un pueblo»,³ de manera que es posible la creación de un *espacio jurídico* donde ocurre el «fin de los territorios» y que facilita la «movilidad entre regímenes jurídicos diferentes».⁴

En lo que sigue, se hará una aproximación a la problemática que surge ante el concepto de soberanía en perspectiva westfaliana. Este escrito se estructura a partir de una descripción del fenómeno de *desoberanización* que se advierte como base para la globalización del derecho constitucional, para culminar en algunas conclusiones.

¹ Stephen Krasner: *Soberanía: hipocresía organizada*. Barcelona: Paidós, 2002, capítulo 7 «Estructuras constitucionales y nuevos Estados a partir de 1945», p. 307.

² Sabino Cassese: *La globalización jurídica*. Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 19.

³ *Ibídem*, p. 28.

⁴ *Ibídem*, p. 29.

2. Desoberanización

Desde el plano jurídico, el concepto de soberanía ha resultado central para un sinnúmero de problemáticas propias de la ciencia jurídica. En primer lugar, ha permitido que se defina una noción operativa de Estado que, aunque parte de la filosofía política, permite clausurar territorios y pueblos, bajo un mando/poder/autoridad unificados. En este punto, la noción de soberanía opera en dos sentidos. De una parte, permite la diferenciación entre los distintos Estados —propósito central del modelo westfaliano—, de suerte que pudiese organizarse el derecho, la política y la economía internacional, bajo la idea de que lo que ocurra dentro de los Estados es asunto interno —que garantiza la paz entre naciones— y que lo que suceda entre Estados se formaliza jurídicamente. Por otro lado, opera en sentido interno, bajo la idea de autodeterminación de los pueblos, que tiene una expresión externa (ser un Estado autónomo) y una interna, consistente en la definición de las condiciones propias de operación (en lo político, en lo económico, en lo jurídico, etc.).⁵

En segundo lugar, ha facilitado la solución del problema de fuentes del derecho. Si bien el debate jurídico ha girado con gran fuerza en torno al tema de la validez,⁶ el recurso a la soberanía enfrenta la dificultad relativa a la legitimidad del orden jurídico:⁷ una vez establecido un principio de soberanía, es posible derivar de él el orden jurídico y otorgar validez a las decisiones de producción normativa, que se realicen conforme a dicho orden jurídico.⁸

En el plano del derecho constitucional, el concepto y principio de soberanía juega un papel fundamental, pues no solo define la legitimidad del modelo constitucional, sino que facilita o da pie para la existencia de la propia Constitución. Sea que se afirme la noción de soberanía popular o aquella de la nacional,⁹ el punto de partida para legitimar la adopción de una Constitución es el vínculo que se establece entre

⁵ Estos elementos recogen lo que se entiende ortodoxamente por soberanía. Hoy se incluyen elementos adicionales, particularmente referidos a las responsabilidades *inherentes* a los Estados: «Para ser legítima, la autoridad soberana debe ser reconocida a nivel doméstico e internacional, imponiendo responsabilidades para el Estado: democracia, derechos humanos, preeminencia del derecho, gobierno efectivo y economía de libre mercado», Dominik Zaum: *The Sovereignty Paradox*, Nueva York: Oxford University Press, 2007, capítulo 1 «Sovereignty in international society», p. 30.

⁶ Es ya un clásico el debate entre Hans Kelsen y Alf Ross en torno a este punto. El planteamiento de Ross, contenido en el texto *El concepto de validez y otros ensayos* (México, Fontamara, 1997), avanza hacia una visión más compleja del concepto, que no se basa exclusivamente en la estructura normativa del sistema jurídico. Tesis que, con todo, sigue imperando.

⁷ El que lo enfrente no significa que lo solucione. La apelación kelseniana a la norma superior es expresión de ello, así como el debate contemporáneo en torno a qué hacer con la moral en el derecho, el cual se puede rastrear en los textos de J. Raz, N. MacCormik, R. Alexy, A. Marmor, entre otros teóricos del derecho.

⁸ De alguna manera, desde una perspectiva evolutiva y sistémica, podría afirmarse que el recurso político de la soberanía abre puertas para la diferenciación y clausura del sistema jurídico, que finalmente podrá producir derecho a partir/conforme al derecho. Es decir, de manera autopoietica. Sobre dicha evolución Niklas Luhmann: *El derecho de la sociedad*, México: Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002.

⁹ Sobre estas modalidades de concebir la soberanía y su impacto en el constitucionalismo, véase M. Fioravanti: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid: Trotta, 1996.

la Constitución y el soberano:¹⁰ hoy, por norma general, el pueblo.¹¹ Este vínculo legítima la producción normativa a partir de la estructura institucional que la propia Constitución define.¹²

Así, tenemos un marco constitucional *construido a partir de* una noción compleja de soberanía, de suerte que es posible aventurar la tesis de que acaece una *desoberanización* en los eventos en que operan fenómenos que subvierten el principio de autodeterminación (libertad) que inspira la noción y que *explican el actual* andamiaje funcional de los Estados y las sociedades a las que pertenecen.¹³ Tal *subversión*¹⁴ puede ocurrir desde el interior (caso de las dictaduras), a través del interior (al desconocer el principio de autodeterminación) o desde el exterior (negación del derecho internacional).

Teniendo este panorama como horizonte, es posible adentrarnos en las consideraciones contenidas en las investigaciones principales, que dan luces¹⁵ sobre este fenómeno subversivo a partir de la globalización.

¹⁰ Congleton señala que «*Modern constitutional language formally defines the states as an organization to which its citizens have delegated authority to make various collective decisions. These political organizations are often described in considerable detail by the same constitutional documents. The stated purpose of these modern documents implies that the proper method of judging the success of a particular political organization is by its ability to advance the broad interest of "the people," that is to say, those of the nation's citizenry*». R. Congleton: *Improving democracy through constitutional reform: son Swedish lessons*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 2003, p. 97. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha destacado este vínculo de manera frecuente. En sentencia C-644 de 2004 sostuvo que: «21. En el mundo contemporáneo, el poder interno y autónomo de ordenación de los Estados generalmente se funda en el *principio de soberanía popular* (CP, art. 9.º), que le permite al pueblo en ejercicio del poder constituyente originario dictar una Constitución, mediante la cual organiza un modelo de Estado alrededor de la adopción de una forma de organización, de un sistema de gobierno y de un régimen político. Como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, dicho poder constituyente originario no se encuentra sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados». Y advirtió que: «A partir de lo expuesto, es claro que el pueblo en virtud de su poder soberano, es quien debe escoger el *régimen político* de su predilección, con el propósito de organizar el funcionamiento del Estado y adoptar un sistema normativo que vincule obligatoriamente a los servidores públicos y a los particulares. De suerte que, conforme al principio de soberanía popular, pilar fundamental de la democracia, incumbe solamente al pueblo adoptar la Constitución o sustituirla, a partir del ejercicio de su poder constituyente, como manifestación jurídica del contrato, convenio o pacto social que le otorga legitimidad a un determinado Estado. Precisamente, al delinear la distinción entre poder de reforma y poder constituyente originario, la Corte en Sentencia C-551 de 2003 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett), sostuvo la imposibilidad del Congreso para modificar el régimen político adoptado por el pueblo en la Constitución de 1991.»

¹¹ Paradigmáticas son la Constitución de Estados Unidos y la Constitución de Weimar. La pregunta por la soberanía popular y la relación con la Constitución es un tema recurrente. El libro de P. Caldwell, *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law. The theory and practice of Weimar Constitutionalism* (Duke University Press, 1997), es una expresión de tal duda.

¹² En sentencia C-474 de 2003 la Corte Constitucional de Colombia señaló que: «Las normas que rigen una sociedad deben ser el resultado de un procedimiento en el que se garanticen en especial dos principios: el principio de soberanía popular, en virtud del cual los límites al ejercicio de las facultades de las personas que hacen parte de una colectividad tienen como único origen legítimo la voluntad popular. Y el principio del pluralismo, como una garantía de participación de la diversidad de los individuos y grupos que componen una sociedad.»

¹³ Aquí, mientras avanza la idea, se admite que Estado y sociedad son componentes distintos. Empero, el análisis que sigue, parte de considerar al Estado como una estructura social, de suerte que tal distinción no es posible, en tanto que no existe Estado sin sociedad y, mucho menos por fuera, al lado, detrás o al frente de esta. Toda comunicación ocurre en la sociedad y la estructura Estado es el resultado de un proceso de comunicación. Al respecto se siguen lineamientos de la obra de Niklas Luhmann: véanse *La sociedad de la sociedad*, México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2007; *El derecho de la sociedad*, o. cit., entre otras.

¹⁴ Se ha optado por el término *subversión*, pues no se trata necesariamente de un fenómeno totalmente destructivo, sino complejo. Esto permite afectaciones parciales a la soberanía, con alcances distintos, ya sea radical (por ejemplo, el caso de la revolución islámica en Irán) o parcial (los procesos de independencia). Además, se utiliza el término para indicar la ruptura que puede entrañar con la ortodoxia.

¹⁵ De manera que necesariamente nos enfrentamos a penumbras, algunas impenetrables.

Según se señaló antes, se parte de la globalización del derecho, lo que fuerza a admitir que no se trata de un asunto exclusivamente económico, sino que afecta profundamente el derecho, aunque no necesariamente a través de los canales más visibles. Es preciso, en todo caso, advertir no se trata del fenómeno de incorporación al derecho nacional de modelos jurídicos foráneos.¹⁶ En este punto, avanzamos siguiendo a Zamboni, quien trata de la problemática de conceptos y categorías jurídicas globales.¹⁷

Uno de los aspectos que destaca Zamboni en el proceso de producción del derecho global, es la distinción entre el fenómeno de uso global de categorías jurídicas¹⁸ y el de la asunción global de valores que están en la base de esas categorías jurídicas que comparten.¹⁹ Este último proceso, lejos de ser tranquilo y pacífico, donde *se genera* una cultura jurídica global, es producto de diversas tensiones y procesos históricos que pueden afectar la soberanía. En este sentido, se advierte, nuevamente con distintos niveles, una reducción del espacio de autodefinición de las comunidades, de suerte que la estandarización se impone como medio para lograr el avance de los intereses globales.

Quizás esto aparezca como una descripción natural o ingenua del funcionamiento de la sociedad, pues es factible describir dicho fenómeno a partir de esquemas, como el concepto de superestructura, que parten de forzar la ideología dominante, a fin de que se legitimen formas de trato o de explotación. Con todo, es posible una visión más compleja del fenómeno.

No solo se trata de un vil adoctrinamiento,²⁰ sino de la definición del código exclusión-inclusión, que algunos consideran será el metacódigo del siglo XXI,²¹ de suerte que únicamente quienes comparten tales valores podrán ser (o serán merecedores de) partícipes del futuro global (del mercado global, de viajes globales, de alimentación global, etc.). Desde el punto de vista de la promoción del Estado de derecho, los debates actuales sobre el concepto de Estados fallidos,²² parten de una definición mínima de Estado de derecho, que sigue la línea antes indicada —modelo liberal europeo y el producto de la revolución estadounidense—. Así, aquellos Esta-

¹⁶ Este es el caso de los *transplantes jurídicos*, entendidos como «el préstamo por parte de un sistema jurídico de instituciones, reglas o doctrinas propias de otro sistema jurídico». Jorge González: *Entre la ley y la Constitución*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 42. Con particular interés, cabe citar en este material a Diego López: *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá: Legis-Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, 2004.

¹⁷ Zamboni, o. cit.

¹⁸ «A tendency by which the same legal categories and concepts are received in many national and international legal orders», *ibidem*, p. 131.

¹⁹ «The phenomenon according to which various national and international communities similarly share values underlying these global these global legal categories and concepts». *ibidem*.

²⁰ Del cual la colonización española y portuguesa de América son excelentes ejemplos.

²¹ «The worst imaginable scenario might be that the society of the next century [XXI] will have to accept the metacode of inclusion/exclusion. And this would mean that some human beings will be persons and other only individuals; that some are included into function systems for (successful or unsuccessful) careers and others are excluded from these systems, remaining bodies that try to survive the next day». N. Luhmann: «Globalization or World Society?: how to conceive of modern society», en *International Review of Sociology*, vol. 7, n.º 1, marzo 1997.

²² Sobre el particular, puede consultarse el trabajo de Patricia Moncada: «Los Estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso», Estudio preliminar, en Robert Rotberg et al.: *Los Estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso*, Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2007, pp. 21-150.

dos que más se acerquen al ideal de Estado de derecho son menos fallidos (o dejan de serlo), lo que garantiza *reputación* y *garantía de supervivencia* dentro de los cánones del modelo westfaliano. Como lo pone de presente Rojas,

De una manera u otra, todos los Estados, grandes y pequeños, más fuertes o más débiles están profundamente afectados por la globalización. Los Estados fallidos ponen pues de presente la ficción del sistema westfaliano, y más aún la obsolescencia de la pretensión de reconstituirlo o de reformarlo como fundamento de un orden global. El sistema interestatal solo de manera temporal ha correspondido con el ideal westfaliano, la soberanía y su principio de no intervención aparecen más bien como una «hipocresía organizada». El espectro que va de los protoestados coloniales a los cuasiestados poscoloniales, pasando por los Estados débiles y llegando a los Estados fallidos y los Estados colapsados muestra hasta qué punto las desviaciones a la regla son mayores que su confirmación.

Hoy por hoy, la exigencia de una soberanía plena es un requisito que ningún Estado, ni siquiera la superpotencia, puede seguir reclamando. El completo control territorial de los flujos que circulan a través de él, el monopolio sin fisuras de la violencia, todas estas son condiciones que ningún Estado está hoy en condiciones de cumplir, y más allá de que sean exigibles, la pregunta es también si es deseable que fuese así dadas las características de un mundo abierto, de una sociedad en red, de una economía que abarca el planeta.

El carácter estructural de la falla estatal en el sistema internacional contemporáneo se refleja en las tentativas de respuesta al problema y sus limitaciones. La necesidad de actuar frente a los Estados fallidos como respuesta a la amenaza que representan no solo para el orden internacional sino para la seguridad nacional de los países centrales cambia el sentido de la intervención y plantea desafíos mayores para la seguridad internacional. De esta manera, los Estados fallidos ponen de presente a qué punto la conformación de una economía global implica también una tremenda interdependencia en las dimensiones securitarias. Así, la relevancia internacional ya no concierne solo a la posesión de recursos de poder (militares, políticos y económicos), tal y como se había asumido en la lógica westfaliana, sino que la debilidad, la fragilidad, se convierten en bazas pertinentes en el juego político mundial dada su potencialidad para desestabilizar el sistema internacional y generar anarquía. Esto sin duda representa un cambio sustancial en el sentido del poder internacional.²³

La estrategia globalizante no es menos extrema a la hora de las propuestas de acción contra el lavado de activos. El riesgo, aplicando una *perspectiva de riesgo*, es la inclusión en la lista de países no cooperantes, de que se advierta sobre el peligro

²³ Diana Marcela Rojas: «State Failure And Globalization», *anal. polit.* [en línea]. vol. 20, n.º 61, dic. 2007, pp. 73-85. Disponible en: <http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47052007000300005&lng=en&nrm=iso>, [12.8.2010], ISSN 0121-4705 (se han omitido las referencias contenidas en el original).

de entablar negocios con empresas de dichos países o el ver que sus operaciones son registradas y supervisadas minuciosamente y, sobre todo, el hecho de perder la reputación,²⁴ sin la cual no es posible operar en un mundo donde el sistema económico se basa en la especulación²⁵ y en la cual la confianza (ausencia de riesgo), es determinante. Baste considerar el impacto que sobre un Estado y su población tiene la calificación de riesgo.²⁶

A partir de lo anterior es posible identificar un fenómeno impositivo o autoritario en la mecánica de la globalización, que demanda de las sociedades nacionales, al margen de sus propias decisiones, un acomodo conforme a los estándares internacionales. No necesariamente se está en presencia de un modelo dialogal, basado en la equidad o igualdad de partes. De alguna manera, la globalización mantiene estructuras de corte arriba-abajo, que tienden a negar la posibilidad de que se alcance un consenso valorativo.

El trabajo de Natalia Ángel *La participación del juez constitucional colombiano en los llamados «diálogos judiciales transnacionales»*, es ilustrativo de este fenómeno.²⁷ El estudio parte de la idea, promovida por algunos analistas estadounidenses y europeos, según la cual se ha presentado un fenómeno de diálogo global entre los jueces, lo que permitiría que ocurriera un «intercambio de la producción jurídica interna y de diferentes experiencias en materia de derecho constitucional». A pesar de que tales diálogos puedan ocurrir en el plano del norte global, no significa que alcance al sur global. De hecho, «los países del norte global siguen siendo percibidos en la región como emisores de conocimiento», lo que indica la *unidireccionalidad* del proceso.

No obstante, se advierte que existen espacios para dicho diálogo, en particular en aquellos temas en los que el norte global carece de experiencia significativa. Así, se constata que los magistrados de la Corte Constitucional son invitados a exponer y explicar los desarrollos que dicha Corte ha tenido en materia de protección judicial de los derechos económicos y sociales. Si bien resulta imposible establecer el impacto de tales diálogos en la formación del derecho global, es claro que la ocurrencia

²⁴ «Being identified by the FATF as an NCCT and the application of Recommendation 21 by the FATF were viewed by countries as harmful to their reputations and needed to be addressed». FATF/GAFI Annual Review of Non-Cooperative Countries and Territories 2005-2006. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/0/0/37029619.pdf>.

²⁵ Luhmann: *Globalization*, o. cit.

²⁶ Ilustrativo es el caso de la deuda de Grecia y el impacto que ha tenido en los mercados financieros globales: «Esta semana los mercados financieros se vieron sorprendidos por la reducción de la calificación crediticia de la deuda soberana de algunos países. En concreto, Fitch Ratings bajó la calificación de la deuda de Grecia desde A- hasta BBB+, al tiempo que Standard & Poor's mantuvo la nota en A- pero le bajó la perspectiva de estable a negativa, lo cual suele anticipar una rebaja en la nota. Ayer Standard & Poor's también bajó la perspectiva de la deuda española para negativa, aunque mantuvo la nota en AA+. Tras esas noticias, los mercados financieros en Grecia y en España registraron un deterioro importante, que tuvo algunos impactos en el resto del mundo. En particular, el martes las acciones bajaron en San Pablo y el dólar subió en Brasil. Por eso nos pareció que valía la pena dedicar nuestro espacio de análisis económico de hoy a este tema. ¿Qué está sucediendo en Grecia? ¿Estamos ante el comienzo de nuevas turbulencias?, ¿puede haber un contagio de estas situaciones en nuestra región? En seguida, dialogamos con la economista Florencia Carriquiry, de la consultora Deloitte.» Fuente: «Rebajaron calificación de riesgo de Grecia y se teme por un default: ¿un caso aislado o el comienzo de más problemas?». Disponible en: http://www.espectador.com/1v4_contenido.php?id=169126&sts=1.

²⁷ El estudio es parte de la investigación realizada por el equipo de investigadores de la Universidad Los Andes dentro del proyecto FortalEsDer/GIZ.

del diálogo, sea en el plano del norte global (donde es limitado) o en el del sur global (donde aparece nutrido), permite una suerte de construcción de valores comunes y, muy probablemente, conduzca al uso común de categorías y conceptos jurídicos.

Si bien, desde el punto de vista tradicional (positivismo), el derecho se limita a las normas creadas o producidas por el legislador y las autoridades administrativas, en el campo constitucional es absolutamente claro que el juez constitucional juega un rol central. Las distintas Cortes y Tribunales Constitucionales son claramente vistos como patrocinadores de un fuerte activismo judicial,²⁸ lo que fuerza considerar cómo los diálogos —sean amplios o restringidos— son un mecanismo de producción global del derecho.

Gunter Teubner ha lanzado la tesis de que «la globalización produce un conjunto de problemas intrínsecos del derecho, relacionados con el cambio en los procesos dominantes de creación de normas».²⁹ Tales cambios se basan en el hecho de que, de manera periférica (pero también central), el proceso de producción normativa propio de la globalización, se libera de las ataduras del Estado nacional. Este fenómeno lo expresa el autor señalando:

Tradicionalmente, mientras la creación espontánea de normas (usos, normas sociales) se daba sobre todo en la sociedad —en la periferia del sistema legal—, el proceso de creación organizado ocurría en el centro mismo del derecho. Esto configuró una estricta separación conceptual e institucionalizada entre normatividad y validez... [78] Hoy, por el contrario, se puede observar una inversión de la relación entre lo espontáneo y lo organizado en el proceso de globalización. Dado que no existe un órgano político global que soporte políticamente la institucionalización de una esfera organizada de decisión jurídica, se fragmenta el proceso legal genuino de creación de normas, que tiene lugar espontánea, descoordinada e incontroladamente en los espacios abiertos de un Mundo Feliz [80].³⁰

Entre tales mecanismos de producción no ortodoxos³¹ se cuenta aquella generación de derecho a partir del resultado de tales diálogos. Los encuentros, sean personales o institucionales, dialogales o expositores, entre magistrados o entre Cortes, no conducen al transplante jurídico sin más, sino al uso compartido de categorías

²⁸ Las referencias al activismo judicial de los tribunales constitucionales es interminable. En el ámbito hispano, ha tenido un notable impacto del libro de Zagrebelsky: *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia* (Trotta, 1995), que expresamente señala este fenómeno como particular del modelo constitucional imperante en la actualidad. Este punto no es de poca monta pues, en el ámbito de la teoría jurídica, implica centrar la atención en el proceso de definición de lo jurídico en aquello que Hart denominaba la perspectiva interna y que permite, por ejemplo, a algunos positivistas ubicarse como positivistas débiles (*soft positivism*) y considerar algunos valores como parámetro de lo jurídico. Para la lengua castellana, las revistas *Doxa* e *Isonomía* ofrecen un amplio panorama sobre la discusión. Disponibles en el portal virtual de Doxa: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa>.

²⁹ G. Teubner: «Regímenes globales privados: ¿Derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos?», en *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Nuevo Pensamiento Jurídico, 2010, p. 69.

³⁰ *Ibidem*, pp. 78 y 80.

³¹ *Neoespontáneos*, en la terminología de Teubner.

jurídicas³² o de valores jurídicos. Los encuentros permiten que se expongan o den a conocer novedosas maneras de solucionar conflictos,³³ tal como parece acontecer frente a los problemas que enfrenta la justicia europea ante violaciones de derechos humanos en la antigua cortina de hierro y que encuentran en la jurisprudencia interamericana soluciones aplicables.

Ahora bien, es posible aducir que ello no conduce a la producción normativa, en tanto que de tales encuentros no surgen reglas propiamente dichas. Si bien ello es cierto, es claro que las soluciones y las tendencias serán semilla para futuras decisiones judiciales que, en el plano de los derechos humanos y el derecho constitucional, sin lugar se convertirán en reglas.

El fenómeno analizado por Natalia Ángel está enmarcado dentro del funcionamiento de órganos institucionalizados, lo que no niega el hecho de la producción normativa, sino que facilita que se lea como un proceso que ocurre dentro de los tradicionales cánones de la ciencia jurídica. Con todo, si se considera el proceso o el fenómeno —con todas las limitaciones que tiene— en conjunto con los procesos que se dan desde el modelo de lavado de activos y la aproximación jurisprudencial a dicha regulación, es factible advertir una tendencia significativa. La producción normativa neoespontánea fluye sin trabas a través del control constitucional, legitimándose su producción, lo que, al realizarse diálogos de derecho comparado, llevarán a que se compartan las soluciones. Estas, paradójicamente para el Tribunal Constitucional, no necesariamente pasan por el tamiz del legislador interno, sino que se filtra a través de las redes conceptuales relativamente autónomas del constitucionalismo. En suma, nuevamente, el proceso de producción normativa se escapa del control institucional del modelo del Estado nacional, para surgir en pasillos, corredores y auditorios de distintas latitudes. No se pretende, empero, asumir esta idea de manera fuerte, pues el resultado de investigación sugiere que el impacto no es el esperado, ni el indicado por otras fuentes académicas; se trata de una tendencia o, a lo más, de una oportunidad.

Por otra parte, resulta ilustrativo el hecho de que para América Latina dicho diálogo resulte más regional que global. Se ha asumido que la globalización es una tendencia absoluta, que ocurre a escala mundial. No obstante, el que los diálogos tengan un referente e impacto limitado pone de presente que, a la par del diálogo del norte global, operan otros que aparecen invisibles para dicho diálogo. Esto indica la existencia de consensos parciales que no alcanzan la escala global y que permiten que se mantengan condiciones nacionales autónomas. El estudio de Ricardo Posada, *Migración, globalización y derechos constitucionales de los extranjeros en Colombia*,³⁴ nos muestra esta cara de la globalización.

El estudio muestra la cara amarga de la globalización, a partir del reforzamiento del principio de soberanía nacional, en clave del control poblacional,³⁵ que impide

³² Como ocurre con el principio de proporcionalidad.

³³ Por ejemplo, el coloquio entre jueces de las Cortes de derechos humanos de Europa, América y África, realizado en Berlín en agosto de 2009. Fuente: <<http://www.humanrights.dk/news/african,+european+and+inter-american+human+rights+courts+meet+for+first+time>>.

³⁴ El estudio es parte de la investigación realizado por el equipo de investigadores de la Universidad de Los Andes dentro del proyecto FortaEsDer/GIZ.

³⁵ Véase *supra* consideraciones sobre soberanía como principio de construcción del Estado y su definición a partir del control poblacional y territorial.

o limita los efectos globalizantes del discurso de los derechos humanos: «No es desafortunado afirmar, entonces, que nuestro medio hace uso de un verdadero control de “protección migratoria” antiglobalizante, como expresión indudable de la defensa social en desarrollo de la soberanía nacional».

Este fenómeno *antiglobalizante* aparece como elemento perturbador de la idea de una globalización del derecho, en tanto que se asienta sobre un *consenso global* en torno a la autonomía de las naciones —soberanía— sobre el manejo de la cuestión migratoria. Parece que la globalización únicamente alcanza a tocar los contornos de la persona humana, sus derechos básicos, así como el flujo de bienes, servicios y capital. El ser biológico sigue atado al territorio y sobre él se despliegan singulares formas y maneras de control. El Estado, como creación moderna, aún se resiste a abandonar la *cárcel del hombre*, mientras que globalmente se forman *cárceles del alma*.

Con el estudio, entonces, se hace presente que la globalización no es un fenómeno radical, sino que en ocasiones se superpone al orden interno y en otras convive con este. En una extraña fatalidad, la tendencia *antiglobalizante* parece apropiarse de algunos de los medios por los cuales resulta posible la introducción al orden interno de la producción global de normas. Así, al igual que ocurre en materia de lavado de activos, la discrecionalidad administrativa (y la consiguiente pérdida de fuerza del principio de legalidad estricta) es la puerta para que operen los mecanismos retardantes de la efectividad de los derechos humanos y la consiguiente reducción de sus efectos globales:

Una mirada retrospectiva a la legislación constitucional colombiana demuestra que nuestro orden jurídico cumple, en principio, con los estándares internacionales en materia de protección de inmigrantes, según se ha solicitado en la Convención sobre protección de migrantes y los documentos de las Naciones Unidas sobre la materia. A pesar de ello, la regulación administrativa aparece como una construcción teórica diseñada para blindar la discrecionalidad del Ejecutivo en la práctica de medidas proteccionistas como la deportación o la expulsión del extranjero del territorio nacional, con lo que se observa una clara restricción de oportunidades de defensa y contradicción en el ámbito nuclear de las decisiones discrecionales migratorias, al punto que el extranjero puede llegar a encontrarse en una compleja situación de indefensión en ciertos eventos en los que no existe siquiera un procedimiento de impugnación sumarial contra las decisiones migratorias del Estado.

Dicha discrecionalidad de la administración está en la base del modelo de lavado de activos, en tanto que la UIAF colombiana, al igual que aquellas de otras latitudes, y las normas reglamentarias, no solo incorporan automáticamente los estándares internacionales en esta materia, sino además que abren espacios para que el Estado vigile y se inmiscuya en la vida privada de los asociados.

En uno y otro caso, sea por vía del reforzamiento de la soberanía nacional o con su debilitamiento, es claro que los derechos fundamentales-derechos humanos sufren dentro por las dinámicas de los procesos de producción normativa. Es altamente probable que el ojo deba desviarse hacia la generalización (consenso global) de una mayor autonomía y libertad del Ejecutivo frente a otros poderes. Con ello, en lugar de forjar un sistema jurídico afincado en la supremacía legislativa y el respeto por la soberanía interna, se apoya un modelo de concentración del poder que si bien

se ejerce desde el derecho —siguen existiendo actos administrativos, amparados en leyes—, este poder define el derecho mismo. De esta manera, no solo se debilita el concepto tradicional de Estado de derecho, sino que, negándola, se reafirman las tendencias de la *noción popular mayoritaria del Estado de derecho*.

Esta ampliación de las competencias discrecionales del Ejecutivo (de la administración), son uno de los mecanismos de introducción en los Estados nacionales de la producción normativa global. A diferencia de la producción normativa institucionalizada —derecho internacional—, que pasa por los cauces parlamentarios, la producción global no se apoya en mecanismos institucionales, sino en acciones espontáneas, como organizaciones privadas —Grupo Wolfsberg— y asociaciones estatales —la GAFI—, que buscan diversos medios para lograr la positivización de sus estándares normativos. Así, junto al derecho estatal, el derecho privado —las reglas de los bancos siguiendo las recomendaciones de la banca global, de los *reguladores capturados* o de la GAFI— se sitúa como un marco de referencia obligado que el Estado, en lugar de enfrentar (debido a su intrínseca ilegitimidad, en clave de Estado nacional), apoya, fomenta y refuerza.

En este sentido, no es posible más mantener la idea de un monopolio estatal de la producción normativa y, en la dirección señalada por Teubner, es forzoso reconocer una diversificación de las fuentes normativas.

Esta diversificación de fuentes, por otra parte, no se ha acompañado de una transformación conceptual del derecho constitucional que permita al juez constitucional readueñarse del control³⁶ y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales y humanos. La ausencia total de control constitucional —sea por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado— frente a las medidas migratorias nacionales o la sospechosa laxitud con que se ha ejercido dicho control en materia de lucha contra el lavado de activos, hace presente que mientras el derecho constitucional no logre una redefinición que le permita trabajar con el derecho global, este será ruido y no podrá ser registrado por el programa metodológico del sistema del derecho.³⁷ Simple y llanamente, operará una *desconstitucionalización* de este ámbito jurídico y la absoluta desprotección de la persona humana, salvo los *afortunados* que habitan en las zonas incluidas en la sociedad global.

Podemos señalar, en suma, que se está frente a un momento de incertidumbre evolutiva, donde la clausura operacional del sistema del derecho parece hacer agua, pues todavía no ha logrado instrumentos conceptuales que le permitan nuevas maneras de acople con los sistemas globales. El derecho, en este sentido, aunque abraza el principio de soberanía y busca en él refugio, parece sufrir las consecuencias de su franco, pero impreciso, debilitamiento.

³⁶ O, quizás, dicho empoderamiento únicamente ocurre cuando otros poderes han encontrado vías nuevas para producir derecho, al margen del control institucional.

³⁷ Sobre este programa, Luhman: El derecho de la sociedad, o. cit.

3. Conclusiones básicas

A continuación se presentan algunas conclusiones derivadas del análisis que antecede. Ellas son y serán provisionales, pues se está frente a un proceso complejo que aún no culmina.

3.1. ¿Cómo se gesta el desarrollo normativo global? (Estructuras normativas)

La idea misma de un *desarrollo normativo* nos coloca en un escenario que no necesariamente corresponde al de la globalización jurídica. La idea operativa expuesta nos permite plantear la existencia de regímenes jurídicos distintos, a la manera de capas. Esas capas tienen densidades distintas. Algunas, de clara raigambre normativa, serán densas, como puede ocurrir con algunos aspectos normativos globales, y otras serán «ligeras», aunque con una enorme pesadez, como se evidencia con los acuerdos privados en el sector financiero.

Ahora bien, la ausencia de un centro definido de producción normativa obliga a escenarios de cooperación, a fin de que los distintos elementos de las diversas capas puedan armonizarse. Esto vincula la globalización del derecho con la idea de que se trata de «la circulación de modelos legales (por ejemplo categorías y conceptos jurídicos) de una manera que muchas partes de sistemas jurídicos diferentes tienden a ser homogéneos».³⁸ A fin de que ello sea posible, no es más viable el uso de la fuerza (baste ver las dificultades para legitimar la presencia de Estados Unidos en Irak), sino que se ha de apelar a aquello que se entiende como *softpower*.

En este orden de ideas, el derecho global se genera (este proceso de tendencias hacia la homogeneidad) a partir de distintos fenómenos,³⁹ como la adecuación de la normatividad a parámetros y estándares, que se adoptan sea por necesidad de insertarse en el mercado global (por ejemplo, para hacer negocios con un grupo principal de bancos), para mostrarse como parte del primer mundo o por necesidades locales (Colombia, sus esfuerzos contra el lavado de activos y el problema del tráfico de estupefacientes), o por la participación en los procesos de definición de estos.

Sobre el punto resulta interesante observar que en las últimas se hace sobre la base de *consensos*⁴⁰ (frente a problemas similares, soluciones similares), que no necesariamente descansan sobre los mismos principios o en principios que permitan la construcción de un sistema coherente. Así, el estudio sobre migración muestra que existe un *consenso* en torno a que los temas migratorios permiten el reforzamiento de las categorías westfalianas (soberanía) en función de la protección de determinados intereses o de un sector poblacional. En última instancia, lo local

³⁸ Traducción libre de: «*as the circulation of legal models (ie legal categories and concepts) in a way that many parts of different legal systems tend to be homogeneous*». M. Zamboni: «Globalization and law-making: time to shift a legal theory's paradigm», en *Legisprudence*, vol. 1, n.º 1, p. 127.

³⁹ Podría plantearse en términos de evolución, siempre y cuando no se entienda en términos darwinianos, sino de transformación en función de las circunstancias.

⁴⁰ Aquí consenso no se entiende en el sentido contractualista de «todos hemos acordado», sino el fenómeno social de aceptar y asumir como válido y dado un significado determinado o una interpretación determinada de algo.

termina por determinar lo global. Este consenso, como se puede advertir, no se apoya en criterios garantistas, por ejemplo, que guiarían un escenario por excelencia globalizado: los derechos humanos.

Para ahondar en esta materia es necesario, como lo sugiere Zamoni, adentrarse en el tema de producción normativa. El subproyecto sobre los diálogos globales apunta, precisamente, a identificar (o desmitificar su existencia) esos actores en la globalización del derecho constitucional.

Esto, por otra parte, obliga a considerar nuevos actores y sujetos o, si se quiere en clave sistémica, el reacomodamiento de los sistemas ante la realidad de la sociedad global.

3.2. ¿Quién impulsa y participa en el desarrollo normativo global? Nuevos sujetos

La descentración del derecho global también implica el aumento de los actores jurídicos. Es decir, aquellos que tienen capacidad o la potencialidad de generar cambios en la estructura jurídica. En principio, la globalización del derecho constitucional ocurre a partir de centros hegemónicos, que pueden coincidir con centros académicos (i. e. Yale y Harvard), organismos internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, ONU), organismos intergubernamentales (FATF), actores privados (asociaciones bancarias, bancos poderosos), organismos estatales y paraestatales (USAID) y organizaciones no gubernamentales de gran envergadura (CEJIL).

En otras palabras, el derecho global no necesariamente se produce en el Estado, generándose una fuerte reducción de la fuerza y los espacios de decisión soberana. Ahora, esto no significa que lo nacional y lo local no tengan inherencia. El Estado es necesario para lograr la cooperación y mantener, si se quiere, la institucionalidad.

De esta manera no se resta al Estado, sino que a su capacidad productiva se suman otros actores con iguales potestades o potencialidades. Este punto merece mayores análisis y consideraciones, dado que lleva a debatir el concepto de lo jurídico y de los sujetos del derecho (o los destinatarios del sistema).

3.3. Redefinición de lo jurídico. Cambios en la teoría general clásica

El fenómeno de la globalización del derecho y del derecho constitucional en particular, con la introducción y extracción de debates, la construcción de nuevos sujetos de derecho y su muerte, obliga a reflexiones sobre el derecho.

De una parte, exige tomar distancia frente a las posturas modernas y westfalianas que centran el proceso de producción normativa en la actividad del Estado, pues existen otros centros de producción del derecho. Pero, así mismo es necesario una aproximación, quizás a partir de posturas pluralistas, diferente respecto de lo que se entiende por derecho y lo jurídico.

En particular, los estudios muestran la necesidad de reconocer el rol de actores privados en la producción normativa, más allá de los esquemas contractualistas. Así, la investigación sobre el lavado de activos presenta a las entidades financieras con capacidad para incidir en la producción de derecho, al margen de las relaciones contractuales con sus clientes. Lo propio ocurre en los escenarios académicos, donde es posible incidir de manera muy directa en la manera en que un sujeto se aproxima al derecho en otro lugar.

De otro lado, genera tensiones sobre estructuras conceptuales que se creían sólidas. Así, los estudios sobre migración y sobre el principio de soberanía (democracia hegemónica y contrahegemónica), ponen de presente que valores caros al Estado liberal, como el de separación de poderes o protección de los derechos constitucionales, pueden no ser centrales para el funcionamiento del modelo. Antes bien, la insistencia en ellos puede resultar completamente autoritaria.

3.4. Riesgos autoritarios y debate sobre la soberanía

Advertir que la globalización del derecho constitucional impulsa valores y los impone, contra aquellos que definen a una sociedad, puede resultar profundamente autoritario y negar el elemento básico de autodeterminación.

Sobre este punto, se advierte la necesidad de ahondar en análisis sobre escenarios, o, mejor, espacios de globalización, a fin de poder hacer juicios comparados.

Dentro de esta dinámica surge un elemento adicional, que es la construcción y destrucción de sujetos. La investigación sobre migraciones pone de relieve el carácter estratégico de los derechos fundamentales y las garantías básicas. La evidencia del carácter no coherente del modelo (en el sentido de que pareciera que ni siquiera hay pretensión de coherencia) permite espacios de sometimiento y negación a grupos, que desaparecen como sujetos jurídicos. ¿Qué es un migrante? ¿Tiene derechos? ¿Quién los define?

Bibliografía

- CALDWELL, P.: *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law. The theory and practice of Weimar Constitutionalism*. Duke: Duke University Press, 1997.
- CASSESE, Sabino: *La globalización jurídica*. Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 19.
- CONGLETON, R.: *Improving democracy through constitutional reform: son Swedish lessons*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2003.
- FIORAVANTI, M.: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid: Trotta, 2003.
- FITF/GAFI: *Annual Review of Non-Cooperative Countries and Territories 2005-2006*. Disponible en: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/0/0/37029619.pdf>>.
- GONZÁLEZ, Jorge: *Entre la ley y la Constitución*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- KRASNER, Stephen: *Soberanía: hipocresía organizada*. Barcelona: Paidós, 2002, capítulo 7 «Estructuras constitucionales y nuevos Estados a partir de 1945», p. 307.
- LACEY, Kathleen y Barbara CRUTCHFIELD: «Crackdown on Money Laundering: A comparative analysis of the feasibility and effectiveness of domestic and multilateral policy reforms», en: *HeinOnline. Northwestern Journal of International Law and Bussiness*, vol. 23, 2002-2003, pp. 262-351.
- LÓPEZ, D.: *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá: Legis-Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, 2004.
- LUHMANN, N.: «Globalization or World Society?: how to conceive of modern society», en *International Review of Sociology*, marzo 1997, vol. 7, n.º 1.
- El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.
- MOCANDA ROA, P.: «Los Estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso», estudio preliminar, en ROTBERG, R. et al.: *Los Estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2007, pp. 21-150.
- ROJAS, Diana Marcela: *State Failure And Globalization*. anal. polit. [online], vol. 20, n.º 61, dic. 2007, pp. 73-85. Disponible en: <http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47052007000300005&lng=en&nrm=iso> [12.8.2010], ISSN 0121-4705.
- ROSS, Alf: *El concepto de validez y otros ensayos*. México: Fontamara, 1997.
- TEUBNER, G.: «Regímenes globales privados: ¿Derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos?», en: *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2010, p. 69.
- ZAMBONI, Mauro: «Globalization and law-making: time to shift a legal theory's paradigm», en: *Legisprudence*, vol. 1, n.º 1, p. 127.
- ZAUM, Dominik: *The Sovereignty Paradox*. Nueva York: Oxford University Press, 2007, capítulo 1 «Sovereignty in international society».

Sentencias consultadas

- Sentencia C-474 de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia.
Sentencia C-644 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia.