

EL DERECHO INTERNACIONAL ENTRE FRAGMENTACIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN

JOSÉ MANUEL PUREZA

Catedrático de Relaciones Internacionales
Universidad de Coimbra

Crónica Jurídica Hispalense 14 • Págs. 281 a 289

Resumen: La tesis del constitucionalismo global de inspiración liberal elude plantear el problema central de la legitimidad democrática en la sociedad internacional, y se instala en la contradicción de pretender servir tanto a la dignidad humana como a los mercados, haciendo prevalecer derechos civiles y políticos sobre derechos económicos, sociales y culturales. Y, en este sentido, la fragmentación (o proliferación de tribunales y regímenes normativos internacionales) no debe entenderse como una contraposición de esa constitucionalización liberal, pues son dos estrategias utilizadas por los Estados y otros actores dominantes para mejor satisfacer sus intereses.

Palabras clave: Derecho internacional, constitucionalización, fragmentación, legitimidad democrática.

Abstract: The thesis of global constitutionalism of liberal inspiration eludes to raise the central issue of democratic legitimacy in international society. Instead, this thesis settles in the contradiction of serving both human dignity and markets, by substituting civil and political rights to economic, social and cultural rights. In this sense, fragmentation (i.e. proliferation of international tribunals and normative regimes) should not be understood as an opposition to liberal constitutionalization, for they are two strategies used by the most powerful States and other non-State actors to better meet their interests.

Keywords: International Law, Global Constitutionalism, Fragmentation, Democratic Legitimacy.

Fecha recepción original: 07/09/2016

Fecha aceptación: 21/09/2016

Es para mí un enorme honor y motivo de profunda emoción haber sido invitado para este acto de homenaje a la memoria del Profesor Carrillo Salcedo. Juan Anto-

nio Carrillo Salcedo ha sido, para mí y para tantos/as de nosotros/as, todo lo que un maestro puede ser: una fuente inspiradora permanente, un guía de mi trayecto de investigación, un interlocutor incansable de mis dudas y de mis entusiasmos, un compañero solidario de rutas intelectuales y de esperanzas y sufrimientos personales, en fin, una referencia moral y un amigo de todas las horas.

Todos/as los/as que pensamos el Derecho Internacional como una realidad en cambio en función de su marco social, económico y político, tenemos bien presente la centralidad que, en la obra del Profesor Carrillo Salcedo, ha ocupado el reconocimiento de la simultaneidad de dos funciones del Derecho Internacional contemporáneo. En simultáneo con la función de «sistema jurídico regulador de la delimitación y distribución de las competencias entre los Estados a fin de regir sus relaciones de coexistencia y cooperación», Carrillo Salcedo identifica la emergencia de la función de «ordenamiento de la comunidad internacional cuyos intereses generales trata de regular jurídicamente» (2005: 54) y en la que aspira a llevar a cabo funciones de justicia social internacional. El Profesor Carrillo detalla esta complejidad añadida del Derecho Internacional contemporáneo subrayando que, «concebido tradicionalmente como un orden jurídico distribuidor de competencias y regulador de las relaciones de coexistencia y de cooperación entre Estados soberanos, el Derecho Internacional se ve hoy investido de una misión de transformación de la sociedad internacional, al servicio de la paz, la promoción y protección de los derechos humanos, el desarrollo integral y sostenible de los pueblos y la preservación ecológica del planeta. Esto es, una misión en la que el Derecho Internacional se configura como un orden jurídico constructor de condiciones de paz y de una comunidad de iguales.» (Ibidem: 54-55)

Quizás el concepto que lleva más lejos esta dinámica de cambio sea el de constitucionalismo global. Se trata de una noción que ha emergido en las tres últimas décadas con la que se sugiere que el sistema internacional está experimentando un cambio fundamental que lo conduce desde la infancia del orden westfaliano hacia el orden adulto proporcionado por mecanismos de diferenciación, jerarquía y centralización. En la síntesis de Thomas Kleinlein (2012: 703),

«[b]asically, constitutionalization in public international law suggests that international law and its suborders have reached a degree of objectivity' in order to limit state sovereignty like a constitutional order. For proponents of the constitutionalization thesis, public international law recognizes a common interest of humanity transcending state interests, hierarchically supreme constitutional principles' set boundaries to the hitherto unlimited will of states, international organizations become relatively independent of their member states, and states are no longer left with a genuine *domaine réservé*».

Desde una perspectiva normativa, el discurso del constitucionalismo global es una forma de sobrepasar las fragilidades del Derecho Internacional tradicional, en especial su naturaleza de *bric-a-brac* contractual (Combacau, 1986). La triple indiferenciación del orden jurídico internacional tradicional –de las fuentes, de las obligaciones de los Estados y de los mecanismos de responsabilidad internacional– ha sido objeto de un proceso de cambio de importancia esencial que culminó en el surgimiento de

categorías como las de normas de *ius cogens*, obligaciones *erga omnes* y crímenes internacionales. Este cambio de naturaleza del Derecho Internacional contemporáneo y la adquisición «al menos en alguna medida, (de) dimensiones sociales, dirigistas e intervencionistas» (Carrillo Salcedo, 2005: 55) que, en concreto, limitan el alcance del relativismo del Derecho Internacional, dan lugar a lo que, en mi trabajo bajo la dirección de Juan Antonio Carrillo Salcedo, he llamado de orden público internacional (2002).

La doctrina del constitucionalismo global intenta precisamente destacar esa densidad creciente del Derecho Internacional y las competencias regulatorias más intensas de las instituciones internacionales, realidades que lee como soportes de una dinámica de jerarquización normativa. Más allá de esta dimensión técnico-normativa, el discurso del constitucionalismo global añade otras tres dimensiones fundamentales. En primer lugar, una dimensión institucional, que se refiere a la creación de mecanismos de ejercicio del poder a escala internacional y de mecanismos de control de ese ejercicio en esa misma escala (Deplano, 2013: 75). En segundo lugar, lo que la doctrina suele designar como constitucionalismo social (Schwöbel, 2011: 17-18), cuyo contenido fundamental es el del establecimiento de niveles de protección y promoción social a escala internacional, a través de instrumentos de protección de derechos individuales y colectivos, fijación de estándares de participación política, modelos de rendición de cuentas por los distintos poderes públicos, etc. (Milewicz, 2009: 422). Finalmente, en tercer lugar, el llamado constitucionalismo analógico, un ejercicio de transferencia de escalas del conjunto de contenidos históricamente consolidados del constitucionalismo nacional y de la lógica misma del fenómeno constitucional.

Sin embargo, este trabajo teórico de transposición para el sistema internacional de nociones y estructuras típicas del Estado nación ofrece espacio para importantes críticas y debates. Y no cabe duda, a mi juicio, que la voz sensata y crítica de Juan Antonio Carrillo Salcedo —a la vez esperanzada y realista— se expresaría del lado de muchas de esas críticas. Jürgen Habermas (2008) sintetiza esa visión crítica de la forma siguiente:

«As international institutions form an increasingly dense network and nation-states lose competences, a gap is opening up between the new need for legitimation created by governance beyond the nation-state and the familiar institutions and procedures that have hitherto more or less succeeded in generating democratic legitimation only within the nation-state. (...) If the advocates of a constitutionalization of international law are not to write off democracy completely, they must at least develop models for an institutional arrangement that can secure a democratic legitimation for new forms of governance in transnational spaces».

Esta observación de Habermas nos plantea el problema central de la legitimidad de las decisiones y de las políticas en un mundo en que, a pesar de todas las transformaciones, las identidades y lealtades de escala nacional siguen teniendo una importancia decisiva. O sea, es necesario leer la emergencia de la noción de constitucionalismo global más allá del nivel jurídico-formal e institucional. El filósofo político Danilo

Zolo (1997) ha identificado cuatro elementos básicos en lo que nombra como *legal cosmopolitanism* en el que está basado el constitucionalismo global. En primer lugar, el primado del Derecho Internacional y la gradual disminución de la soberanía de los Estados; en segundo lugar, el centralismo jurisdiccional, con el desarrollo de normas y de mecanismos centralizados para el control y la aplicación coercitiva del Derecho; en tercer lugar, el pacifismo jurídico, es decir, la tesis de la paz por el Derecho; y finalmente, en cuarto lugar, el constitucionalismo global en sentido estricto, que enfatiza la suplencia de las instituciones supranacionales centralizadas a los Estados para la protección de las libertades fundamentales de los individuos.

Delante de estos cuatro elementos, Zolo se plantea la cuestión central de las condiciones políticas de ejercicio de estos poderes institucionales y del contenido político concreto de sus normas y decisiones. Esto quiere decir que el constitucionalismo global es una realidad contradictoria y disputada que incluye sea la protección universal de los derechos humanos sea la adopción universal de la desregulación de los mercados o de su regulación liberal. Este carácter contradictorio del constitucionalismo global determina que se dé la necesaria relevancia al significado del desequilibrio entre la protección de los derechos del trabajo (concretada en las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, desde luego) y de los derechos del capital –concretados en acuerdos como el General Agreement on Trade-in-Services (GATS), el Trade-Related Intellectual Property Measures (TRIPS) o el Trade-Related Investment Measures (TRIMS), etc.)– por un lado, y a la prevalencia de los derechos civiles y políticos tradicionales sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el marco de una reflexión seria y rigurosa sobre lo que es, en la práctica, el constitucionalismo global (Milewicz, 2009: 431). En ese sentido, Stephen Gill (1998) escribe que constitucionalismo global significa fundamentalmente un conjunto de principios jurídicos y políticos que apartan las políticas económicas liberales de una responsabilidad política amplia, lo que hace a los gobiernos nacionales más responsables delante de la disciplina de las fuerzas del mercado y menos responsables delante de las fuerzas y procesos populares y democráticos.

La visión subyacente a la apología del entendimiento dominante del constitucionalismo global es lo que Martii Koskeniemi y Päivi Leino (2002: 558) llaman *the domestic analogy*, esto es, una comprensión del orden jurídico internacional en la que los tratados son equivalentes funcionales de las leyes nacionales, las instituciones de solución de controversias interestatales son equivalentes funcionales del poder judicial nacional y el uso de la fuerza y las contramedidas en respuesta a actos ilícitos internacionales son equivalentes funcionales de los mecanismos nacionales de aplicación forzada del Derecho.

Para esta visión tradicional, basada en la analogía doméstica, la realidad de la fragmentación del Derecho Internacional es un fenómeno de entropía negativa en el sistema. Como ha referido el Juez Gilbert Guillaume (2000), entonces presidente de la Corte Internacional de Justicia, esa fragmentación «generates unwanted confusión», sobre todo porque «the proliferation of international courts may jeopardize the unity of international law and, as a consequence, its role in inter-state relations».

La realidad de la fragmentación del Derecho Internacional –para la descripción de la cual Koskeniemi utiliza la expresión *managerialism* (2007 a), subrayando de

este modo las estrategias de utilización *à la carte* de normas e instituciones por los Estados— es un reflejo de la pervivencia del mundo de las soberanías en el mundo de la transnacionalidad y de la globalización, como siempre ha advertido Carrillo Salcedo. Es una expresión de que el análisis de Paul Reuter —que ponía el énfasis en la simultaneidad entre yuxtaposición de intereses de los Estados, existencia de intereses comunes entre ellos e institucionalización de formas de administración de estos intereses— sigue siendo correcta como representación de la realidad.

Se trata, en la opinión de Pierre-Marie Dupuy (2007), del debate académico más importante en la era de la globalización. Este autor identifica dos dimensiones distintas de la dinámica de fragmentación del Derecho Internacional. Por un lado, una dimensión normativa que consiste, según él, en una tendencia para una autonomía creciente de regímenes normativos especiales (*self-contained regimes*) que describe irónicamente como «entities conceived as completely autonomous and floating freely in the legal ether». Estos regímenes jurídicos internacionales —como los del Derecho de las relaciones diplomáticas, del Derecho del comercio internacional, del Derecho de las relaciones económicas internacionales, de la protección internacional de los derechos humanos o de la preservación internacional del medio ambiente— están dotados no solamente de reglas primarias propias sino también de reglas de interpretación y sanción distintas de las del Derecho Internacional general. En este sentido, autores como Bruno Simma (2009) o Martii Koskeniemi (2007 b) plantean en el centro de la fragmentación del Derecho Internacional una transposición de regulación técnica específica del contexto nacional para el contexto internacional. La segunda dimensión que Dupuy identifica en el proceso de fragmentación del Derecho Internacional consiste en la multiplicación de jurisdicciones internacionales, con el riesgo de emergencia de jurisprudencia contradictoria. La proliferación de tribunales internacionales temáticos —derechos humanos, derecho del mar, derecho penal internacional, entre otros— y de mecanismos diversos de solución de controversias específicas —penales, arbitrales, etc. — da lugar a una quiebra en la supuesta unidad de jurisdicción de la que la Corte Internacional de Justicia sería la expresión más destacada.

El «grito de alarma» (Dupuy, 2007: 25) delante de estas realidades de pluralismo jurídico internacional es una reacción natural de los portavoces de la construcción dominante del constitucionalismo global que he referido antes. Para ellos, la fragmentación es una dinámica simétrica de la de constitucionalización. La fragmentación, en esa visión lineal y simplificadora de la evolución histórica reciente del Derecho Internacional, sería la pérdida de la referencia unificadora del Derecho Internacional, que los iusnaturalistas seguidores de Verdross sitúan en el universo axiológico asociado al ideal de la *civitas maxima* de los estoicos, del *totus orbis* de Francisco de Vitoria o del *foedus pacificum* de Kant, que los solidaristas seguidores de Scelle sitúan en la práctica de solidaridad natural y que los positivistas seguidores de Kelsen refieren a la *grundnorm* (Kleinlein, 2012: 708). De acuerdo con Koskeniemi (2007 a: 16),

«The problem with constitutionalism is that it imagines itself as a project of institutional architectonics based on the assumption that what is wrong with the world is the heterogeneity of interests, preferences, values, the nature of the international world as an "anarchical society". Constitutionalism aligns itself

with European nostalgia since the Renaissance for the Roman Empire as the uncorrupted "origin" of European politics. The constitutionalists still grapple with the division of Christendom and the fragmentation of the Holy Roman Empire—separateness and sovereign powers as a tragedy to be overcome by future unity. From this view, international law ought to be seen as an institutional project, a project about blueprints for perpetual peace, *civitas maxima*, and world government».

El informe de 2006 de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas sobre la fragmentación del Derecho Internacional (CDI, 2006), aunque responda al desafío del pluralismo normativo e institucional privilegiando un tratamiento técnico-pragmático de solución de los conflictos provocados por la emergencia de distintos regímenes autónomos de Derecho Internacional aplicando las reglas de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (Deplano, 2013: 72), arranca de la comprensión de que fragmentación es el opuesto de la unidad jerárquicamente estructurada del orden jurídico internacional. La Comisión de Derecho Internacional contrapone a la realidad de la fragmentación la noción de que

«international law is a legal system. Its rules and principles (i.e. its norms) act in relation to and should be interpreted against the background of other rules and principles. As a legal system, international law is not a random collection of such norms».

Y Pierre-Marie Dupuy (2007: 37) completa y aclara este razonamiento afirmando:

«Since the adoption of the United Nations Charter, which possesses, in this regard at least, a material constitutional dimension, there exists a second principle of unity: the substantive or material unity, as shown by the existence of peremptory norms, which relates to the content of such norms and not merely their form».

En mi opinión, esta visión dicotómica que contrapone constitucionalización y fragmentación del Derecho Internacional es errónea. Y su error es doble. Por un lado, se trata de una visión que dramatiza la realidad de la fragmentación y, de algún modo, romantiza la constitucionalización. Ahora bien, la fragmentación no tiene por qué ser un drama. Incluso, estamos asistiendo a una «normalización» de esta realidad de fragmentación: «fragmentation in international law is now the norm, not the exception» (Broude, 2013: 2); «fragmentation, as a political construction, is not really new or especially threatening, nor does it present challenges that tried and tested legal forms cannot cope with» (ibídem: 6); «stop worrying and love fragmentaion» (Ratner, 2008: 475). Además, como subrayan Koskenniemi y Leino (2002: 558),

«While international lawyers have always had to cope with the absence of a single source of normative validity, it may seem paradoxical that they should now feel anxiety about competing normative orders. Perhaps this anxiety reflects their past strategy to defend international law by a domestic analogy».

En segundo lugar, y fundamentalmente, este discurso dicotómico es erróneo porque trabaja con abstracciones y no con actores concretos del sistema internacional. O sea, resulta de la no inclusión de la realidad de la asimetría de poder en el sistema internacional.

Fragmentación y constitucionalización son ambas estrategias utilizadas por los actores estatales y no estatales del sistema para lograr más fácilmente sus objetivos. Fragmentación no es automáticamente pluralismo y constitucionalización no es automáticamente orden consensual. Me parece muy adecuada la perspectiva de Benvenisti y Downs (2007: 603), según la cual

«while it is reasonable to argue that the proliferation of multilateral agreements has created an institutional environment that is less hierarchical than that which existed during the Cold War, it is not clear that resulting order is any more pluralistic with respect to the range or even the number of interests that it represents».

Este rechazo de un concepto superficial y mecánico de la fragmentación y de la constitucionalización del Derecho Internacional impone analizar ambos procesos como dos estrategias utilizadas por los actores dominantes del sistema internacional: de un lado, ellos reclaman una posición de superioridad jerárquica en las instituciones y plataformas multilaterales en que se opera la dinámica de constitucionalización; por otro lado, los mismos actores promueven una fragmentación normativa e institucional cuando eso beneficia sus agendas.

Vuelve así al centro de un análisis exigente de la realidad del Derecho Internacional en el marco del sistema internacional la lección del Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo. Mi primer contacto con su obra fue la lectura entusiasmada de *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, de 1984. En la Introducción de ese libro, Carrillo Salcedo escribe:

«La sociedad internacional actual, en efecto, está atravesada por dos grandes tensiones dialécticas: de un lado, la que enfrenta su universalidad y alcance mundial con su carácter heterogéneo y dividido; de otro, la que opone el fenómeno de la institucionalización del sistema internacional, que se expresa en la presencia de una densa red de organizaciones internacionales universales y regionales, con el dato de base de la soberanía estatal».

La lucidez y clarividencia de estas líneas de Juan Antonio Carrillo Salcedo les permite mantener una extremada actualidad 30 años tras su publicación. Estoy convencido de que el Profesor Carrillo Salcedo aceptaría añadir a estas consideraciones suyas una adaptación de la conocida metáfora *Animal Farm* de George Orwell y afirmar que todos los Estados son soberanos, pero unos son más soberanos que otros. Para los más soberanos y para los menos soberanos, la constitucionalización y la fragmentación del Derecho Internacional no son necesariamente, en la práctica, situaciones opuestas. Para unos y para otros, se trata solamente de recursos políticos movilizados en la configuración de las relaciones internacionales en cada momento. Con una diferencia esencial: unos, los más soberanos, utilizan esos recursos para re-

forzar su poder, mientras que otros, los menos soberanos, difícilmente logran ampliar su poder a través de la fragmentación del Derecho Internacional y son invariablemente blancos de los contenidos de la constitucionalización de inspiración liberal que es la constitucionalización efectivamente existente.

Vuelvo, por ello, para terminar, a las palabras sabias de Juan Antonio Carrillo Salcedo:

«un sistema universal pero heterogéneo y diverso y en proceso de institucionalización, pero de estructura predominantemente interestatal, condiciona no solo las funciones que el Derecho Internacional puede llevar a cabo sino también los procesos de elaboración y de aplicación de las normas jurídicas».

Así es de desafiador y apasionante el Derecho Internacional. Más aún cuando lo aprendemos de maestros como Juan Antonio Carrillo Salcedo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENVENISTI, E. y DOWNS, G. W. (2007), «The empire's new clothes: political economy and the fragmentation of international law», *Stanford Law Review*, 60 (2), 595-631
- BROUDE, T. (2013), «Keep calm and carry on: Martii Koskeniemi and the fragmentation of international law», Research paper n° 10-13, International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem
- CARRILLO SALCEDO, J. A. (1984), *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*. Madrid: Tecnos
- (2005), *Permanencia y cambios en Derecho Internacional*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
- CDI (Comisión de Derecho Internacional) (2006), *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Doc. A/CN.4/L.682
- COMBACAU, J. (1986), «Le droit international: bric-a-brac ou système?», *Annuaire de Philosophie du Droit*, 31, 85-105
- DEPLANO, R. (2013), «Fragmentation and constitutionalisation of international law: a theoretical inquiry», *European Journal of Legal Studies*, 6 (1), 67-89
- DUPUY, P. M. (2007), «A doctrinal debate in the globalization era: on the "fragmentation" of international law», *European Journal of Legal Studies*, 1, 25-41
- GILL, S. (1998), «European governance and new constitutionalism: Economic and Monetary Union and alternatives to disciplinary neoliberalism in Europe», *New Political Economy*, 3 (1), 5-26
- GUILLAUME, G. (2000), «Address by H.E. Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the United Nations General Assembly, 26 October 2000, in <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=%2084&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>
- HABERMAS, J. (2008), «The constitutionalization of international law and the legitimization problems of a constitution for world society», *Constellations*, 15 (4), 444-455

- KLEINLEIN, T. (2012), «Constitutionalization in international law», *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, 231, 703-715
- KOSKENNIEMI, M. y LEINO, P. (2002), «Fragmentation of international law? Postmodern anxieties», *Leiden Journal of International Law*, 15 (3), 553-579
- KOSKENNIEMI, M. (2007 a), «International Law: constitutionalism, managerialism and the ethos of legal education», *European Journal of Legal Studies*, 1, 8-24
- (2007 b), «The fate of public international law: between technique and politics», *Modern Law Review*, 70 (1), 1-30
- MILEWICZ, K. (2009), «Emerging patterns of global constitutionalization: toward a conceptual framework», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16 (2), 413-436
- PUREZA, J. M. (2002), *El patrimonio común de la humanidad. Hacia un derecho internacional de la solidaridad?* Madrid: Trotta
- RATNER, S. (2008), «Regulatory takings in insitutional context: beyond the fear of fragmented international law», *American Journal of International Law*, 102, 475-528
- SCHWÖBEL, C. (2011), *Global constitutionalism in international legal perspective*. Leiden, Martinus Nijhoff
- SIMMA, B. (2009), «Universality of international law from the perspective of a practitioner», *European Journal of International Law*, 20 (2), 265-297
- ZOLO, D. (1997), *Cosmopolis. Prospects for world government*. Londres: Polity Press