

**LOS PARADIGMAS
IDEOLÓGICOS
Y
LA CONCEPCIÓN
DEL DERECHO
INTERNACIONAL**

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

**LOS PARADIGMAS
IDEOLÓGICOS
Y
LA CONCEPCIÓN
DEL DERECHO
INTERNACIONAL**

Córdoba
2020

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial o el director de la obra, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

Drnas de Clément, Zlata

Los paradigmas ideológicos y la concepción del derecho internacional / Zlata
Drnas de Clément - 1ª ed. - Córdoba: Advocatus, 2020.

170 p.; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-551-417-1

1. Derecho Internacional Público. 2. Derecho Internacional. I. Título.

CDD 341

ADVOCATUS

Obispo Trejo 181 – Córdoba
editorial@eadvocatus.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en Argentina

ASPECTOS INTRODUCTORIOS

En esta obra reflexionamos sobre los paradigmas ideológicos en los que se apoyan las distintas concepciones de lo que es o debería ser el Derecho Internacional (DI), en tanto la construcción de las teorías jurídicas¹ ha ido acompañando los sucesos internacionales y sus fuerzas motoras. Tal como lo hacen presente Armin von Bogdandy y Sergio Dellavalle desde el Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law², la enorme variedad de visiones/teorías del Derecho internacional (DI), responde a los dos grandes paradigmas de anclaje histórico: el universalismo a escala global (racionalista; considera que el DI es capaz de sostener un orden justo a nivel planetario) y el particularismo (relativista, considera que el orden global

-
- ¹ Usamos la expresión “teoría” en el sentido asignado por Martii Koskenniemi como percepción del Derecho Internacional (DI) en su conjunto, como un todo, -como un ‘sistema’, como ‘instrumento de política’ (“*It is not obvious here the line between ‘theory’ and ‘doctrine’ lies. In general terms, it may be said that where the former asks questions about international law as a whole -as a ‘system’ or an ‘instrument’ of policy- doctrine deals with particular, substantive aspects of the law.*” Koskenniemi, M. *International Legal Theory and Doctrine*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2012, obtenible en www.mpepil.com). Siguiendo esta referencia, hablamos de “doctrina” para referirnos a posiciones sobre aspectos particulares, sustantivos del derecho. Cuando nos referimos a “escuelas”, señalamos centros de estudios constituidos por una agrupación de pensadores, generalmente reunidos en torno a un maestro, identificados por rasgos comunes en su pensar o manera de pensar, a las que se suele etiquetar en contraposición a otros centros rivales (Escuela de Yale, Escuela de Stanford, Escuela de la Sorbona, etc.).
- ² Von Bogdandy, A. - Dellavalle, S. “Universalism and particularism as paradigms of International law”, *International Law and Justice Working Papers*, WP2008/3, p. 3 y 5 (<http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Bogdandy-et-al-Universalism-and-Particularism-as-Paradigms-of-International-Law-2008-1.pdf>).

es una quimera y que el DI, eventualmente, sólo puede proporcionar contención al desorden)³.

Las concepciones de “ideología” y “paradigma” no son unívocas. La mayoría de los múltiples trabajos doctrinarios que se abocan al tema no siempre distinguen ambas expresiones, las que, si bien son inherentes, ingénitas entre sí, no son equivalentes⁴.

La *ideología*⁵ es concebida como un conjunto de creencias, ideas, significados abstractos, percepciones *a priori*, concepción de valores (bueno/malo) compartidas por un grupo de personas, mientras que el *paradigma* es percibido como un marco de hechos, teorías, modelos conceptuales, estructuras, instituciones, métodos y técnicas, que forman base de las disciplinas científicas y permiten la puesta en acción de las ideologías⁶. Los paradigmas con sus teorías, modelos, esquemas, estrategias de investigación varían con los cambios ideológicos.

³ V.Korkman, P. - Mäkinen, V. (Eds.) *Universalism in International Law and Political Philosophy*, Vol. 4, Collegium, Helsinki Collegium for Advance Studies, 2008; Mansilla, H. C. F. “El debate entre universalismo y particularismo. Un ensayo sobre los complejos vínculos entre historia, identidad y derechos humanos”, *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, Vol. 10-2, 2011, p. 187 y ss.

⁴ Vogel, R. “Paradigm shifts as ideological changes: A Kuhnian view of endogenous institutional disruption”, *Institutions and Ideology Research in the Sociology of Organizations*, Volume 27, 2009, p. 85 y ss., en especial. p. 93.

⁵ Llamada por algunos “visión del Mundo”, “sistema de creencias”, “teoría política”, “lente partidista”, “tradición de pensamiento” e incluso “paradigma”, “teoría”, “convicción política”, etc.

⁶ Vogel en p. 89 de la ob. cit. refiere una frase esclarecedora de Thomas Kuhn: “*The explanation of scientific progress] must (...) be a description of a value system, an ideology, together with an analysis of the institutions through which that system is transmitted and enforced (Kuhn, 1977, Kuhn, T.S. The essential tension, Chicago: The University of Chicago Press, 1977, p. 290).*” Vogel, en p. 90, aclara: “*In the strict, original sense of the term (to which Kuhn later returned), a paradigm is an exemplary solution to problems acknowledged by the scientific community (...). It is an authoritative model based on prior achievements of scientists who are, once the results of their endeavors are recognized as breakthroughs, dignified as outstanding representatives of their specialization. As such, a paradigm is a template that guides the problem-solving behavior of the members of a scientific community in the course of their daily work.*”

Las ideologías internacionales son sistemas de pensamiento inter-subjetivo consistentes en afirmaciones básicas sobre la naturaleza del ámbito internacional. Cumplen una función principalmente de diagnóstico y percepción integral, que induce a las personas a percibir la naturaleza del dominio internacional y a comprender las lógicas que sustentan su funcionamiento⁷. Muchas tradiciones del pensamiento internacional son tan conocidas como sus contrapartes domésticas, incluidos el realismo, el liberalismo, el internacionalismo, el globalismo, el cosmopolitismo, el comunitarismo, el nacionalismo, el idealismo y las variantes relacionadas a estos ideales básicos, entre otros. Cada una de estas tradiciones encarna concepciones divergentes de conceptos centrales asociados con las relaciones internacionales, que incluyen soberanía, poder, comunidad, intereses, instituciones, Estado, rol del individuo o los grupos, rol del derecho, anarquía, etc.⁸.

Michał Stambulski explora dos formas de estudiar la ideología de la ley. La primera, que se puede encontrar en los escritos de Marx, es examinar el contenido de la ley (especialmente, cómo ciertas dispo-

⁷ Slavoj Žižek considera a la ideología como la matriz generadora que regula la relación entre lo visible y lo invisible. Siguiendo a Marx y a Lacan, considera a la ideología como una relativa clausura a nivel representacional dentro de ciertas condiciones históricas que limitan estructuralmente la producción de sentido de las sociedades y sus clases sociales (Mańko. R. – Stambulski, M. “Law and Ideology: Critical explorations”, *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, 2015, p. 5 y ss.). George García y Carlos Aguilar recuerdan que, para Marx, como para Nietzsche y Freud, el tema de la ideología apunta hacia los fundamentos ocultos de los discursos y de la pretendida racionalidad en la que ellos se basan, los cuales no enmascaran una realidad fundante, sino una posición del sujeto enunciante que oculta los condicionamientos materiales de su enunciación. Para Žižek, parafraseando a John H. Elliot, “la función de la ideología es proveer a hombres y mujeres de una secuencia escénica fantaseada de la posibilidad de su propia condición social. En síntesis, la ideología proporciona una visión idealizada de una ‘sociedad’ que realmente no puede existir” (García, G.I. - Aguilar, C.A. “Psicoanálisis y política: la teoría de la ideología de Slavoj Žižek”, *Grupo Pensamiento Crítico* (<http://www.pensamientocritico.info/index.php/articulos-1/otros-autores2/psicoanalisis-y-politica-la-teoria-de-la-ideologia-de-slavoj-zizek>)).

⁸ Martill, B. “International ideologies: Paradigms of ideological analysis and world politics”, *Journal of Political Ideologies*, 22 (3), (2017), p. 236 y ss., en especial 244.

siciones legales sirven a los intereses de grupos sociales específicos). La segunda, iniciada por Althusser y continuada por Žižek, es examinar las formas de la ley. Dado que el cuerpo de la ley, en la práctica, es realizado por sus sujetos, es un campo ideal de investigación y un síntoma de ideología. Considera que el goce que los abogados encuentran en la ley en su relación con las ideologías es un aspecto subestimado de la política contemporánea⁹.

Michael Zürn¹⁰ entiende que el Mundo está dividido ideológicamente entre Oeste y Este incluso en materia de Derechos Humanos: derechos civiles vs. derecho de los trabajadores, libertad vs. igualdad, estado de derecho vs. subordinación al objetivo de implantación planetaria del internacionalismo proletario¹¹.

En lo que hace a los paradigmas, Thomas Kuhn hace presente que le llamó la atención el número y el alcance de los desacuerdos entre los científicos sociales sobre la naturaleza de los problemas y métodos científicos legítimos. Al respecto, señala que, tanto la historia como el conocimiento, le hicieron dudar de que los profesionales de las ciencias naturales posean respuestas más firmes o permanentes a tales cuestiones que sus colegas en ciencias sociales. Sin embargo, observa que la práctica de la astronomía, la física, la química o la biología normalmente

⁹ Mańko, R. - Stambulski, M. "Law and Ideology: Critical explorations", ob. cit., p. 18 y ss.

¹⁰ Zürn, M. "Comment in Jean d'Aspremont: Do Not-State Actors Strengthen or Weaken International Law? The Story of a Liberal Symbiosis", en Krieger, H. - Nolte, G. - Zimmermann, A. (Eds) *The International Rule of Law: Rise Or Decline?*, Oxford University Press, Oxford-RU, 2019, p. 151 y ss.

¹¹ La concepción de que las sociedades tienden a dividirse en opuestos ideológicos ha sido una relevante contribución del antropólogo social británico Rodney Needham, quien observaba que los miembros de los principales partidos políticos en oposición (*vg.*, republicanos y demócratas en los Estados Unidos, postura extensible al plano internacional), en realidad comparten intereses y objetivos comunes pero actúan en concierto manifestando su acérrima oposición para crear división entre la población y al mismo tiempo mantener el control del espectro político. V. Gries, P.H. *The Politics of American Foreign Policy: How Ideology Divides Liberals and Conservatives*, Stanford University Press, Stanford, 2014, *passim*.

no evoca las controversias sobre los fundamentos que hoy a menudo parecen endémicos entre psicólogos, sociólogos y otros especialistas de las ciencias humanas. Intentando descubrir la fuente de eso fue llevado a reconocer el papel de la investigación científica, con sus logros científicos universalmente reconocidos, los que por un tiempo proporcionan modelos y soluciones a una comunidad de profesionales (“paradigmas”)¹².

Fernando Martínez Paz -desde su adhesión a la Escuela de Frankfurt- observa el vínculo entre derecho e ideología y considera al derecho como instrumento de control social. Opone al modelo de derecho normativista (ley y orden, “dispensador de certezas en materia de derechos objetivos y subjetivos”), el modelo jurídico multidimensional del “fenómeno socio-cultural” (desnormatizado, no autoritativo)¹³. Al aproximar una conceptualización de la idea de “modelo” expresa: “se refiere a una construcción teórica, esquemática y selectiva, configurada por una red de enunciados, una trama de interrelaciones y una serie de propiedades que lo constituyen en mediador entre el pensamiento y la realidad. Es también un esquema provisional y sometido a revisión, que refleja e interpreta aspectos de la realidad y ofrece distintas aproximaciones al campo específico de una ciencia o al objeto que se investiga. De lo cual se desprende que organiza los conocimientos y puede proveer hipótesis y estrategias de investigación”, con lo que equipara la idea de “modelo” a la de “paradigma”¹⁴.

Armin von Bogdandy y Sergio Dallavalle entienden por “paradigma” a las precondiciones conceptuales fundamentales sobre las cuales se desarrollan las teorías y, por “teoría”, a la construcción que explica los fenómenos y proporciona orientación al estudio. El paradigma del particularismo entiende que el verdadero orden público no es posible

¹² Kuhn, T. S. “The Structure of Scientific Revolutions”, *International Encyclopedia of Unified Science*, Second Edition, Enlarged, Vol. II, N° 2, p. VIII (<https://www.lri.fr/~mbl/Stanford/CS477/papers/Kuhn-SSR-2ndEd.pdf>).

¹³ Martínez Paz, F. *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Advocatus, Córdoba, 2004, p. 53 (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artel-mundojuridico>).

¹⁴ *Ibidem*, pp. 14-15.

si no hay una unidad social homogénea, en cambio, el paradigma del universalismo considera que es posible un verdadero orden público a escala global (instituciones, procedimientos e instrumentos para el cumplimiento de fines colectivos)¹⁵. Por “verdadero orden público”, los autores entienden una situación en la que las reglas comunes aseguran que la interacción de los humanos sea, en principio, pacífica. Entienden que siempre hay y habrá conflictos, pero los conflictos se canalizan por procedimientos que logran suprimir la violencia unilateral. La absoluta proscripción de conflictos, de hecho, es difícilmente alcanzable e incluso indeseable porque detendría una herramienta importante para adaptar las instituciones y políticas al cambio social¹⁶.

Así como los científicos son los “titulares de los paradigmas”, se discute quiénes son los “titulares de las ideologías”, habiéndose señalado distintos detentadores, entre ellos, Estados, individuos, partidos políticos, clases y movimientos sociales, distintos colectivos más amplios que los Estados nacionales, Organizaciones Internacionales, entidades con capacidad para asegurar gobernabilidad, académicos, etc.

El sistema jurídico de la comunidad internacional¹⁷ pasó de su etapa interestatal “clásica” a otra-denominada “contemporánea”-

¹⁵ Jean d’Aspremont considera que su legitimidad está principalmente sustentada en que es un derecho que sirve al interés de los individuos. Es un DI que confía en poder aislarse del poder, la moral, los antagonismos y la pluralidad de intereses (J. D’Aspremont. “Do Not-State Actors Strengthen or Weaken International Law? The Story of a Liberal Symbiosis”, en Krieger, H. - Nolte, G. - Zimmermann, A. (Eds.), *The International Rule of Law: Rise Or Decline?*, Oxford University Press, Oxford-RU, 2019, p.132 y ss.).

¹⁶ Von Bogdandy, A. - Dellavalle, S. “Universalism and particularism as paradigms of International law”, ob. cit. p. 5.

¹⁷ Carlos Jiménez Piernas -al referirse a la dimensión normativa de la estructura del sistema internacional- expresa: “El sistema internacional puede definirse como un conjunto de relaciones entre un determinado número de actores, sobre todo los Estados, las Organizaciones internacionales y las fuerzas transnacionales, que se desarrolla en un determinado entorno material (que es planetario en este momento histórico) y se somete a un determinado modo de regulación”; “el Derecho internacional (DI) es hoy un sistema jurídico de principios y reglas, que surten efectos en relación con otros principios y reglas y deben interpretarse en

tras la Segunda Guerra Mundial con la creación y funcionamiento de la Organización de Naciones Unidas/ONU¹⁸; y, si bien el sistema onusiano continúa en vigencia, tanto la comunidad internacional como su sistema jurídico han ido evolucionado. El sistema jurídico de la sociedad contemporánea está íntimamente asociado al sistema social internacional visto como realidad material (relaciones internacionales), como comportamiento social (sociología jurídica), como expresión de cultura (antropología jurídica), como respuesta a relaciones de poder (ciencia política)¹⁹.

su conjunto”. Como sistema, “el DI no es una simple recopilación de normas, sino que existen relaciones entre ellas; de tal modo que conviven en su seno normas de rango superior e inferior o generales y específicas, dentro de un conjunto unitario y suficientemente coherente” (Jiménez Piernas, C. “El Derecho Internacional contemporáneo: una aproximación consensualista”, en *Cursos de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano XXXVIII* (2010), Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Washington 2011, pp. 5 - 12 (http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXVII_curso_derecho_internacional_2010_Carlos_Jimenez_Piernas.pdf).

¹⁸ Rosalyn Higgins ha destacado en su colaboración en la obra colectiva *Hugo Grotius and International Relations* -a pesar de constituir ese libro una obra colectiva crítica de los aportes de Grocio- que el espíritu de Grocio fue incorporado a las Naciones Unidas y sus desarrollos en una serie de principios: a más de los generales, los relativos a la soberanía e igualdad de los Estados, a la esclavitud, al derecho del mar, al derecho de presas, a los límites al uso de la fuerza, a la protección de los inocentes no combatientes, a los derechos humanos, al *jus in bello* y al *jus ad bellum*, al reconocimiento de la existencia de principios comunes de todos los Estados propios del Derecho de Gentes, al establecimiento de reglas y sistemas de solución de controversias, etc. Es decir, construyó la gran estructura normativa internacional aún vigente (Higgins, R. “Grotius and the Development of International Law in the United Nations Period”, publicado en Bull. H.- Kingsbury, B. - Roberts, A. (Eds.), *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford University Press, 1992 (<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0198277717.001.0001/acprof-9780198277712-chapter-10>).

¹⁹ Drnas de Clément, Z. ““El sistema internacional contemporáneo: su dimensión normativa”, en Jiménez Piernas, C. -Beneyto, J.M. (Dirs.), *El Sistema Internacional Contemporáneo. Concepto y Fuentes del Derecho Internacional*, Vol. I, Instituto de Estudios Europeos, Centro de Excelencia *Jean Monnet* de la Comisión Europea (en prensa). Este trabajo, en buena medida, retoma y completa esa obra en prensa.

La sola noción de “sistema jurídico” implica orden, unidad, coherencia²⁰. La dimensión normativa ha ido variando en su conceptualización, su percepción ontológica, su sostén epistemológico, sus modelos metodológicos de investigación y docencia, sus caracteres, la forma de producción de las normas, su aplicación, la función de las normas y los procesos, el lenguaje, etc. según se han ido operando cambios en la sociedad internacional y su sistema.

El orden jurídico de la sociedad internacional se constituye a través de un conjunto de reglas explícitas o implícitas que guían el comportamiento de los actores, sus relaciones, la distribución de poderes entre ellos. Phillippe Allott recuerda que el derecho es el mínimo necesario para habilitar en el plano internacional a la Sociedad-Estado para actuar como sistema cerrado interno y obrar como titular territorial frente a otros²¹.

Como señalan von Bogdandy y Dellavalle²², el “sistema jurídico” ha cambiado en el último siglo. En su inicio, el sistema tendía a ser cripto-idealista entendido como inherente al derecho, mientras que hoy en día los sistemas son vistos más a menudo como un instrumento conceptual para la gestión del orden jurídico. De manera similar, la comprensión de lo que un sistema puede lograr en el derecho ha cambiado. Los académicos suelen ser más escépticos hoy que hace cien años. Sin embargo, esto no disminuye la orientación hacia la erudición como tal (al menos en el continente europeo). Sin embargo, la autonomía de tales construcciones doctrinales no es total. Los conceptos fundamentales,

²⁰ Manuel Pérez González señala que entre los rasgos característicos del orden jurídico internacional se halla el carácter sistemático, su calidad de “sistema normativo”, lo que implica la existencia de un conjunto de principios y normas ordenados con arreglo a unas pautas que confieren a dicho conjunto coherencia interna, solidez y un determinado nivel de eficacia (Pérez González, M. “A vueltas con las lagunas: Contribución al debate sobre la plenitud del orden jurídico internacional”, en Drnas - Lerner (Eds.), *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Marcos Lerner, Córdoba, 2002, p.3.

²¹ Allott, P. *Eunomia. New Order for a New World*, Oxford University Press, Oxford-UK, 1990, p. 324.

²² Von Bogdandy, A. - Dellavalle, S. “Universalism and particularism as paradigms of International law”, ob. cit. p. 11.

las diferentes construcciones se pueden comprender mejor si se ajustan a los principales paradigmas. Una construcción doctrinal centrada en la “soberanía” o la “no intervención” difiere de la centrada en los “derechos humanos universales” o en el “orden constitucional internacional emergente consagrado en la Carta de las Naciones Unidas”.

Heike Krieger y Georg Nolte²³ se preguntan si aún continua la juridización de las relaciones internacionales en base a un entendimiento universal de valores, si hay una informalización, una reformulación del DI, o si nos hallamos frente a una crisis del DI. Entienden que el DI ha evolucionado desde la Paz de Westfalia como un sistema interestatal eurocéntrico. Ha evolucionado con nuevas normas, principios e instituciones en el siglo XX con la Sociedad de Naciones y la ONU. Alcanzó nuevos entendimientos tras la Guerra Fría a pesar de las grandes diferencias ideológicas, etapa tras la cual el DI trascendió su sello europeo, especialmente como fruto de la descolonización. Los treinta años transcurridos tras la Guerra Fría han evidenciado grandes cambios en la clásica interpretación de la Carta de las Naciones Unidas: *i.a.* una práctica expansiva del Consejo de Seguridad, la adopción de ciertos tratados claves sobre Cambio Climático, Organización Mundial del Comercio, protección de derechos individuales, incremento de tribunales en materia de DD.HH., Corte Penal Internacional, nuevos órganos de adjudicación internacional, incorporación de nuevos actores junto a los Estados y OI.

Sin embargo, los objetivos de paz y la estructura de la Organización de las Naciones Unidas aún en plena vigencia y expansión responden a la idea de *Constitucionalismo Internacional*, planetario, basado en el racionalismo y la convicción de poder alcanzar la convivencia internacional a través de principios universales y necesarios. En el plano normativo internacional, el paradigma se centra en la proscripción de la amenaza o uso de la fuerza. Esta percepción del orden jurídico internacional es denostada frecuentemente por la debilidad y falta de efec-

²³ Krieger, H. - Nolte, G. “The International Rule of Law -Rise or Decline? Approaching Current Foundational Challenges”, en Krieger, H. - Nolte, G. - Zimmermann, A. (Eds.), *The International Rule of Law: Rise Or Decline?*, Oxford University Press, Oxford-RU, 2019, p. 3 y ss.

tividad plena del modelo para alcanzar sus propósitos de paz y justicia a nivel planetario²⁴. El Constitucionalismo Internacional se manifiesta *i.a.* en la recepción de los convenios y tratados internacionales en las constituciones nacionales, en la internacionalización de la protección de los derechos humanos. La era global post fin de la Guerra Fría (globalización, mundialización, planetarización) surgida a la luz de las interacciones y flujos transnacionales multiactorales de tipo comercial, económico, financiero, tecnológico, científico, comunicacional, entre otros, se maneja fuera del sistema jurídico internacional formal, careciendo de un sistema orgánico de funcionamiento, debilitando la soberanía de los Estados y escapando a los controles internacionales²⁵. La multitud de áreas que toca y la densidad con que lo hace lleva a que se hable de una nueva sociedad postestatal (postnacional) de ciudadanía

²⁴ V. Dunoff, J.L. - Trachtmann, J.P. “A Functional Approach to International Constitutionalization”, en Dunoff-Trachtmann (Eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 3-36.

²⁵ Se suele señalar que la globalización ha incorporado nuevos actores, nuevos participantes a escala internacional (Organizaciones intergubernamentales, Organizaciones no gubernamentales (ONG), corporaciones multinacionales, etc.); ha llevado a la flexibilización de los procesos de conclusión de tratados; ha contribuido al incremento de los tratados adoptados de forma simplificada y/o completados con normas *soft* en COPs y MOPs; ha flexibilizado la idea de subjetividad internacional; ha dado preeminencia a la cooperación por sobre la coexistencia; ha expandido las áreas especializadas de regulación; ha acrecentado las controversias y los tribunales jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales; ha dado valor reforzado a la jurisprudencia, más allá del rol tradicional de fuente secundaria del derecho; etc. Matthias Goldmann, hace presente que incluso instrumentos blandos (*soft*), los que no contienen elementos deónticos, los que son de mera consulta, los que contienen indicadores o bases de datos, etc. tienen un alto impacto legal o político en el área afectada y tienen su forma de contribuir de manera efectiva al ejercicio de la autoridad pública en el área (Goldmann, M. “InsideRelativeNormativity: FromSourcesto Standard Instruments fortheExerciseof International PublicAuthority”, *9 German L.J.* (2008), p. 1865 y ss.). V. asimismo, Brölmann, C. - Radi, Y. “Introduction: International Law Making in a Global World”, en Brölmann, C. - Radi, Y. (Eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law - Making*, Elgar, 2016, p. 1 y ss. (<https://www.elgaronline.com/view/9781781953211.00007.xml>) (consulta de agosto de 2018).

multicultural o transnacional en la que la gobernanza, la solidaridad, la responsabilidad social autogestionada van reemplazando a la coerción estatal. Al influjo de esas tendencias y la necesidad de responder a esas nuevas situaciones, el *Constitucionalismo Global* amplía el espectro normativo internacional sacándolo de la interestatalidad y, en mutua nutrición con el *Derecho Administrativo Global*, reconoce la existencia de un orden flexible basado en pequeñas instituciones, redes transnacionales, procedimientos administrativos locales, oscilando entre lo público y lo privado. Las transacciones transnacionales en el ámbito de acuerdos -por ejemplo, el Tratado General de Comercio y Aranceles (GATT), la Unión Europea (EU) y otros ámbitos de acción- serían muestras de un aumento de la cooperación, en un acoplamiento flexible y efectivo ajustado a la “racionalidad” administrativa. Las bases jurídicas de sus interacciones son: transparencia, consulta, participación, racionalidad, revisabilidad permanente. El *Pluralismo global*, en sus variadas escalas, va mucho más allá y, en su manifestación más extrema, se constituye en la antítesis del “derecho” en su dimensión puramente jurídica, en tanto se basa en el pluralismo interpretativo, en el no reconocimiento de jerarquías normativas, e incluso, en la negación misma del DI y del Derecho mismo, en tanto el Derecho es concebido como un fenómeno social multidimensional, una red de permanente diálogo y acomodamiento, que reemplaza la determinación autoritativa y las enunciaciones normativas de valor general; no hay meta-racionalidad en los intercambios, ni hay objetivos superiores. La presunta anarquía que se genera, -según sus sostenedores- es solo aparente, no estructural, ya que permite que actores marginados emerjan frente al poder clasista del constitucionalismo, cambiando a la sociedad y realizando con ello la justicia social. Este orden pluralista global cosmopolita surge al impulso de una sociedad transnacional comunicada por redes sociales, inmersa en una tecnología de cambios vertiginosos, deslocalizada, reclamante, impulsada por comunicaciones de masa de fuentes dirigistas o espontáneas incontroladas. Los nuevos problemas que plantea y para los que el derecho establecido aún no tiene respuesta, llevan a un incremento de la judicialización de los conflictos sociales y a un rol “activista” de los jueces en calidad de “guardianes de promesas sociales”. En el marco del *Progresismo y Pluralismo radical*, incluso el

objetivo de la paz es diluido. Así, Chantal Mouffe (quien fuera esposa de Ernesto Laclau) entiende que al modelo de inspiración kantiana de la democracia moderna hay que oponer otro, que no tiende a la armonía y a la reconciliación, sino que reconoce el papel constitutivo de la división y del conflicto²⁶. Ello, por entender que “todo consenso está basado en actos de exclusión”. La paz internacional deja de ser un objetivo de la sociedad internacional y del DI. En esa visión, la democracia de adjudicación (“representación asumida”) debe reemplazar a la democracia electoral y representativa tradicional, adoptando el marco de la democracia siglo XXI: representación de la sociedad civil como actor colectivo -no individual- agrupada según necesidades insatisfechas²⁷.

Tras esta aproximación superficial al tema, y recordando que la normatividad del sistema onusiano basada en la tríada del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) (tratados, costumbre y principios generales) ha pasado a ser considerada por varias corrientes doctrinarias -particularmente las sociológicas- “en gran parte obsoleta”, el desarrollo de este trabajo se centrará en la percepción del DI por las distintas teorías, lo que nos llevará a consideraciones sobre la ontología del DI como sistema normativo²⁸, con breves consideraciones a la epistemología y metodología

²⁶ Mouffe, Ch. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 19.

²⁷ En la democracia de representación por adjudicación se produce una sobreexposición de los coordinadores de las asociaciones civiles que “trabajan” con fines políticos para la satisfacción de carencias en las sociedades necesitadas en detrimento del rol de los “asociados” (generalmente, grupo sin membresías, masas anónimas domesticadas y sumisas). V. nuestro trabajo “Nuevas formas de representación democrática, ¿Igualdad Política?”, Trabajo presentado en *VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica*, Sección Tercera: “Nuevas formas de representatividad democrática”, Santiago de Chile, 22 a 24 de noviembre de 2012 (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/nuevas-formas-de-representatividad-democratica.-igualdad-politica> y en <http://www.institutodechile.cl/congreso/ponencias/PONENCIADRNAS.pdf>) (Consulta de 2 de diciembre de 2018).

²⁸ Ciertas escuelas (muchas desde la percepción multidimensional) hacen referencia a una era postontológica, lo que consideramos un error, tal como lo fundaremos más adelante. V. Nota 117.

de las principales escuelas, entre ellas, el *Constitucionalismo Internacional y Global*, el *Derecho Administrativo Global*, el *Pluralismo Global*, el *Pluralismo Interpretativo*, el *Progresismo Transnacional*, el *Pluralismo Radical*, lo que nos llevará a no dejar de lado reflexiones sobre las escuelas racionalistas y agnósticas; sobre las corrientes de la dogmática jurídica (iusnaturalismo, positivismo, formalismo, institucionalismo, entre otras) y las de las doctrinas de la sociología jurídica (escuelas relativista²⁹, reflexivista³⁰, constructivista³¹,

²⁹ El relativismo entiende que no existe un conocimiento único o verdad única, el carácter social del derecho explica la movilidad de las instituciones jurídicas. Existen tantas verdades como sujetos (Curran, P.D. “Universalism, Relativism, and Private Enforcement of Customary International Law”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5-1, p.315 y ss.; Donoho, D.L. “Relativism versus Universalism in Human Rights: The Search for Meaningful Standards”, *27 Stan J Intl L*, 1991, p.345 y ss.). V. *infra* Nota 272.

³⁰ Según Benjamin Martill, las obras de los reflexivistas tienen tres características distintivas. La primera es su suscripción a una ontología antifundacional. Esto implica un rechazo de la “certeza” tanto en la teoría positiva (lo que es) como en la normativa (lo que debe ser); dado que no existe un medio neutral de análisis social y político. En segundo lugar, y como consecuencia de su ontología antifundacional, los estudiosos reflexivistas evitan el esfuerzo positivista de “construir teorías”, optando por deconstruir y desestabilizar supuestos teóricos preexistentes. Su intención no es reconstruir el análisis científico social, sino deconstruir las afirmaciones y supuestos científicos sociales al resaltar su naturaleza ideológica y contingente. Tercero, la investigación reflexiva emplea métodos interpretativos para interrogar la relación entre ideología y política mundial. Las narrativas ofrecidas por los estudiosos reflexivistas apuntan a producir una “descripción gruesa” (en términos de Clifford Geertz) de un período limitado sobre relatos más “delgados” de un período histórico más largo. No justifican la representatividad u otros criterios de “selección de casos”. El punto de partida para la mayoría de los análisis reflexivistas ha sido desafiar el supuesto objetivismo de la teoría dominante y gran parte de la ciencia social positivista (Martill, B. “International ideologies: Paradigm of ideological analysis and world politics”, *Journal of Political Ideologies*, 22 (3), 2017, p. 257 y ss.; Geertz, C. “Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture”, en Martin, M. - McIntyre, L.C. (Eds.), *Readings in the Philosophy of Social Science*, MIT Press, London, 1994, p. 213 y ss.).

³¹ Filipe dos Reis y Oliver Kessler distinguen las corrientes “moderadas” de las “radicales” del constructivismo, entendiendo que difieren en su comprensión política del DI y, por lo tanto, en la forma en que se conectan con la teoría jurí-

dica internacional. La versión moderada -a la que adhieren- está impulsada por una comprensión funcionalista del DI, con lo que se asegura el progreso normativo, visibilizando la fuerza de la ley a través del cumplimiento de ella por parte de los Estados y a través de las razones políticas para cumplirla o no cumplirla. La cognición en el constructivismo social -más allá de las discusiones teóricas internas- está marcada por el subjetivismo, el cambio y la continuidad. El constructivismo se ubica entre el realismo (centrado en los hechos, la experiencia y las actuaciones de los operadores jurídicos). En el constructivismo radical la realidad no existe, sólo existe la construcción narrativa subjetiva. (Dos Reis, F. - Kessler, O. "Constructivism and the Politics of International Law", en Orford, A. - Hoffmann, F. (Eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 2016 online book (www.academia.edu/9835070) (Consulta de 20 de noviembre de 2018). Diggelmann y Altwicker entienden que el constructivismo, en esencia, afirma que el conocimiento y las ideas intersubjetivas tienen "efectos constitutivos sobre la realidad social y su evolución" (lazo reflexivo). V. Diggelmann, O. - Altwicker, T. "Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism", *68 ZaöRV* (2008) 643. En el aspecto metodológico, se han centrado en el poder constitutivo del lenguaje, en la práctica, en el pensamiento en términos de mecanismos causales y sociales, en el rastreo de procesos, en la etnografía. El proceso siempre ha sido central para el constructivismo, resaltando la interacción entre agentes y estructura, en una visión procesal del mundo social (Checkel, J. T. "Mechanisms, Process, and the Study of International Institutions", en Bennett, A. - Checkel, J.T. (Eds.), *Process Tracing: From Metaphor to Analytic Tool*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, Cap. 3 (<https://bibliothek.wzb.eu/pdf/2014/iv14-104.pdf>). V. asimismo, Adler, E. "Seizing the Middle Ground: Constructivism in World Politics", *3 Eur. J. Int'l Rel.* (1997), pp. 324-325; Guzzini, S. "A Reconstruction of Constructivism in International Relations", *6 Eur. J. Int'l Rel.* (2000), p. 147 y ss.; Ruggie, J.G. "What Makes the World Hang Together? Neo-Utilitarianism and the Social Constructivist Challenge", *52 International Organization* (1998), p. 855 y ss.; Slaughter, A.-M. "International Law and International Relations", *RdeC285* (2000), pp. 9, 250).

crítica³², entre otras) y a sus métodos^{33,34}.

³² Los relatos críticos, ontológicamente marxistas y de perspectiva posmoderna, consideran a las ideologías como fenómenos temporalmente contingentes que surgen de ciertas circunstancias y eventos históricos circunstanciales. Por ello se suele afirmar que las ideologías pueden ser consideradas como “guías de acción útiles bajo condiciones históricas específicas” (Cox, R.W. ‘Ideologies and the new international economic order: Reflections on some recent literature’, *International Organization*, 33-2, 1979, p. 300). Los académicos críticos consideran a las ideologías internacionales y sus teorías como representaciones reduccionistas e inexactas de una realidad subyacente. Distorsionan la realidad porque sirven a intereses claramente discernibles. El ejemplo más famoso de esta forma de teorización se encuentra en un innovador artículo de Robert Cox en el que argumentó que “toda teoría es para un solo propósito” (Cox, R. W. “Social Forces, States, and World Orders: Beyond International Relations Theory”, *Millennium: Journal of International Studies*, 10-2, (1981), p. 126 y ss. Cfr. Martill, B. “International ideologies: Paradigms of ideological analysis and world politics”, *Journal of Political Ideologies*, 22 (3), 2017, p. 256.

³³ Carlos Jiménez Piernas observa que los medios de adquisición del conocimiento científico en materia de DI giran en torno al método empírico-inductivo y al método lógico-deductivo. El primero “establece que toda aproximación científica se basa en la libre observación de la realidad internacional, al margen de cualquier concepción doctrinal o ideológica previstas (...); está sin duda relacionado a una fundamentación sociológica del Derecho, a su percepción como hecho social (...) (que) favorece la determinación e identificación de las normas mediante la observación de su efectiva vigencia en la sociedad internacional, de su reconocimiento como tal por la práctica de los sujetos del ordenamiento. Pero este método no niega la utilidad de otras vías, en especial del método lógico-deductivo con el que puede combinarse, y que es el segundo elemento epistemológico clave para el análisis del ordenamiento internacional y la explicación de sus caracteres” (Jiménez Piernas, C, “El concepto de Derecho Internacional Público”, en *Instituciones de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 91 y 92. V. asimismo, Jiménez Piernas, C, “El método del Derecho internacional público. Una aproximación sistémica y transdisciplinar”, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, 1995, p. 15 (<https://core.ac.uk/download/pdf/29404269.pdf>). El método deductivo propio de la escuela positivista, se interesa en la fiel configuración de un ordenamiento cuya validez deriva de un razonamiento esencialmente derivativo, el que se remonta -por ejemplo, en el caso del positivismo crítico de Hans Kelsen- a la norma fundamental, también útil al iusnaturalismo en virtud de las exigencias de un orden objetivo superior de origen divino o racional.

³⁴ Hay una íntima correlación entre el método y la concepción que se tenga del derecho, tal como lo observaremos más adelante. No puede utilizarse el mismo

Atento a la amplia gama de percepciones de lo que es o de lo que debería ser el “Derecho” internacional, en este trabajo tratamos de presentar las distintas teorías contemporáneas, yendo progresivamente desde el normativismo del Constitucionalismo Internacional a las teorías de mayor apertura a la Política y a la Sociología, para llegar a las que sostienen la dilución o negación misma del Derecho. Hacemos presente que existen numerosos elementos teóricos que se solapan entre las distintas teorías, sub-teorías, escuelas y concepciones doctrinarias, impidiendo un encapsulamiento total y autónomo de cada una de ellas, por lo que debemos advertir que los divisionamientos que presentamos son relativos.

método si se concibe al Derecho como un orden normativo (método analítico de la dogmática jurídica o el egológico, trialista, basado en hechos, normas y valores), que si se lo considera un “fenómeno” jurídico o un fenómeno multidimensional de límites difusos inmerso en un complejo multidisciplinario en lo que el derecho carece de autonomía. En esta segunda vertiente, se recurre a métodos cualitativo y cuantitativo con uso de explicación multidisciplinaria, interdisciplinaria y/o integradora, estudios de campo, observación empírica, muestreo, mediciones, estadísticas, tabulaciones cruzadas, análisis factorial, etc.

PARADIGMAS NORMATIVOS

Constitucionalismo

Tanto el Constitucionalismo Internacional como el Global están emparentados en sus objetivos normativos, pero presentan diferencias en los aspectos ontológico, epistemológico y metodológico³⁵. Cabe observar que la doctrina frecuentemente los trata en forma conjunta, identificándolos, e incluso -en algunos casos- equiparándolos con el “Constitucionalismo Transnacional”³⁶.

Kleinlein³⁷ entiende que la “constitucionalización” del DI y las instituciones internacionales se debe a la tradición idealista de los doctri-

³⁵ En esta parte, en buena medida, nos valemos de nuestro trabajo presentado y aceptado para su publicación: “El sistema internacional contemporáneo: su dimensión normativa”, en Jiménez Piernas, C. - Beneyto, J.M. (Dirs.), *El Sistema Internacional Contemporáneo. Concepto y Fuentes del Derecho Internacional*, Vol. I, Instituto de Estudios Europeos, Centro de Excelencia Jean Monnet de la Comisión Europea (en prensa).

³⁶ V. Rosenfeld, M. “Is Global Constitutionalism Meaningful or Desirable?”, *The European Journal of International Law (EJIL)*, Vol. 25-1 (2014), pp. 177–199, en especial, p. 178. V. asimismo, Schwöbel, Ch.E.J. “Introduction”, en Schwöbel, Ch.E.J. *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Martinus Nijhoff, Leiden - Boston 2011, p. 2 y ss. (file:///G:/Christine_E._J._Schwobel_Global_Constitutionalis.pdf).

³⁷ Kleinlein, Th. “On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State”, *EJIL*, Vol. 21-4 (2010), pp. 1075-1084; Kleinlein, Th. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 231, Springer, Berlin, 2012; Kadelbach, S. - Kleinlein, Th. - Roth-Isigkeit, D. (Eds.), *System, Order, and International Law. The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, Oxford Univer-

narios (y políticos) y destaca múltiples vertientes contemporáneas en la percepción del Constitucionalismo.

Armin von Bogdandy³⁸ considera que, con el establecimiento de las dos superpotencias después de la Segunda Guerra Mundial, el poder internacional de los Estados europeos se desvaneció. Como respuesta a ello se dan tres visiones europeas del orden mundial y el papel del DI: *las naciones europeas deben seguir a la superpotencia más estrechamente alineada con sus propios intereses y convicciones (visión realista, especialmente en materia de paz y seguridad internacionales);*la construcción de una Europa unificada equivalente a otras potencias globales (visión mundial multipolar); *la búsqueda de una comunidad legal global que enmarque y dirija el poder político a la luz de los valores comunes y el bien común (constitucionalismo internacional).

Constitucionalismo internacional

El Constitucionalismo internacional contemporáneo³⁹-con sustento próximo en Verdross⁴⁰- emparentado desde otra percepción al “Fede-

sity Press, New York, 2017 (<https://global.oup.com/academic/product/system-order-and-international-law-9780198768586?cc=de&lang=en&#>). El primer tipo de narración (constitucionalista) cuenta una historia de progreso, mientras que el segundo (criticista, deconstructivista) toma una perspectiva crítica entendiendo al DI como instrumento de dominación y como producto del eurocentrismo. Los enfoques críticos apuntan a desmitificar la normatividad al revelar las circunstancias de su génesis, si bien, por nuestra parte debemos observar que retoman milenarias premisas sofistas, revividas periódicamente por el progresismo, marxismo, neomarxismo. V. *infra* Nota 272.

³⁸ Von Bogdandy, A. “Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany”, *Harvard International Law Journal*, Volume 47-1 Winter 2006, p. 223 y ss.

³⁹ De Wet, E. “The Constitutional international order”, *Int’L & Comp. L. Q.*, Vol. 55 (2006), p. 51.

⁴⁰ Alfred Verdross definió en la década de los años 40 al DIP como “un orden de paz de la comunidad internacional”, “derecho positivo con un subsuelo sociológico; un

ralismo” de Lauterpacht⁴¹, confía en un orden universal de la sociedad internacional centrado en los objetivos de paz y justicia. El orden (estado de derecho) y la estabilidad, son los elementos de legitimación del sistema jurídico internacional con percepción constitucional. El DI busca establecer una matriz legal para la convivencia entre los Estados y para garantizar el orden y la justicia⁴². En esa sociedad los individuos se hallan mediatizados⁴³ a través del Estado y los Estados -en ciertas áreas- a través de Organizaciones Internacionales con personalidad jurídica internacional⁴⁴. La noción de “Derecho Constitucional Internacional” se refiere a las normas de DI público con carácter

fundamento normativo anclado en la naturaleza social y teleológica del hombre” (Verdross, A. *Derecho Internacional Público*, Trad. A. Truyol y Serra, Madrid, 1984, Cap. I). Por su parte Manuel Díez de Velasco Vallejo ha definido al DIP a inicios del siglo XXI como sistema de normas y principios (conjunto-proceso) que forma el ordenamiento jurídico (distinto de la moral y la cortesía) de la sociedad internacional contemporánea (historicidad) (Díez de Velasco Vallejo, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2009, Cap. I, p. 75).

⁴¹ Koskenniemi, M. “El Destino del Derecho Internacional Público: Entre la Técnica y la Política”, *Revista de Derecho Público*, N° 24 (marzo de 2010), Universidad de los Andes (Traducción de la obra “The Fate of International Public Law: Between Technique and Politics”, *The Modern Law Review*, vol. 70, 2007, pp. 1-30). El autor expresa que la edición de Lauterpacht de 1992 y su visión federativa cosmopolita queda reducida a la nostalgia de la dominación europea y su misión sagrada de civilización. Koskenniemi opina que la reforma de la Carta de Naciones Unidas a estas alturas está desprovista de significado político, ya que el mundo ha girado hacia un modelo no dispositivo en el que predominan regulaciones no vinculantes, particularistas, relativistas, a consensuar cooperativamente, carentes de absolutismos, percepciones que observamos se han ido instalando poco a poco en los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional y en los fallos de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales.

⁴² Weiler. J. H.H. “The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy”, *Zaö RV 64* (2004), p. 547 y ss.

⁴³ Aun cuando el individuo tenga *locus standi in iudicio* o deba cargar con responsabilidad internacional, la permisión de tales roles -por ahora- ha sido diseñada por los Estados o por Organizaciones Internacionales formadas por Estados.

⁴⁴ V. nuestro trabajo “Algunas consideraciones en torno al concepto ‘Organización Internacional’ (OI) en el Proyecto de la CDI sobre responsabilidad por hecho ilícito de las OI”, en *Cuaderno de Derecho Internacional III Responsabilidad Interna-*

o función constitucional, rol que emergió ya en los tratados de la Paz de Westfalia⁴⁵. El sistema de la ONU es considerado por numerosos doctrinarios representativo de ese orden mundial.

El fin de la Guerra Fría (Caída del Muro de Berlín para muchos) ha dado inicio a la Globalización en el contexto contemporáneo. La propuesta de Nuevo Orden Internacional (sostenida enfáticamente por Bush, Mitterrand y Gorbachov⁴⁶), era de base constitucionalista internacional, ya que preveía un incremento de poder de las Naciones Unidas para que pudieran actuar como institución política, con capacidad propia de coacción y represión, sobre la base de un mandato colectivo, con normas establecidas por consenso, ejército propio, etc. Respondía a la idea de las Naciones Unidas como gobierno mundial, sistema capaz de estructurar un modelo constitucional eficiente que asegurara la paz, la seguridad y la justicia internacionales, proyecto de orden mundial que no alcanzó a desarrollarse⁴⁷.

cional, 2008, pp. 21-44 (<http://www.acaderc.org.ar/ediciones/cuaderno-de-derecho-internacional-iii>).

⁴⁵ Kleinlein, Th. - Peters, A. *International Constitutional Law*, book on line (actualizado a 2018).

⁴⁶ V. Declaración de 1990 de G. Bush padre; Declaración de París de 1991 de F. Mitterrand; mensaje de M. Gorbachov de 1993: "No intentes hacerlo solo Bill" (con referencia a Bill Clinton al asumir como presidente de los EE.UU.).

⁴⁷ Si bien, la ONU no ha sido concebida como organización supranacional de carácter global, ni como un intento de gobierno mundial, a través de sus 73 años de vida, ha actuado, en varias oportunidades, en tal carácter. Tales circunstancias han dependido de la voluntad política de los Estados miembros más que de la estructura de la organización como tal, ya que la politización y el complejo entramado de órganos, subórganos y organismos especializados ha tornado al sistema difícilmente operable, lento, ineficiente. Su debilidad de hoy es fruto de los problemas institucionales de operatividad con los que ha nacido y que no ha podido subsanar a través de las décadas. Ello hace que, la ONU, formalmente, represente el orden institucionalizado de la comunidad internacional, pero, en los hechos es el ámbito en el que se reflejan las confrontaciones de los Estados en una tensión que no siempre encuentra canales adecuados de armonización de intereses. Hasta ahora, más allá de su personalidad jurídica en la realidad no ha llegado a constituir una persona propia, ya que los únicos órganos supranacionales (Consejo

Jean-Philippe Thérien⁴⁸, parte de la observación de que la ONU es un actor intelectual clave de la política mundial, y sostiene que el fin de la Guerra Fría marcó un punto de inflexión en la evolución del pensamiento de la ONU. Analiza a la luz de las nociones de gobernanza global, ideología y política pública global tres temas que han dominado la agenda de la ONU durante el período posterior a la Guerra Fría: seguridad, desarrollo y derechos humanos, señalando que esa agenda se ha ampliado recientemente para incluir a la democracia global⁴⁹. Thérien busca demostrar que, a pesar de que la ONU está perpetuamente limitada por los Estados, especialmente los más poderosos, ejerce de modo distintivo el liderazgo político en los asuntos globales, siendo representativa del sistema internacional y global.

La visión ontológica del Constitucionalismo Internacional se percibe unidimensional (visión normativa), si bien hunde sus raíces y su diseño de futuro en la realidad existente (visión social) y en la deseada (visión ética, axiológica, teleológica y deontológica).

Cuando desde el derecho se habla de “orden” -tal como referimos precedentemente- se señala un conjunto de reglas que rige el comportamiento de los sujetos internacionales. Las leyes son concebidas como ordenadoras de la convivencia social. Esa percepción del Derecho Internacional Público (DIP) se basa en la concepción de un orden internacional estado-céntrico, jurídico-normativo, que se inició en los acuerdos de la Paz de Westfalia y tuvo sucesivas reformulaciones con la Santa Alianza-Concierto Europeo, con el sistema de la Liga de

de Seguridad y CIJ) siguen sometidos en la práctica a la voluntad estatal y sus gobiernos de turno.

⁴⁸ Thérien, J.-P. “The United Nations ideology: From ideas to global politics”, *Journal of Political Ideologies*, 20-3 (2015), p. 225.

⁴⁹ Joseph Weiler considera que la democracia se ha vuelto uno de los componentes normativos indispensables para la legitimidad de un orden legal. Ello no debe confundirse con la voluntad popular fuera de los procedimientos legalmente establecidos. Así expresa: “An attempt to vindicate even verifiable expressions of popular will outside (...) procedures” is regarded by us as the rule of the mob, rather than democracy” (Weiler, J. H.H. “The Geology of International Law - Governance, Democracy and Legitimacy”, ob. cit. p. 550 y ss.

Naciones y el de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Está basado en un sistema de normas (art. 38 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia/CIJ), instituciones (órganos y organismos de la ONU) y tribunales (CIJ y tribunales especializados), sus sujetos son los Estados y las Organizaciones Internacionales Intergubernamentales/OIG (por delegación de competencias soberanas por parte de los Estados). Incluso en el caso del juzgamiento de individuos por crímenes, parte de esta corriente doctrinaria entiende que, al sustraerse a la jurisdicción de un Estado a algunos de sus nacionales para ser juzgados en tribunales penales internacionales o en tribunales nacionales en ejercicio de la jurisdicción universal (en base a una norma internacional), se está sancionando al Estado en uno de sus nacionales, como manifestación particular de la responsabilidad agravada del Estado por haber cometido, avalado, no investigado, no sancionado el crimen. Apoyan tal visualización los arts. 25.4 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y los arts. 26, 40-41, 59 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 53º Período de Sesiones (2001), como también los arts. V, VI, VIII y IX de la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio, entre otros instrumentos internacionales⁵⁰.

El Constitucionalismo internacional parte del supuesto de que los intereses de la comunidad internacional deben prevalecer sobre los derechos y obligaciones recíprocas de los Estados (art. 103 de la Carta de ONU/CONU). Con este fin, y en contraposición al derecho de carácter privado o contractual que regula las relaciones bilaterales estatales, esta doctrina propone un derecho de naturaleza pública o constitucional que dé forma a dicho interés general comunitario⁵¹.

⁵⁰ V. nuestro trabajo "Principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incoherencias sistémicas, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*", Vol. XI, años 2001-2002, pp. 51-90.

⁵¹ Parte de la doctrina ha señalado las diferencias de percepción del Constitucionalismo Internacional en Europa (en particular, Alemania) y en EE.UU. Mientras en Europa se consideró al Constitucionalismo Internacional como un triunfo

Además, tiene especial connotación constitucionalista el rol asignado al art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Estatuto que es parte de la CONU, siendo *ipso facto* todos los Miembros de Naciones Unidas parte en el Estatuto (arts. 92 y 93 de la CONU). Mads Andenas y Johann Ruben Leiss⁵² al explorar la relevancia sistémica del art. 38 (1) (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia argumentan que esta disposición relativa a la jurisprudencia y su aplicación por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) encarnan un principio de integración institucional sistémica. Entienden que es un corolario natural y lógico del principio de integración jurídica sustantiva. La falta de acción política de los Estados para resolver las contradicciones y la fragmentación en el nivel sustantivo dentro del sistema legal internacional en expansión, los tribunales han quedado con un papel central a nivel institucional. El número cada vez mayor de órganos judiciales con un papel que desempeñar en el Derecho internacional debe reconocerse mutuamente teniendo en cuenta las decisiones de cada uno para que el Derecho internacional sea un sistema legal efectivo; deben abordar posibles conflictos (incluidos los que no se pueden resolver) y, al hacerlo, contribuir al desarrollo de la costumbre, los principios generales, la jerarquía de normas e instituciones. Consideran que el art. 38 (1) (d) del Estatuto de la CIJ ofrece un marco comunicativo básico para la “producción de una semántica comunitaria” que permite el desarrollo de un sistema judicial internacional. Diane A. Desierto y Colin E. Gillespie⁵³ recomiendan para la defensa del “principio de integración sistémica ver a C. Mc Lachlan

“sobre” el nacionalismo, en EE.UU. se lo percibió como triunfo “del” nacionalismo (triunfo del modelo nacional de “constitucionalismo democrático”). V. Rubinfeld, J. “Unilateralism and Constitutionalism”, *79 New York University Law Review*(2004) (https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2553&context=fss_papers).

⁵² Andenas, M. -Leiss, J. R. “The Systemic Relevance of ‘Judicial Decisions’ in Article 38 of the ICJ Statute”, *Zaö RV 77* (2017), p. 907 y ss.

⁵³ Desierto, D.A. - Gillespie, C.E. “Evolutive Interpretation and Subsequent Practice Interpretive Communities and Processes in the Optional Protocol to the ICESCR”, *Zaö RV 73* (2013), pp. 549-589, en especial, p. 553, Nota 15.

“El principio de integración sistémica y 31 (3) (c) de la Convención de Viena”, *ICLQ* 54 (2005), p. 279 y ss.) y para las visiones críticas a R. Higgins (“The Babel of judicial voices”, *ICLQ* 55-4 (2006), p. 791 y ss.). Refieren también expresiones de A. Orakhelashvili (*The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford Scholarship on line, 2008, p. 367) quien estima que el principio sistémico de integración va más allá del mero repetir la aplicabilidad del DI, señalando la necesidad de tener en cuenta el entorno normativo de modo amplio. Sin embargo, considera que esa noción no aclara por sí misma la esencia del proceso de integración, como tampoco cómo se hace y en qué condiciones. Entiende que la integración se relaciona con un resultado, mientras que la interpretación se relaciona por definición con los métodos y con el medio. Desde la perspectiva de las normas de interpretación, la referencia a las reglas relevantes del Derecho internacional producirá en algunos casos el resultado de la integración, mientras que en otros casos no. El resultado positivo o negativo en cada caso se producirá por circunstancias más específicas del contexto y del método interpretativo relevante que de la noción general de “integración sistémica”.

Por nuestra parte observamos que la Corte Internacional de Justicia -órgano judicial principal de las Naciones Unidas- ha actuado en varias oportunidades, explícitamente, con visión integradora del sistema jurídico internacional. Por ejemplo, en su sentencia de 30 de noviembre de 2010, en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea v. República Democrática de Congo)*, al aplicar normas universales y regionales en materia de Derechos humanos, en el párrafo 66 expresó: “(...) Aunque el Tribunal no está obligado en el ejercicio de sus funciones judiciales a ajustar su interpretación del Pacto [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] al del Comité [Comité de Derechos Humanos], considera que debe dar gran consideración a la interpretación adoptada por este organismo independiente, creado especialmente para supervisar la aplicación de ese tratado. Ello hace a la necesidad de claridad y esencial coherencia del derecho internacional, como también a la seguridad jurídica, que es un derecho de

*las personas beneficiarias de los derechos garantizados, como de los Estados vinculados a respetar las obligaciones convencionales*⁵⁴.

La visión constitucionalista internacional de la CIJ se observa también en el párrafo 70 de la misma sentencia al colocar al DIP por sobre el derecho interno: “(...) *La Corte no tiene, en principio, el poder de modificar por su propia interpretación la de las autoridades nacionales, sobre todo cuando esta interpretación proviene de los más altos tribunales internos (...). Excepcionalmente, si el Estado realiza una interpretación manifiestamente errónea de su derecho interno, sobre todo con el fin de beneficiarse en un asunto pendiente, corresponde a la Corte la adopción de la interpretación que percibe como correcta*”⁵⁵. Este párrafo puede considerarse que implica un pronunciamiento *contra legem*⁵⁶, si bien, en beneficio de la coherencia en las relaciones entre DI y derecho interno y de la buena fe de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales; manifestación de Constitucionalismo Internacional⁵⁷.

⁵⁴ CIJ *Recueil 2010, Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea v. República Democrática de Congo)*, sentencia de 30 de noviembre de 2010, para. 66 (Drnas de Clément, Z. - Pagliari, A. S. - Salas, G. R. *Derecho Internacional Público. Jurisprudencia seleccionada*, Advocatus, Córdoba, 2011).

⁵⁵ CIJ *Recueil 2010, Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea v. República Democrática de Congo)*, sentencia de 30 de noviembre de 2010, para 70. *Ibidem*.

⁵⁶ V. nuestro trabajo “La equidad *contra legem* en la sentencia del 30 de noviembre de 2010 de la CIJ en el asunto Ahmadou Sadio Diallo”, en Llanos Mardones, H. - Picand Albónico, E. (Eds.), *Libro Homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012, pp. 231-243 (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-equidad-contra-lem-en-la-sentencia-de-la-cij>).

⁵⁷ V. Armin von Bogdandy quien entiende que -de acuerdo con la comprensión jerárquica de la comunidad internacional- los Estados tienen legitimidad sólo en la medida en que respeten y cumplan las obligaciones fundamentales del DIP (Von Bogdandy, A. “Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany”, ob. cit., pp. 223, 235).

Wolfgang Friedmann⁵⁸ señalaba que, mientras los Estados siguieran siendo los principales sujetos del derecho internacional, una sociedad supranacional creada por organizaciones internacionales mundiales y regionales con personalidad jurídica se elevaría a sí misma en actor internacional.

Tal como lo señala Benvenisti⁵⁹, quizás el aspecto más distintivo del enfoque sistémico del derecho público es el que visualiza las diversas normas legales dentro de una relación jerárquica, componiendo un orden lógico y coherente, unitario. Así lo han percibido Bruno Simma y Bardo Fassbender, entre otros.

Bruno Sima, a pesar de rechazar el Constitucionalismo forzado a modo de “lecho de Procusto”, entiende que la heterogeneidad (fragmentación) no excluye la universalidad del DI, siempre que la ley conserve y desarrolle su capacidad para adaptarse a una medida cada vez mayor de dicha heterogeneidad. Desarrolla tres concepciones o niveles diferentes de lo que el término “universalidad” del DI pretende capturar. Se ocupa de los mecanismos de las reglas internacionales (particularmente judiciales) y las instituciones internacionales que sirven para reconciliar valores y expectativas heterogéneas, por medio del DI⁶⁰. Asimismo, Simma⁶¹ hace referencia a la aceptación cada vez mayor de la Carta de las Naciones Unidas como constitución escrita de la comunidad internacional y el reconocimiento virtualmente unánime de la prioridad de las obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas sobre otros compromisos internacionales. Recuerda que esas ideas fueron de Verdross. A modo de conclusión, cita la máxima que Verdross tomó de San Agustín para

⁵⁸ Friedmann, Wolfgang G. *The Changing Structure of International Law*, Stevens & Sons, London, 1964, *passim*.

⁵⁹ Benvenisti, E. “The Conception of International Law as a Legal System”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 50 (2008), p. 393.

⁶⁰ Simma, B. “Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner”, *EJIL*, Vol. 20-2 (2009), p. 265.

⁶¹ Simma, B. “The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law”, *EJIL*, Vol. 6-1 (1995) p. 42.

definir las condiciones para una comunidad internacional genuina y pacífica y que aparece en la última frase del libro de Verdross *Universelles Volkerrecht*: “*In necessariis unitas, in dubiis libertas, in omnibus caritas*”. De alguna manera esas condiciones recuerdan el postulado básico para un orden de paz y cooperación que ya enunciara Jeremías Bentham en 1789 en su *Principles of International Law*⁶²: confederación de “Estados civilizados” bajo un acuerdo común, entendiendo por “civilizados” a los que anteponen la paz a la guerra y están dispuestos a conciliar sus intereses en bien de todos⁶³.

Bardo Fassbender también basa su percepción del Constitucionalismo en el sistema de la Organización de las Naciones Unidas, considerando al Constitucionalismo Internacional una subdisciplina del DIP. En un extenso trabajo⁶⁴ entiende que la Carta es la constitución de la comunidad internacional en su totalidad, es decir, diseñada para todos los sujetos de DI, y que tal comprensión de la Carta tiene repercusiones significativas para su condición jurídica, interpretación, enmienda y posible reforma futura. Considera que ese carácter constitucional lo tuvo *ab initio*. Aclara, en primer término, el alcance del concepto de “constitución”, y -tras referir varias conceptualizaciones- destaca la aproximación que brinda Philip Allott, percepción que integra la visión positiva con la real y la deontológica: *la “constitución legal” es derecho, una estructura y un sistema que recoge actos de voluntad relativos a la distribución del uso del poder social, establece los entes que detentan las distintas categorías del poder social, determina el contenido y los límites de ese poder y los métodos para la implementación de las disposiciones; *la “constitución real” es la legal

⁶² Bentham, J. “Essay IV. A Plan for an Universal and Perpetual Peace”, en *Principles of International Law* (<https://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/pil/pil.e04.html>).

⁶³ V. *infra* en Nota 266 la referencia a Estados “civilizados”.

⁶⁴ Fassbender, B. “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, 36 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, pp. 531-618, en especial, pp. 531, 536 y 546 (<https://www.alexandria.unisg.ch/234620/1/Fassbender%20UN%20Charter%20ColJTransnatL%201998.pdf> Consulta de 12/12/2018).

actualizada por el proceso social, una estructura y sistema de poder en acción; *la “constitución ideal” es la que se presenta a la sociedad como la que debería ser. Fassbender entiende que la sola expresión “constitución” refiere al más alto nivel de unidad política. Es el orden jurídico fundamental de toda comunidad autónoma/independiente.

Christian Tomuschat⁶⁵, si bien no desconoce el valor de la Carta de la ONU y sus potencialidades, considera que ella está lejos de representar al Constitucionalismo Internacional en tanto no constituye un “estructura organizacional abarcativa total”, recordando los aportes particulares de los pactos internacionales sobre derechos humanos, de las convenciones sobre agentes diplomáticos y consulares, de los convenios sobre derecho del mar, entre otros. Tomuschat también se basa en el supuesto de que el DI puede dirigir y controlar la realidad social en general y al poder político en particular. Rompe con la tradición voluntarista en el derecho internacional al afirmar que los Estados son, de hecho, los instrumentos de la comunidad internacional. La limitación del poder y la sistematización del derecho son dos de los temas recurrentes y fundamentales del constitucionalismo en el debate contemporáneo⁶⁶.

Ángel Rodrigo⁶⁷ recuerda que, según Anne Peters la CONU no puede ser la constitución formal de la comunidad internacional porque no codifica suficientemente todo lo que es fundamental para el funcionamiento de un orden jurídico internacional⁶⁸. La primacía

⁶⁵ Tomuschat, Ch. “International Law: Ensuring the survival of Mankind in the Eve of the New Century”, *General Course on International Law, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International (R de C)*, Vol. 289, Brill/ Nijhoff, Leiden-Boston, 1999, p. 237.

⁶⁶ V. Schwöbel, Ch.E.J. “Situating the debate on global constitutionalism”, en *International Journal of Constitutional Law*, Volume 8, Issue 3, 1 July 2010, pp. 611–635 (<https://academic.oup.com/icon/article/8/3/611/623473>).

⁶⁷ Rodrigo, A.J. “El Pluralismo del Constitucionalismo Internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29 (2013), p. 61 y ss.

⁶⁸ Krieger y Nolte consideran que la Cumbre de Naciones Unidas de 2005 reveló que no solo los teóricos sino también los Estados han percibido la existencia de un nuevo orden jurídico global, en el que se reconocen crecientes valores univer-

derivada del art. 103 de la CONU alcanza sólo a una parte del Derecho Internacional Constitucional; el ejercicio de un poder constituyente, más allá de 1945, se va produciendo de una manera gradual, resultando difícil hablar de una Constitución internacional en sentido formal porque se carece de una carta constitucional, no hay ningún acto formal de generación constitucional (a pesar de que el Estatuto de la Corte es parte integrante de la CNU), y la jerarquía normativa es aún rudimentaria.

Samantha Besson⁶⁹ ha señalado que las condiciones básicas de las fuentes del DI son su legalidad, normatividad y legitimidad. La legalidad refleja el respeto al estado de derecho internacional, la normatividad responde al deber de regular sobre cuestiones que hacen a la justicia global y la legitimidad responde a procesos democráticos multinivel y pluralistas del DI⁷⁰. Los sujetos legales internacionales se han multiplicado y se describen a menudo como miembros de una comunidad internacional plural. El vínculo principal de esta comunidad es el DI y los valores que decide expresar a través de sus normas. En consecuencia, las fuentes del derecho internacional son los procesos de auto-constitución y remodelación constante de esa comunidad. Desarrollar el DI con el debido respeto a la igualdad de todos los afectados en esa comunidad es de lo que trata el Constitucionalismo Internacional. Privilegia la “credencial democrática” de la norma, la subsidiariedad, y en caso de normas perentorias, su jerarquía.

sales del ser humano, desplazando al principio de soberanía estatal (Krieger, H. - Nolte, G. “The International Rule of Law - Rise or Decline? Approaching Current Foundational Challenges”, ob. cit., p. 12).

⁶⁹ Besson, S. “Theorizing the Sources of International Law”, Cap 7, en Besson, S. – Tasioulas, J. (Eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 185 y ss.

⁷⁰ La Legitimidad puede observarse tanto en el proceso de adopción de las normas (*input*) como en la efectividad de ellas (*output*) (Bianchi, A. *International Law Theory. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford University Press, Oxford-UK, 2016, p.53).

Jean D'Aspremont⁷¹ presenta una teoría social de las fuentes que hace posible interpretar la teoría de las fuentes como una tradición y una práctica más que como un conjunto de reglas que funcionan de manera mecánica. Hace presente que los nuevos proyectos doctrinarios buscan un DI que sirva en una sociedad desagregada y heterogénea, lo que requiere la instauración de una “nueva teoría de las fuentes” desde otra perspectiva, menos rígida y estática. A modo de ejemplo destaca que la propia CDI en el Proyecto de artículos sobre “Protección Diplomática” se ocupa de la práctica en el proyecto de art. 19 y, en los comentarios al mismo, expresa: *“Hay ciertas prácticas de los Estados en la esfera de la protección diplomática que no han adquirido todavía la condición de normas consuetudinarias y que no se pueden transformar en normas jurídicas mediante el desarrollo progresivo del derecho. Son, a pesar de ello, prácticas deseables, que constituyen características necesarias de la protección diplomática y refuerzan a ésta como medio de protección de los derechos humanos y la inversión extranjera”*. La CDI reconoce que ese tipo de recomendaciones o expresiones de deseo no son usuales en el ámbito del derecho, pero recuerda que se encuentran antecedentes en tratados internacionales en los que se usa el condicional “should” en lugar del imperativo “shall” (vg. Carta de la ONU art. 36 párr. 3; Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar arts. 27, 28, 43, 123, etc.)⁷².

El mismo autor, en otro trabajo⁷³, señala que, frente a la pluralización del ejercicio de la autoridad pública a nivel internacional y al

⁷¹ D'Aspremont, J. “Towards a New Theory of Sources in International Law”, en Orford, A. - Hoffmann, F.(Eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press, Oxford, online book 2016, pp. 545-563,

⁷² Informe de la Comisión de Derecho Internacional 58º período de sesiones de 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, Asamblea General Documentos Oficiales, 61º período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/61/10), p. 107.

⁷³ D'Aspremont, J. “The Politics of Deformalization in International Law”, *Göttingen Journal of International Law*, Vol. 3-2 (2011), pp. 503-550. V. asimismo, D'Aspremont, J. “Formalism and the Sources of International Law: An Introduction”, December 11, 2012 (<https://www.ejiltalk.org/formalism-and-the-sources-of-international-law-an-introduction/>).

retroceso del DI como instrumento regulador, los internacionalistas se han embarcado en dos estrategias de supervivencia. Por un lado, algunos han tratado de constitucionalizar el DI tradicional llevándolo al plano global para promover su uso por parte de actores globales, otros consideran que cualquier intento de imponer a los actores globales normas es una batalla perdida, por lo que proponen aflojar la rigidez normativa. Los de posición más extrema, plantean un abandono radical de las teorías de las fuentes. En la segunda estrategia se juega con la pluralización del ejercicio de la autoridad pública, lo que D'Aspremont evalúa críticamente. Después de describir las manifestaciones más prominentes de la deformalización en la teoría del DI, considera sus peligros. Señala que nada ha sido ontológicamente más amenazante para el DI y para la comunidad profesional, que la mentalidad post-ontológica contemporánea desenfrenada (derecho como proceso y no como fuente-enunciación normativa). Hace presente que las variantes entre la deformalización y la persistencia del formalismo, son el resultado de elecciones políticas de las que los estudiosos del DI no siempre son plenamente conscientes. Considera que la deformalización y el desinterés por la teoría de las fuentes que también se observa en la jurisprudencia internacional, permite a los jueces tener cada vez menos problemas para explicar cómo (y según qué indicadores) identifican y determinan las normas que aplican. D'Aspremont aboga por la preservación de una teoría de las fuentes compacta por múltiples razones, entre ellas, que el DI necesita ser formalmente comprobado y conocido en una medida razonable; que una teoría de las fuentes es una condición indispensable para la existencia de un vocabulario común sin el cual no puede haber ninguna comunidad interpretativa del DI sino un gallinero "cacofónico". Reconoce que el enfoque del DI desde el punto de vista de sus fuentes corresponde a una concepción formal del derecho centrado en la ley como un producto, pero busca probar que no necesariamente los enfoques en el producto son estáticos⁷⁴. Las teorías de las fuentes, si se

⁷⁴ Se suele señalar la evolutividad del derecho en ciertas áreas como Protección Internacional de Derechos Humanos, normativa de la Organización Mundial del

basan en la práctica social de las autoridades de aplicación del derecho, pueden cambiar y pueden cambiarse (dinamismo del producto). Ello no quita que reconozca que el art. 38 del Estatuto de la CIJ, en la actualidad, no refleje las prácticas sociales de las autoridades de aplicación. Admite que gran parte de la actividad normativa internacional en la actualidad tiene lugar fuera del ámbito del DI tradicional y que la percepción tradicional solo muestra una parte limitada del ejercicio de la autoridad pública internacional. Sin embargo, toda captación de fuentes -a criterio del autor- debería apoyarse en indicadores formales.

La percepción epistemológica del Constitucionalismo Internacional es racionalista, confía en la cognición humana, considerando que el ser humano puede concebir las normas generales y especiales más adecuadas para una sociedad dada.

El acercamiento metodológico y las técnicas de estudio jurídico propias del Constitucionalismo Internacional se sostienen en las herramientas que brinda la lógica, en particular, la teoría de la argumentación (interpretación lingüística, *a coherentia*, *sedes materiae*, *a fortiori*, sistemática, teleológica, apagógica, de la no redundancia, etc.). La interpretación sistemática es la que mejor responde a la visión del Constitucionalismo Internacional (abarcativa de las otras señaladas), ya que concibe al Derecho como un orden jurídico integral, orgánico, desarrollado en base a una norma fundamental, que permite llenar lagunas del derecho y entiende que es posible interpretar cualquier disposición oscura o falta de norma en base a la “razón del sistema” o al “espíritu del sistema”. Ello, ya sea que se valga de interpretación sistemática vertical/jerárquica o de interpretación horizontal/coherencia entre normas de igual nivel normativo⁷⁵.

Comercio, Cambio Climático a través de las COPs, etc. (Brölmann, C. - Radi, Y. “Introduction: International Law Making in a Global World, ob. cit. p. 1 y ss.).

⁷⁵ Guastini, R. “Interpretación y construcción jurídica”, *Isonomía*, No. 43, octubre 2015, pp. 11-48; Cuenca Gómez, P. *La concepción del Ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Universi-

Constitucionalismo Global

Aproximación general

Philippe Cullet⁷⁶ hace presente que, en las últimas décadas, la emergencia de asuntos de concernencia global (vg. respeto a los derechos humanos, uso sustentable del medio ambiente, solución a los problemas económicos del desarrollo, entre otros), los que no pueden abordarse por entendimientos bilaterales, ha influenciado profundamente la naturaleza del DI y sus paradigmas.

El mayor nexo entre ambos constitucionalismos (internacional y global) se halla en que el Constitucionalismo Global -a pesar de reconocer la necesidad de racionalizar las nuevas fuentes de poder en la esfera internacional- reconoce que el derecho tiene capacidad para impactar en la realidad social, legitimando de esa manera al DI y al Derecho en sí.

En general, la cuestión de cómo “traducir” los diferentes elementos y dimensiones de la tradición constitucionalista a contextos más allá del Estado es un tema central del debate en las corrientes doctrinarias actuales del Constitucionalismo Global.

Jeffrey Dunoff y Joel Trachtman⁷⁷ desarrollan perspectivas constitucionalistas sobre diversos aspectos de los actores y de las estructuras del orden internacional. En este sentido, representan una tendencia general: el debate más reciente sobre el Constitucionalismo Global se centra menos en los valores comunes (valores e intereses comunes de la comunidad internacional) y más en actores y estructuras, en el ejercicio de la autoridad más allá del Estado (normas constitucionales sectoriales de instituciones internacionales), y en preocupaciones de

dad Carlos III de Madrid, 2009 (<https://core.ac.uk/download/pdf/30041832.pdf>); Bobbio, N. *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, p.180 y ss.

⁷⁶ Cullet, P. “Differential treatment in international law: Towards a new paradigm of inter-state relations”, *EJIL* Vol. 10-3 (1999), p. 549 y ss.

⁷⁷ Dunoff, J.L. - Trachtman, J.P. *Ruling the World?: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, New York, 2009.

legitimidad (vg. legitimidad democrática como una preocupación constitucional)⁷⁸. En el prefacio de la obra editada por Dunoff y Trachtman -fruto de tres años de investigación por especialistas de distintos lugares del mundo- Thomas Franck⁷⁹ se pregunta si alguien hubiese podido pensar que el sistema de 1945 llegaría a servir para intervenciones militares por razones de racismo, discriminación o anarquía, como lo hizo en los casos de Sudáfrica, Somalia, Yugoslavia, Timor Este (capacidad del árbol orgánico para crecer). Por su parte, Joshua Cohen -en el marco de desarrollos más actuales- considera a la legitimidad democrática como una preocupación constitucional. Ello, en tanto la política democrática implica una deliberación pública, requiriendo alguna forma de igualdad manifiesta entre los ciudadanos, dando forma a la identidad y los intereses de los ciudadanos de modo que contribuyan a la formación de una concepción pública del bien común, base del constitucionalismo⁸⁰.

Varios trabajos doctrinarios examinan los significados de “constitucionalización” en el DI y / o analizan las características de los enfoques constitucionalistas, posicionándose a favor o criticándolos, por ejemplo, entre ellos, los de Jan Klabbers, Anne Peters y Geir Ulfstein⁸¹, los de Oliver Diggelmann y Tilmann Altwicker⁸². Estos

⁷⁸ V. Dunoff, J. L. - Trachtman, J.P. (Eds.), “A Functional Approach to International Constitutionalization”, ob. cit.

⁷⁹ Franck, Th. “Preface. International Institutions. Why Constitutionalize?”, en Dunoff, J.L. - Trachtman, J.P. *Ruling the World?: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, ob. cit.

⁸⁰ Cohen, J. “Deliberation and Democratic Legitimacy”, en J. Bohman, J. - Rehg, D. (Eds.), *Essays on Reason and Politics*, MIT Press, Cambridge, 1997, p. 67 y ss. (<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/jcohendeliberative%20dem.pdf>).

⁸¹ Klabbers, J. - Peters, A. - Ulfstein, G. *The Constitutionalization of International law*, Oxford University Press, Oxford, 2009. V. *infra*.

⁸² Diggelmann, O - Altwicker, T. “Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism”, *ZaöRV68* (2008), p. 624. Desde una visión crítica, señalan dos puntos ciegos en los constitucionalistas: la no consideración de las fuerzas de desintegración del Derecho internacional y el no otorgamiento de atención suficiente al entendimiento

últimos entienden que entre las tendencias indicadoras del proceso de constitucionalización se observan: la creciente “moralización” o “humanización” del DI (intervenciones de humanidad, creación de la Corte Penal Internacional); la “diferenciación” del DI, según diversos aspectos horizontales (incremento del espectro de normas vinculantes, incremento de actores) y verticales del proceso (jerarquía de normas, *jus cogens*, obligaciones *erga omnes*⁸³); aparición de constituciones⁸⁴ parciales o paralelas al DI (vg. GATT/WTO, TEDH, etc.)⁸⁵. La constitucionalización es percibida como un proceso y el Constitucionalismo Global como un marco, una teoría intelectual⁸⁶.

La relación entre la constitucionalización y la fragmentación en el DI y las normas más allá del Estado, así como la existencia de fragmentos constitucionales, representa otro tema central en el debate, como se ejemplifica en Andrzej Jakubowski y Karolina Wierczyńska⁸⁷. Algunos doctrinarios⁸⁸ consideran que ciertas teorías

común del significado de “constitución”. Como excepción a esos no tratamientos citan a los trabajos de Anne Peters. V. Peters, A. “Reconstruction constitutionnaliste du droit international: arguments pour et contre”, en Jouannet, E. - Ruiz Fabri, H. - Tomkiewics, V. (Eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Vol. I, Hart, Oxford, 2008, pp. 361-375.

⁸³ V. Kirchner, S. “Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A Place for Values in the International Legal System”, *5 German L.J.* (2004), p. 63.

⁸⁴ La noción de “constitución” es despojada de sus formalidades tradicionales y redefinida para reflejar al orden jurídico internacional (estrategia semántica).

⁸⁵ Diggelmann, O. - Altwicker, T. “Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism”, ob. cit., pp. 625-628.

⁸⁶ Peters, A. “Constitutional Fragments: On the Interaction of Constitutionalization and Fragmentation in International Law”, *Working paper* N° 2 (2015), p. 2 y ss. (<https://cgc.wp.standrews.ac.uk/2015/04/14/cgc-working-paper-no-2-constitutional-fragments/>).

⁸⁷ Jakubowski, A. - Wierczyńska, K. *Fragmentation vs the Constitutionalisation of International Law: A Practical Inquiry*, Routledge, New York, 2016. V. *infra*.

⁸⁸ Krieger, H. - Nolte, G. “The International Rule of Law - Rise or Decline? Approaching Current Foundational Challenges”, ob. cit., p.17.

de la fragmentación tienden a deconstruir la idea de que existe un coherente sistema de DI.

Desde la década de los años 90 ha aumentado la preocupación por ampliar el alcance del DI a fin de abarcar los desarrollos agrupados bajo la expresión “globalización”. Se han hecho esfuerzos doctrinarios para incorporar nuevos tipos de fenómenos internacionales o transnacionales dentro del DI (*vg.* relaciones entre Estados y particulares, organizaciones gubernamentales y organizaciones no gubernamentales, empresas transnacionales, administraciones estatales, etc.). Se ha solido acentuar la importancia decreciente de los Estados en el sistema internacional, manifestada a través de la desvinculación del Estado de los servicios administrativos, la realización de negocios internacionales cada vez más autónomos y ajenos al Estado, el surgimiento de organizaciones internacionales con participación de actores no estatales, el creciente número de actividades públicas desarrolladas por entidades transnacionales privadas, entre otras manifestaciones.

Enlazando la historia del Derecho y del DI con el nuevo paradigma del Derecho Global, Rafael Domingo⁸⁹ recuerda a Gayo con el paradigma romano de la tricotomía “*omnes jus*”: “personas, cosas, acciones” (*personae, res, actiones*). Observa que ese trinomio se repite en el DI con Vattel (*The Law of Nations*): “Estado (persona), obligaciones de los Estados (cosa), guerra-solución de conflictos internacionales” (acciones)”, como también en el nuevo paradigma del Derecho Global: comunidad humana global, problemas globales y estado de derecho global. Así, el paradigma del Derecho Global es a la vez constitucional y cosmopolita en naturaleza, un punto muy bien expresado por Mattias Kumm⁹⁰. Según expresa Domingo, en el nuevo paradigma

⁸⁹ Domingo, R. “Gaius, Vattel, and the New Global Law Paradigm”, *EJIL*, Vol. 22-3(2011), p. 627 y ss.

⁹⁰ Kumm, M. “The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and Beyond the State”, en Dunoff, J.L. - Trachtman, J. P. (Eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, ob. cit., p. 263 y ss. V. *infra*.

global, las “cosas” ya no se refieren exclusivamente a las “relaciones entre los Estados”, sino más bien a las preguntas que realmente afectan a la humanidad en su conjunto (“problemas globales”). El estado de derecho global formaría parte del derecho interno de cada país, en el sentido de que toda la humanidad, y las instituciones políticas y comunidades establecidas por él, son parte de la comunidad humana global. Entre otros, los problemas globales incluirían, por ejemplo, aquellos relacionados con la preservación del planeta (protección del medio ambiente, cambio climático, etc.) y la supervivencia física de los seres humanos (erradicación de la pobreza, prevención de desastres naturales y ayuda post desastre / esfuerzos de reconstrucción, eliminación de armas nucleares, etc.) y también cubrirían cuestiones como la seguridad mundial (terrorismo internacional, enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad). Por supuesto, la protección de los derechos humanos sería de máxima prioridad, siempre que no estuvieran suficientemente protegidos por los sistemas legales locales o nacionales. Las decisiones sobre lo que constituye un problema verdaderamente global (y cuáles serían sus parámetros reales) deben siempre hacerse sobre la base de los principios fundamentales del derecho global de subsidiariedad y solidaridad. El paradigma de derecho global adoptaría un enfoque jurisdiccional temático, ya que los aspectos territoriales y personales son, por naturaleza, partes constitutivas de la comunidad global. Estos problemas globales estarían cubiertos por una especie de “reserva de globalidad” y, por lo tanto, estarían sujetos al “dominio jurídico global”. La determinación real de los problemas mundiales sería competencia de un Parlamento mundial-global. La autoridad máxima sería ese Parlamento que reviviría -en terminología de Hart- la “regla de reconocimiento” de la nueva ley global: “quod omnes tangit ab omnibus approbetur”. Estos problemas globales serían manejados por instituciones globales creadas ad casum, cuyos esfuerzos continuos bajo la ley global estarían sujetos a monitoreo y control judicial relevante. William S. Holdsworth considera que la idea de estado de derecho inglés es preferible a la alemana (*Rechtsstaat*) en tanto el primero se desarrolló en la historia antes que la idea moderna de Estado. De allí que no resulte demasiado difícil imaginar una noción del estado de derecho que exista por separado de la del Estado. Domingo recuerda

que precisamente esa concepción ha sido objeto de estudio en el artículo de Gianluigi Palombella⁹¹, quien observa que la existencia de diferentes órdenes jurídicos (relación monista o dualista entre el derecho interno y el DI) complica la percepción uniforme, sin embargo, considera que el entorno europeo muestra que el pluralismo comunicativo puede embarcarse en una práctica de dar razones inherentemente capaces de producir estándares comunes y principios, en la idea aún incierta y no definida del estado de derecho global.

Eyal Benvenisti⁹² estima que, cada vez más desde el final de la Guerra Fría los gobiernos inician esfuerzos de coordinación a través de las fronteras nacionales, evitando conscientemente hacer referencia al DI. Ello aleja a los gobiernos de la visión sistémica del DI y la visión tradicional del DIP en tanto los gobiernos que participan en tales esfuerzos de coordinación no recurren a los tratados internacionales y promueven alternativas al DIP formal, tales como coordinaciones intergubernamentales ajenas a las OIG.

El surgimiento de la globalización según Antony Lang y Antije Wiener⁹³ impactó tanto en las Organizaciones Internacionales como en las normas internacionales, lo que llevó a que doctrinarios, politólogos y activistas visualizaran nuevas formas de orden global (Constitucionalismo Global). Entienden que el Constitucionalismo del siglo XIX y XX, propio del liberalismo centrado en el estado de derecho, comenzó a declinar ante la emergencia del pensamiento realista y con el surgimiento de nuevos derechos como el de asilo, el derecho de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, los derechos de los pueblos

⁹¹ Palombella, G. 'The Rule of Law Beyond the State. Failures. Promises and Theory', *7 Int'l J Constitutional L* (2009), p. 442 (obtenible en <https://academic.oup.com/icon/article/7/3/442/703181#12370786>).

⁹² Benvenisti, E. "The Conception of International Law as a Legal System", ob. cit., pp. 402-405.

⁹³ Lang, A. F. (Jr) - Wiener, A. "A constitutionalising global order: an introduction", en Lang, A. F. (Jr.) - Wiener, A. *Handbook on Global Constitutionalism*, Edward Elgar, Cambridge-UK, 2017. (<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781783477258/9781783477258.00006.xml>) (consulta de enero de 2019).

indígenas, los derechos de la democratización, las relaciones globales comerciales, etc. Los referidos especialistas consideran que el Constitucionalismo Global presenta una característica: estudia en tándem los hechos empíricos y los ideales normativos y se asienta en la intersección entre el derecho y la política, mientras que, para otros, en el encuentro del derecho con la realidad.

Gunther Teubner⁹⁴, Andreas Fischer-Lescano⁹⁵, Philip Allott⁹⁶, entre otros, se oponen al Constitucionalismo centrado en los Estados (Internacional) y ponen el acento en el Constitucionalismo Global de la sociedad civil y la multiplicidad de subsistemas de la sociedad mundial⁹⁷.

Kleinlein⁹⁸ recuerda las posiciones opuestas observables en los debates sobre el constitucionalismo, destacando que desde el punto de vista de Jan Klabbers, Anne Peters y Geir Ulfstein (*The Constitu-*

⁹⁴ Teubner, G. “Globale Zivilverfassungen - Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie”, *63 ZaöRV* (2003), p. 6 (http://www.zaoerv.de/63_2003/63_2003_1_a_1_28.pdf).

⁹⁵ Fischer-Lescano, A. “Die Emergenz der Globalverfassung”, *63 ZaöRV* (2003), p. 717 y ss. (http://www.zaoerv.de/63_2003/63_2003_3_a_717_760.pdf).

⁹⁶ Allott, P. “The Emerging International Aristocracy”, *35 New York University Journal of International Law and Politics*, (2003), p. 336 y ss. Vide asimismo, Allott, Ph. *The Health of Nations: Society and Law beyond the State*, ob. cit., obra en la que se refiere a la “ley de leyes” como fenómeno social universal en el que los sistemas legales son característica común de las sociedades: fusión de los sistemas legales nacionales como resultado de fuerzas que actúan desde distintas direcciones. Por un lado, observa un aumento en la legislación internacional y en el gobierno colectivo, incluyendo el derecho socialmente sensible (Derecho Internacional de los Derechos Humanos), el derecho socialmente transformador (Derecho Internacional Económico y de la Administración), y el derecho socialmente estructural (Derecho Internacional del Orden Público).

⁹⁷ Schwöbel, Ch. E.J. *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Series: Queen Mary Studies in International Law, Volume 4, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, p. 17.

⁹⁸ Kleinlein, T. “On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State”, ob. cit., p. 1075 y ss. V. asimismo, Kleinlein, Th. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, ob. cit. *passim*.

tionalization of International Law, Oxford University Press, Oxford, 2009) el constitucionalismo es una actitud y un mecanismo heurístico de corte jurídico, en tanto que, para Petra Dobner y Martin Loughlin (*The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 2010) desde una percepción sociológica, el constitucionalismo se halla en su crepúsculo atento a la “erosión de la estatalidad” y la legitimación de regímenes transnacionales no autoritativos.

El Constitucionalismo Global como discurso se refiere necesariamente a múltiples niveles de gobierno y poder. Jean Cohen⁹⁹ propone la vigencia de dos niveles de ideas constitucionalistas: un “orden mundial dualista” que responda a la sociedad internacional de Estados y a las instituciones de gobernanza global. En similar sentido en cierto aspecto, Andrea Hamann y Hélène Ruiz Fabri¹⁰⁰, consideran que el fenómeno de la internacionalización, combinado con el proceso interno de fragmentación del Estado, ha desafiado el modelo de soberanía de Westfalia, reemplazándolo por una “soberanía desagregada” en la que las redes transnacionales se han convertido en los principales vectores de la cooperación internacional, así como en los principales actores internacionales en la formulación de políticas. Esta evolución plantea un desafío multifacético al constitucionalismo centenario, ya que las redes son capaces de emanciparse de los requisitos de este último mediante la creación de conjuntos paralelos de normas. Con su creciente autonomía, las redes pueden reemplazar gradualmente la acción estatal, lo que plantea problemas de responsabilidad y legitimidad. Abordar estos desafíos implica un cambio de paradigma: paso del enfoque centrado en el Estado, al constitucionalismo más allá del Estado.

Algunos doctrinarios observan ciertos acontecimientos en la esfera internacional propios de la globalización, poniendo el acento en el aumento de la comunicación a través de la digitalización o el estable-

⁹⁹ Cohen, J.L. *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge-UK, 2012, *passim*.

¹⁰⁰ Hamann, A. - Ruiz Fabri, H. “Transnational networks and constitutionalism”, *I•CON* July/October 2008, Vol. 6, p. 481 y ss.

cimiento de instituciones internacionales en un lenguaje de conceptos abstractos o patrones adecuados para su universalización. El lenguaje utilizado para el proyecto constitucional global recurre a términos tales como “valores globales”, “comunidad jurídica internacional”, “orden internacional”, etc.¹⁰¹. Rainer Hofmann¹⁰² recuerda a Hasso Hofmann quien percibía al Estado como comunidad de solidaridad, aspecto que gracias a la tecnología informática y a las nuevas formas de democracia puede alcanzar dimensión global. Ingolf Pernice¹⁰³ al ocuparse del Constitucionalismo Global e Internet, considera que Internet actúa como instrumento de empoderamiento del ciudadano al que permite construir nuevas formas de democracia global. En similar sentido, Beatriz Ramacciotti¹⁰⁴ señala que, con los medios digitales, ha surgido una nueva visión de la política y de cómo “hacer” política, con efectos *i.a.* sobre la información y la opinión pública, la participación ciudadana, los movimientos populares, el control de gestión y transparencia de los gobiernos, la difusión de noticias, la construcción de valores comunes, etc.

Anne Peters¹⁰⁵ recuerda que la mayor parte de las contribuciones teóricas al constitucionalismo aborda aspectos relativos a la inter-

¹⁰¹ Martti Koskenniemi sugiere que el enfoque sistémico del derecho internacional y la descripción del orden internacional son en sí mismos inútiles, ya que tales ideas solo existen en el mundo académico (Koskenniemi, M. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, CUP, Cambridge, 2004, p. 3).

¹⁰² Hofmann, R. “Law beyond the state. Past and futures. An Introduction”, en Hofmann, N, R. - Kadelbach, S. *Law beyond the state. Past and futures*, Campus Verlag GmbH, Frankfurt/New York, 2016, p. 7 y ss.

¹⁰³ Pernice, I. “Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously”, Hofmann, R. - Kadelbach, S. *Law beyond the State. Past and future*, ob. cit, p.151 y ss.

¹⁰⁴ Ramacciotti, B. “La Democracia en la era digital. Una mirada desde el ámbito Latinoamericano”, en Rey Caro, E.J. -Rodríguez de Taborda, M.C. (Dir.), *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*. Advocatus, Córdoba, 2014, p. 788 (<http://www.acaderc.org.ar/estudios-de-derecho-internacional-homenaje-a-la-dra.-zlata-drnas-de-clement>).

¹⁰⁵ Peters, A. “The Merits of Global Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16-2, 2009, traducida al español y publicada en *40 Rev. Dere-*

pretación constitucional para aplicar a derechos fundamentales. Considera que el principio de soberanía está siendo desplazado de su posición central como *Letztbegründung* (fundamento último) del DI. Ello, debido a que el estatus normativo de la soberanía se deriva de la humanidad, es decir, del principio jurídico según el cual deben protegerse y promoverse los derechos, los intereses, las necesidades y la seguridad de los seres humanos¹⁰⁶. Este estatus normativo también es el fin, el objetivo o propósito del sistema jurídico internacional. La humanidad es fundacional en un sentido normativo porque los Estados no son fines en sí mismos, sino entidades compuestas cuya justificación radica en cumplir las funciones públicas necesarias para que los seres humanos vivan juntos en paz y seguridad. La soberanía estatal es fundacional para el DI solo en un sentido ontológico, toda vez que el respeto mutuo de los Estados por la soberanía de los otros constituye un sistema “horizontal” de actores, que gobierna la actividad de creación del DI. Una soberanía estatal humanizada implica responsabilidad por la protección de los derechos humanos básicos y la responsabilidad de los gobiernos por sus acciones sobre los seres humanos. Cuando las necesidades humanas se toman como punto de partida, el enfoque de los derechos/deberes cambia. Peters señala que el proceso continuo de humanización de la soberanía es la piedra angular de la transformación actual del DI en un sistema centrado en los individuos. Ciertos tratados internacionales han alcanzado aceptación universal. Sin embargo, la ratificación extendida no refleja necesariamente los compromisos genuinos, sino que a menudo es el resultado de desbalances de poder y de maniobras estratégicas. La aceptación formal de tratados universales que consagran valores constitucionales no es el fin, sino, más bien, el comienzo de la constitucionalización del DI¹⁰⁷. Además, Peters ha señalado que el DI influye en

cho del Estado 3 (2018).

¹⁰⁶ Peters, A. “Humanity as the A and Ω of Sovereignty”, *EJIL* 20 (2009), pp. 513-544 (<http://www.ejil.org/pdfs/20/3/1849.pdf>).

¹⁰⁷ V. *infra* el Proyecto dirigido por Anne Peters sobre Constitucionalismo Global en el Instituto Max Planck de Heidelberg.

la gobernanza doméstica en una medida sin precedentes. Por ejemplo, podría decirse que prescribe que los nuevos Estados solo pueden surgir si están organizados de manera democrática.

Anne Peters¹⁰⁸ entiende que la nueva postura de los tribunales y cortes internacionales de hacer prevalecer el “espíritu de armonización sistémica”/ integración normativa (vg. caso Al-Dulimi, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, App n° 5809/08, ECtH 21 de junio de 2016) en una adecuada relación DI/Gobernanza puede fortalecer la efectividad y la legitimidad del DI en una especie de constitucionalización procesal¹⁰⁹.

El Constitucionalismo Global, en ciertos aspectos, reaviva a nuestro criterio la percepción ontológica casi centenaria del DI de Scelle¹¹⁰, quien -bajo la influencia de Léon Duguit y Émile Durkheim- entendió que la comunidad mundial (“société internationale globale ou œcuménique”) consiste en una miríada de subsistemas particulares, en una pluralidad de entidades humanas colectivas que van desde la familia, los grupos locales y regionales, las asociaciones y agrupaciones de ámbito nacional, la sociedad estatal, las agrupaciones internacionales especiales o regionales¹¹¹. La comunidad mundial no resulta de la yuxtaposición, coexistencia o cooperación de los Estados, más bien consiste en la interpenetración de los pueblos a través de las relaciones transnacionales. Su teoría jurídica normativa se aleja del positivismo y del derecho natural, situándose en el “derecho” internacional entendido como “fenómeno jurídico”, revelándose como “ciencia jurídica” parte de la sociología, conformada por “leyes objetivas” (*droit*

¹⁰⁸ Peters, A. “The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization”, *I•CON* Vol. 15-3 (2017), p. 671.

¹⁰⁹ V. *supra* en pp. 30-31 referencia al asunto *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea v. República Democrática de Congo)*.

¹¹⁰ Scelle, G. *Précis du Droit des Gens : Principes et Systematique*, Réimpression de l'édition de 1932, Dalloz, Paris, 2008, 4, 7.

¹¹¹ Cassese, A. “Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (de doublement fonctionnel) in International Law”, *EJIL*, 1990-1, p. 201 y ss.

objectif); derecho que se deriva de la “realidad social” (*fait social*)¹¹². El Derecho es un producto de la vida social fundada en la solidaridad humana y la interdependencia. Evoluciona conforme se despliega y cambia la vida social misma¹¹³. El solidarismo proclama la existencia de un vínculo biológico entre los seres humanos en el que se funda esa solidaridad planetaria¹¹⁴.

Catherine Brölmann y Yannick Radi¹¹⁵ hacen referencia a Harold Koh¹¹⁶, el que tempranamente hablaba de un “valiente nuevo mundo” del DI, en el que los actores transnacionales, las fuentes del derecho, la asignación de la función de decisión y los modos de regulación van mutado en formas híbridas fascinantes, en las que el Derecho internacional comprende una mezcla compleja de derecho consuetudinario, positivo, declarativo y *soft*. Los autores señalan que al mundo global ya no le interesa qué es el derecho sino cómo se hace, en tanto el derecho es percibido como un proceso dinámico en el que la diferencia entre derecho como norma y derecho como creación colapsa. Ello implica un derecho postnacional y postontológico¹¹⁷, que supera

¹¹² Thierry, H. “The European Tradition in International Law: Georges Scelle. The Thought of Georges Scelle”, *EJIL*, 1990-1, p. 197. Scelle, G. *Précis du Droit des Gens: Principes et Systematique*, ob. cit., 4, p. 7.

¹¹³ Monereo Pérez, J. L. - Calvo González, J. “Léon Duguit (1859-1928): Jurista de una sociedad en transformación”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, N° 4, julio-diciembre de 2005, p. 483 y ss.

¹¹⁴ Peña, L. “Derechos de bienestar y servicio público en la tradición socialista”, en Peña, L. - Ausín, T. - Bautista, O.D. (Coords.), *Ética y servicio público*, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010, pp. 18-19.

¹¹⁵ Brölmann, C. - Radi, Y. “Introduction: International Law Making in a Global World”, ob. cit. p. 1 y ss. (<https://www.elgaronline.com/view/9781781953211.00007.xml>).

¹¹⁶ Koh, R. “A World Transformed”, *20 Yale Journal of International Law* (1998), pp. IX, XI.

¹¹⁷ La expresión fue acuñada por Thomas Franck en su obra *Fairness in International Law and Institutions* (Oxford, 1995, pp. 4-6), tal como lo recuerda Francisco Jiménez García al relacionarlo con el hecho de que los juristas “hemos pasado de cuestionarnos la existencia efectiva del ordenamiento internacional como sistema jurídico para adentrarnos en la crítica del sistema desde la perspectiva

la percepción del Constitucionalismo Global, acercándose a la escuela de New Haven y al Progresismo Transnacional¹¹⁸.

Una perspectiva diferente del DI como “Derecho Transnacional”¹¹⁹ es brindada por Anthea Roberts¹²⁰ quien “abre una ventana a la Sociología”, entendiendo al DI como un “campo legal transnacional”. En su obra alienta a los abogados y juristas internacionales a adoptar un “enfoque comparativo de derecho internacional”, apunta a hacer que los abogados internacionales sean más conscientes de cómo se configuran sus propios entendimientos y enfoques en el campo, y cómo estas influencias pueden ser similares o diferentes de las de los abogados internacionales de otros Estados, regiones o agrupaciones geopolíticas. Considera que al tratar de entender cómo otros ven el DI, a menudo se puede ver el campo desde una perspectiva diferente.

de su legitimidad, imparcialidad y justicia (lo que, en el fondo, no deja de ser la misma cuestión)” (Jiménez García, Francisco. “El Derecho internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su fundamento, concepto y método”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 2010, Núm. 2, p. 123 y ss.). Por nuestra parte, consideramos que no es correcto el uso de la expresión “postontológico” para señalar que la esencia del Derecho deja de concitar interés o de ser concebida como normativa o se ha vuelto difusa o no dispositiva conforme ciertas posiciones sociológicas o politológicas. Que a las corrientes anti racionalistas postmodernas no les interese la naturaleza del “Derecho” como “ser”, como “esencia”, su rol como disciplina independiente, no significa que el “Derecho” no exista como tal, a pesar de las múltiples teorías y proposiciones relativistas, agnósticas, antiesencialistas inspiradas en premisas sofistas, aspecto que consideraremos más adelante (V. *infra* Nota 272). Además, tal como lo señala Leonor Suárez Llanos: “*aunque el analítico renuncie a creer que hay algo que esencialmente pueda denominarse Derecho y a cuestionarse qué es el Derecho (...) con ello ya presupone una concepción jurídica ontológica (...) (Legaz, 1979, 255). Hay una ontología implícita en el relativismo (...)*” (Hassemer, 1985, p. 68)”. (Suárez Llanos, L. “Planteamiento analítico - iusanalítico: El aspecto ontológico”, *22 Isonomia*, México, abr. 2005 (http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182005000100007).

¹¹⁸ V. *infra*.

¹¹⁹ V. *infra* (p. 61, 94, 117) las referencias al Derecho Transnacional.

¹²⁰ Roberts, A. *Is International Law International?*, Oxford University Press, New York, 2017, p. XXII y p. 23 y ss.

Si bien no hay un poder legislativo global, hay ámbitos de intersección, agencias, redes de activismo, creciente número de cuerpos judiciales, los que en conjunto pueden ser considerados como representativos de la comunidad internacional como un todo¹²¹. Las discusiones no faltan. Incluso, a pesar del tiempo transcurrido desde la instauración del régimen de protección de los derechos humanos, el mismo sigue siendo puesto en cuestión¹²²⁻¹²³, al igual que los cada vez más amplios derechos de migración, los derechos restaurativos de las

¹²¹ V. Simma, B. - Paulus, A. “The International Community: Facing the Challenge of Globalization”, *EJIL* 9 (1998), p. 266 y ss.

¹²² V. Koskeniemi, M. “Foreword: History of Human rights as political intervention in the present”, en Slotte, P. - Halme-Tuomisaari, M. (Eds.), en *Revisiting the origins of human rights*, Cambridge University Press, Cambridge-UK, 2015, p. IX y ss.; Slotte, P. - Halme-Tuomisaari, M. “Revisiting the origins of human rights: Introduction”, en Slotte, P. - Halme-Tuomisaari, M. (Eds.), en *Revisiting the origins of human rights*, ob.cit., pp.1-63. Si bien estos autores, entre otros, centran su crítica en la utilización por parte de los “poderes occidentales” en interés propio de la “narrativa” de los derechos humanos y su jerarquía, no puede dejar de observarse que, ante los tribunales especializados, las más de las veces, los beneficiados son los detractores y activistas “anti imperio” y voceros de las políticas de los “Estados poderosos del Este”, para hablar en los mismos términos difusos que prefirieron los autores críticos de los poderes occidentales y sus clásicas escuelas doctrinarias.

¹²³ Ingrid Wuerth recuerda que después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente desde la década de 1980, los derechos humanos se expandieron a casi todos los ámbitos del DI. Al hacerlo, cambiaron las características básicas del propio DI, incluida la definición de soberanía y las fuentes de las normas jurídicas internacionales. Pero entiende que lo que se ha llamado la “edad de los derechos humanos” ha terminado. Ello, si se atiende en términos del número creciente de gobiernos autoritarios, el declive en la arquitectura internacional de observancia de los Derechos Humanos, el creciente poder de China y Rusia sobre el contenido del Derecho Internacional, el resurgimiento de los nacionalismos y los populismos. La autora argumenta que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su conjunto, independientemente de sus beneficios -según la autora, muy discutidos-, parece haber ampliado y modificado el DI de manera tal que lo ha debilitado. Entiende que el debate en torno al DI y los Derechos Humanos debe replantearse para considerar costos y evaluar si el DI, incluido el trabajo de las Naciones Unidas, debe centrarse en un núcleo más sólido y limitado de normas jurídicas internacionales que protejan la paz y la seguridad internacio-

comunidades indígenas y otros derechos vinculados a la solidaridad. A nuestro criterio, esos cuestionamientos se incrementan en forma proporcional a la percepción de la marca ideológico-política y activista que van trasluciendo¹²⁴.

La profundización del choque entre normativistas (derecho como conjunto normativo) y sociologistas (fenómeno jurídico multidimensional de límites científicos difusos) se refleja en los debates sobre la ‘fragmentación’ y la ‘constitucionalización’ del DI, que ya hace más de veinte años preocupa a los doctrinarios y a la propia Comisión de Derecho Internacional.

La CDI ha trabajado sobre la fragmentación del DIP¹²⁵, considerándola uno de los grandes desafíos del DIP. La CDI en su Informe sobre *Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*¹²⁶, del 58º

nales (Wuerth, I. “International Law in the Post-Human Rights Era”, *Texas Law Review*, Vol. 96 (2017), p. 279 y ss.).

¹²⁴ El solo hecho de que el “marxismo clásico” haya buscado demostrar que el DI está inextricablemente imbricado con relaciones sociales más amplias, lleva su construcción al globalismo (Tunkin, G. I. *Theory of International Law*. 2d rev., Ed. Wildy, Simmonds and Hill, London, 2003 cit. por Knox, R. “Marxist Approaches to International Law”, en Lang, A. F. (Jr.) - Wiener, A. *Handbook on Global Constitutionalism*, ob. cit., *passim*. V. asimismo, Miéville, Ch. *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*, Koninklijke Brill, Leiden-The Netherlands, 2005, obra en la que Miéville sistematiza las ideas de Pashukanis y las combina con la teoría de la indeterminación de Martti Koskenniemi. Por su parte, Buckel y Fischer-Lescano argumentan que la ley es un elemento central de la hegemonía contemporánea, develando su falta de objetividad (Buckel, S. - Fischer-Lescano, A. “Gramsci Reconsidered: Hegemony in Global Law.”, *Leiden Journal of International Law* 22.3 (2009), p. 437 y ss.

¹²⁵ V. nuestro trabajo “Derechos especiales/regímenes autónomos y Derecho internacional”, *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tomo I, Tirant lo blanch, Madrid, 2011, p. 521 y ss.

¹²⁶ En 2000, la Comisión, después de un estudio de viabilidad (Hafner, G. “Riesgos resultantes de la fragmentación del Derecho Internacional”, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, anexo), decidió incluir el tema “Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional” en su programa de trabajo a largo plazo.

período de sesiones (1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), para. 243, ha expresado: “243. *La fragmentación del mundo social internacional adquiere significado jurídico al ir acompañada de la aparición de normas o conjuntos de normas, instituciones jurídicas y esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos. Lo que antes aparecía regido por el ‘derecho internacional general’ se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados tales como el ‘derecho mercantil’, el ‘derecho de los derechos humanos’, el ‘derecho ambiental’, el ‘derecho del mar’, el ‘derecho europeo’, e incluso conocimientos tan sumamente especializados como el ‘derecho de las inversiones’ o el ‘derecho internacional de los refugiados’, etc., cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones*”¹²⁷. En el mismo proyecto, el Grupo de Trabajo en 2016

En 2002 incluyó el tema en su programa de trabajo y conformó un Grupo de estudio sobre el tema, si bien cambió el título por el de “*Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*”. Aprobó una serie de recomendaciones, incluida la realización de estudios, comenzando por el que había de preparar el Presidente del Grupo de Estudio, titulado “La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los ‘regímenes autónomos’”. La Comisión aprobó asimismo una serie de recomendaciones, entre ellas la de realizar cinco estudios (que se mantuvieron en el tiempo) bien propios -a nuestro criterio- del enfoque tradicional del positivismo y la analítica jurídica, más allá de las promesas de apertura a percepciones críticas del Derecho que la persona del Presidente del Grupo de Estudio permitía esperar (Koskenniemi, en reemplazo de Simma que había sido designado Juez de la CIJ): “a) La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los “regímenes autónomos”; b) La interpretación de los tratados a la luz de “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” (apartado c del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969) en el contexto de la evolución general del derecho internacional y de las preocupaciones de la comunidad internacional; c) La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención); d) La modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención); e) La jerarquía normativa en derecho internacional *jus: cogens*, obligaciones *erga omnes*, Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, como normas de conflicto” (Ibíd., párr. 512).

¹²⁷ Asamblea General, Documentos Oficiales, 61º período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/61/10).

expresó en su Informe: “241. *En el último medio siglo, el alcance del Derecho internacional ha aumentado de manera espectacular (...). Es difícil concebir actualmente un campo de actividad social que no esté sujeto a algún tipo de reglamentación jurídica internacional*”. “242. (...) *(E)sta expansión se ha producido sin coordinación, en el marco de determinadas agrupaciones regionales o funcionales de Estados. Se ha centrado la atención en la solución de problemas concretos en vez de en el establecimiento de una regulación normativa general similar a la legislación. Esto responde a lo que los sociólogos han denominado la ‘diferenciación funcional’, la creciente especialización de partes de la sociedad y la consiguiente autonomización de esas partes. Es una conocida paradoja de la mundialización que, aunque ha dado lugar a una uniformización cada vez mayor de la vida social en todo el mundo, ha conducido también a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas especializadas y relativamente autónomas de estructura y acción social*”¹²⁸.

Tal como lo señaláramos precedentemente al referirnos a la visión constitucionalista internacional de Bruno Simma, el efecto positivo de los “derechos especiales” sobre el DI actúa como fragmentación útil y necesaria, reflejante de la realidad en movimiento, pero con efecto centrípeto con relación el DI: la constitucionalización de la fragmentación¹²⁹. Por el contrario, la visión sociologista prefiere no hablar de “derechos especiales” sino de “regímenes autónomos”, y percibe a la fragmentación como fuerza centrífuga, vaciadora y disolutoria del DI y, en ciertos casos ajena a lo normativo y dispositivo¹³⁰.

¹²⁸ V. *Anuario de la CDI, 2006*, Vol. II, Segunda Parte pp. 192 y ss. (<http://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf>).

¹²⁹ V. Simma, B., “Fragmentation in a Positive Light”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25 (2003-2004), p. 945 y ss.; Simma, B. - Pulkowski, D. “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, *EJIL* 17 (2006), pp. 483–529.

¹³⁰ Koskenniemi, M. “The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics”, *The Modern Law Review*, Vol. 70, January 2007, N° 1 (<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-2230.2006.00624.x>).

En varios de sus trabajos, Anne Peters¹³¹ concibe a la fragmentación y a la constitucionalización como dos procesos que reflejan dos tendencias en la evolución del DI¹³². Señala que la expresión “fragmentación” suele tener una connotación negativa y se usa como un término peyorativo (en lugar de diversidad, especialización o pluralismo). La “constitucionalización”, por el contrario, se nutre del halo positivo del concepto de constitución, estabilidad, orden, seguridad. Entiende que tanto la constitucionalización como la fragmentación son términos “cargados” que describen no solo los procesos legales en el mundo real del derecho, sino que también son etiquetas para los discursos que los acompañan (principalmente entre académicos, algo menos entre jueces, y mucho menos entre actores políticos que elaboran normas). Las supuestas tendencias hasta ahora no tienen un resultado final claro, como un orden jurídico internacional completamente fragmentado por un lado, o una constitución mundial por el otro. Peters considera que tanto fragmentación como constitucionalización son una cuestión de grado y no son desarrollos lineales. Así, pueden ser vistos como un riesgo o como una oportunidad para el DI en su conjunto según su observador¹³³.

¹³¹ Vg. Peters, A. “Fragmentation and Constitutionalization”, en Orford, A. - Hoffmann, F. (Eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 2016, Oxford Handbooks on line; Peters, A. “Constitutional Fragments: On the Interaction of Constitutionalization and Fragmentation in International Law”, ob. cit. pp. 1-42 (<https://cgc.wp.standrews.ac.uk/2015/04/14/cgc-working-paper-no-2-constitutional-fragments/>).

¹³² Anne Peters distingue la fragmentación “funcional” de la fragmentación regional (“geográfica” / “territorial”). La funcional puede aparecer como fragmentación institucional (diferentes tratados, organizaciones, cuerpos, tribunales) o como fragmentación ideacional (diferentes objetivos y valores) (Peters, A. “The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization”, ob. cit., p.675).

¹³³ Anthony Colangelo hace presente que numerosos internacionalistas consideran que la “fragmentación” acelerada del DI representa una amenaza existencial multinivel para el sistema jurídico internacional, que impide considerarlo como un conjunto coherente unitario, posición que busca rebatir basándose en la teoría de los sistemas y la autopoiesis, considerando que, cuanto más coherente sea el

En el Taller llevado a cabo en Florencia en enero de 2016, organizado por Giovanni Sartori (European University Institute) y Claudio Corradetti (Pluri Courts, University of Oslo) sobre el tópico “Constitucionalismo global y su relación conceptual con la democracia global”, Claudio Corradetti planteó *i.a.* las cuestiones relativas a cómo es posible concebir un paradigma constitucional global de modo independiente a la existencia de cualquier *demos* específico o poder constituyente; cómo se puede derivar sus principios sustantivos sin recurrir a ningún documento constitucional en concreto. Mattias Kumm (NYU-WZBBerlin Social Science Center) conceptualizó al

sistema, mejor será operativa y normativamente (Colangelo, A. J. “A systems theory of fragmentation and harmonization”, *International Law and Politics*, Vol. 49 (2016), p. 1 y ss.). En visión opuesta, Melanie Deshaies recuerda que Mario Prost inicia su trabajo sobre una base teórica, utilizando una epistemología pluralista del pensamiento jurídico que amplía la perspectiva de la mayoría al mostrar, en particular, que varios tipos de fuerzas en tensión pueden ser comprendidos por la noción de “conflicto” y que el fenómeno “jurídico internacional” no se limita a la positividad y / o las normas. Prost deconstruye la percepción “flotante” que los internacionalistas tienen de la unidad de derecho al variar los niveles de análisis y al llevar a cabo series de oposición conceptual que revelan “familias” de unidades más grandes a las que el autor caracteriza por lo sustancial, cultural y lógico. Entiende que, según los vínculos de dependencia ontológica admitidos por una u otra de esas familias, la unidad o la fragmentación del derecho no se juzga a sí misma según los mismos criterios. Así, dependiendo de si se insiste en lo que los une o los opone, algunos ven la concordancia de significado donde otros pueden percibir la antinomia. Prost quiere demostrar que la falta de conocimiento de la incertidumbre que rodea la naturaleza de la unidad del DI socava la eficacia del debate sobre la fragmentación. Propone abrir una “brecha” para renovar la discusión al identificar los posibles significados del concepto de unidad en el DI. Comienza con una historia de ideas basadas en la tradición de la filosofía, desde hace mucho tiempo preocupada por la conjunción de lo uno y lo múltiple (*unitas multiplex*). Esto sirve para basar su tesis de que la unidad no es una objetividad monocausal, sino un informe de dependencias ontológicas dinámicas entre una pluralidad de causas mezcladas en un movimiento de construcción de múltiples niveles, en el que la interpretación del sujeto observador es decisiva, especialmente si se trata del objeto inmaterial de la ley (Deshaies, M. “Mario Prost, *Unitas multiplex*. Unités et fragmentations en Droit International”, *26 Rev. Québécoise de Droit Int'l* (2014), p. 281 y ss.; Prost, M. “International Law’s Unities and the Politics of Fragmentation”, Paper SSRN (www.ssrn.com/en)).

Constitucionalismo Global como un marco cognitivo que combina el concepto de legalidad, es decir, la constitución como fuente última de autoridad pública, con nociones de justicia sustantiva y procesal. El Constitucionalismo Global y su dependencia de la justicia moral y la universalidad proporciona un marco cognitivo alternativo tanto para el legalista (hartiano) como para los relatos estatistas de la máxima autoridad legal. Kumm defendió ese marco cognitivo a pesar de la afirmación crítica de que el constitucionalismo sirve como una nueva herramienta del imperialismo occidental, y el argumento de que el poder menguante de Occidente anuncia la desaparición del proyecto constitucional. El argumento de Kumm contiene tanto una afirmación empírica (“la heurística constitucional captura con precisión la realidad actual del DI”) como un componente normativo (“los criterios de legitimidad del constitucionalismo son normativamente deseables”). En oportunidad del mismo Taller, Maria Adele Carrai consideró el rechazo de China al Modelo Constitucional Global e instó a una comprensión más pluralista de las tendencias constitucionalistas recientes a la luz del excepcionalismo chino y su creciente peso mundial¹³⁴. Esto provocó un debate entre Carrai y Kumm, que reflejó

¹³⁴ Matthieu Burnay recuerda que la retórica del Gobierno chino rechaza toda revisión constitucional y al constitucionalismo en tanto el Partido Comunista Chino sigue siendo la principal fuerza de legitimidad y efectividad en ese país, percepción que extiende a su visión política planetaria. Además, tanto la democracia como los derechos humanos tienen un perfil especial atento a la falta de separación de poderes y a la falta de independencia judicial que impera en ese país. La idea de la fragmentación del DI ha permitido a China justificar su frecuente práctica autocontradictora en distintos foros internacionales (Burnay, M. *Chinese Perspectives in the International Rule of Law: Law and Politics in the One-Party State*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts-USA, 2018, Cap. 3). Una visión abierta y positiva presenta Surendra Bhandari, quien considera características centrales de la constitucionalización como sistema de gobierno global la capacidad de definir y regular las relaciones internacionales. Asimismo, llama la atención sobre algunas tendencias básicas de armonización entre el derecho internacional y las prácticas jurídicas nacionales (Bhandari, S. *Global Constitutionalism and the Constitutionalization of International Relations: A Reflection of Asian Approaches to International Law*, December 27, 2013 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2402084>)).

en gran medida el debate tradicional entre las narrativas de justicia insertadas en lo socio-cultural y las cuestiones de moral universal¹³⁵.

Anne Peters distingue entre Derecho Internacional Público (DIP) y Derecho Público Internacional (DPI). Entiende a este último como un orden jurídico (“leyes comunes de la humanidad”)¹³⁶ para ser aplicado por tribunales nacionales, internacionales, regionales o indígenas, incluyendo prohibiciones domésticas comunes contra el asesinato, asalto, robo y similares hechos¹³⁷. Considera que todo el orden jurídico internacional es de naturaleza pluralista. Lo más importante es que, en ese orden jurídico, existe una multitud de jurisdicciones y fuentes normativas y no una sola “ley mundial” general. A este respecto, cada tribunal y juez -dentro de su propia jurisdicción local, nacional o internacional- tiene un papel único que desempeñar al decidir qué norma jurídica se aplica y cuáles son irrelevantes para el caso. En otras palabras, como dice Michael Barkun¹³⁸, “[e]l mundo no es un mundo de una sola ley, a pesar de los fervientes deseos de lo contrario. Es un mundo de diversos órdenes públicos».

Ingo Venzke¹³⁹ (Director del Amsterdam Center for International Law) se ha centrado en la teoría y la práctica de la interpretación del

¹³⁵ Van Den Meerssche, D. “Global Constitutionalism without Global Democracy?”, *Pluri Courts* (University of Oslo), Feb. 11, 2016 (<https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/blog/guests/2016-02-11-van-den-meerssche-glob-constitutionalism.html>).

¹³⁶ Por su parte, Allott atento a la estructura del Derecho institucional internacional y su enfoque en los intereses comunes, designó a esa institucionalidad “Derecho Público Internacional” (Allott, P. *The Health of Nations: Society and Law beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 297).

¹³⁷ V. *infra* Derecho Público Internacional tratado bajo el subtítulo *Derecho Administrativo Global*.

¹³⁸ Barkun, M. *Law without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community*, Yale University Press, New Haven, 1968.

¹³⁹ Von Bogdandy, A. - Goldmann, M. - Venzke, I. “From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority”, 28 *EJIL* (2017) p.115 y ss.; Venzke, I. “Contemporary Theories and International Law-Making”, en Brölmann, C. - Radi, Y. (Eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, ob.cit. p. 66 y ss.

Derecho internacional y en las diferentes funciones que desempeñan los tribunales internacionales en la gobernanza global. En los últimos tiempos ha puesto especial énfasis en el papel del DI en la creación de condiciones pasadas o presentes de (in)justicia social. Sostiene que las crecientes demandas de la opinión pública mundial de instituciones a través de una discusión exhaustiva de otros enfoques internacionales requieren un cambio de paradigma en el DIP. Entiende que una parte del DIP debe entenderse mejor como Derecho Público Internacional porque permite y disciplina la búsqueda de intereses públicos por parte de las instituciones internacionales. Considera que tales actividades son manifestaciones de autoridad pública internacional. Elabora un nuevo enfoque de los fenómenos de gobernabilidad en la investigación jurídica internacional. Perfil la noción de autoridad pública internacional. Esta visualización incluye varios tipos de instrumentos de gobernabilidad *soft* e informales con mecanismos innovadores, así como las actividades de instituciones informales e híbridas o estructuras similares a redes. Al ocuparse de la formación de las normas señala que muchas teorías contemporáneas abordan la creación de leyes internacionales con un cambio en el énfasis de las fuentes del derecho hacia las prácticas comunicativas que una gran cantidad de actores usa. Mientras los enfoques clásicos consideran a las fuentes como el momento singular de la creación de la norma, en la actualidad, se entiende en general que el proceso más amplio de hablar el lenguaje del DI contribuye a su conformación. La contribución estudia el paso de las fuentes a la práctica comunicativa en el contexto del “giro lingüístico”, que propone que la norma se haga “en acción”. Estudia las principales teorías contemporáneas, comenzando con la Escuela de New Haven¹⁴⁰ a la que considera pionera al pensar en la creación de leyes internacionales como un proceso de toma de decisiones autorizada, deteniéndose en particular, en la teoría del proceso legal transnacional. Contrasta las visualizaciones de la Escuela de New Haven con la teoría de los sistemas, que se abstrae de las estrategias políticas de actores concretos por lo que el derecho

¹⁴⁰ V. *infra*.

se reconoce como una empresa autónoma. Para abordar la práctica combina el pensamiento sociológico de Pierre Bourdieu y las ideas filosóficas del pragmatismo. Al ocuparse de la teoría de la gobernabilidad sugiere prestar más atención a las redes reguladoras como sitios de creación de derecho y a los actores privados cuya producción normativa se impone en el mercado.

Así, el orden jurídico internacional “acumulativo” consiste en una variedad de órdenes legales que interactúan. Cada uno de ellos posee narrativas normativas y procesos de razón pública únicos.

Sebastián López Escarcena¹⁴¹, recuerda que Philip Jessup, como profesor de la Universidad de Columbia propuso en 1956 un “Derecho Transnacional”¹⁴², destinado a regular los hechos o conductas que trascienden las fronteras estatales, incluyendo tanto al Derecho internacional público como al privado, así como otras reglas no incluidas en dichas categorías. Según Jessup, las situaciones transnacionales involucran a individuos, empresas, organizaciones internacionales y todo tipo de grupos de personas. Este derecho híbrido, mezcla de derecho interno e internacional, reconoce la importancia creciente que han adquirido los actores y las reglas no estatales en una comunidad mundial caracterizada por su complejidad”. Años más tarde, Harold Berman propuso desde la Universidad Emory un “Derecho Mundial” que comprende, pero no reemplaza, a los términos “Derecho Internacional” de Bentham y “Derecho Transnacional” de Jessup, y busca rescatar la noción de *Ius Gentium* como derecho común de la humanidad. De acuerdo con David Bederman, este Derecho Mundial sugerido por Berman no solo tendría al *Ius Gentium* como modelo histórico, sino también al *Ius Commune* y al *Ius Canonicum*¹⁴³. Como el Derecho Transnacional de Jessup, el Derecho Mundial de Berman refleja el paso de una sociedad internacional estatal a una

¹⁴¹ López Escarcena, S. “Contextualising Global Administrative Law”, *11 ACIDI* (2018), p. 259 y ss.

¹⁴² V. pp. 94 y 117.

¹⁴³ Bederman, D.J. *Globalization and International Law*, Plagrave Macmillan, New York, 2008, p. 278 y ss.

eminentemente civil, donde el derecho no solo se hace “desde arriba”, por medio de fuentes formales estatocéntricas, sino también “desde abajo”, a través del conjunto de interacciones que se producen en dicha sociedad. El nombre de “Derecho Mundial” utilizado por Berman no es nuevo. Ya había sido empleado por Giorgio del Vecchio, profesor de la Universidad de Roma, quien lo había mencionado en 1962, citando a Kotaro Tanaka de la Universidad de Tokio, dando lugar a la relación entre el “Derecho Mundial” y otra expresión con mayor repercusión doctrina: “Derecho Cosmopolita”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Se ha señalado que cuesta definir lo que se entiende por “Derecho Cosmopolita”, pues la noción de Cosmopolitismo proviene principalmente de las ciencias políticas y de las relaciones internacionales, donde ha sido utilizada con los más diversos significados. De esta manera, puede haber cosmopolitismo institucional, moral o cultural. El primero se caracteriza por promover la reforma del orden mundial y puede, a su vez, ser político, económico y legal, según abogue por una gobernanza global centralizada, por un libre mercado universal, por una justicia distributiva globalizada o un derecho único para la humanidad, estructurado sobre principios constitucionales que destacan el rol que juegan las personas no estatales. Cualquiera sea el adjetivo que lo acompañe, el Cosmopolitismo pone al individuo como unidad central de una comunidad universal compuesta por todos los seres humanos. Diógenes de Sinope (412-323 a. C.) perteneciente a la escuela cínica, fue el primero en calificarse de cosmopolita o ciudadano del mundo en la Antigua Grecia. Más tarde, estoicos como Cicerón (106-43 a. C.) y Marco Aurelio (121-180 d. C.) hablaron en Roma de un derecho universal de la humanidad, sentando las bases del cosmopolitismo legal. Pero no fue sino hasta Immanuel Kant que el derecho cosmopolita empezó a desvincularse del *Ius Gentium* y, con ello, del *Jus Naturale*. Kant consideró que, dado que la humanidad está destinada a la cohabitación y la codependencia, era necesario promover la solidaridad no solo entre los Estados, sino también entre los individuos. A esto lo propugna el Derecho Cosmopolita a través de su principio constitucional fundamental: el de la hospitalidad universal entre los seres humanos. Al asegurar la libertad de movimiento de personas y de comercio de bienes, el *Ius Cosmopoliticum* sería el único capaz de garantizar una paz perpetua. Para lograr ello debía prevalecer jerárquicamente sobre el derecho público nacional e internacional y debía ser implementado por una *foedus pacifum* o federación de repúblicas que tuviera una constitución democrática y separación de poderes, destinada a extenderse progresivamente a todos los Estados (Zolo, D. *Cosmópolis, Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-Méjico, 2000, p. 107 y ss. V. asimismo Zolo, D. “Cittadinanza democratica e giurisdizione”, en Rossi,

Antônio Augusto Cançado Trindade¹⁴⁵ no sólo ha propuesto un nuevo *Ius Gentium* que incluya a los individuos, sino también a los pueblos y a la humanidad como un todo, los que en su opinión conforman la comunidad internacional o *civitas máxima gentium*. Desde esta perspectiva, el planteamiento de Cançado Trindade se acerca al Cosmopolitismo y una particular variante que Geoffrey Gordon¹⁴⁶ ha apellidado como “Cosmopolitismo Innato”, en tanto la humanidad/comunidad tienen voz natural: la opinión pública. En cada articulación, el modelo Cosmopolita Innato observa al mundo como un todo.

Para algunos postmodernos, el debate actual sobre la globalización y el constitucionalismo, que comenzó en la década de los 90, se está desalentando lentamente, para ceder ante las corrientes críticas del DI y la necesidad de apertura doctrinaria a las percepciones de los Estados poderosos del Este -en particular China- que rechazan el triángulo sobre la que reposa el Constitucionalismo Global: estado de derecho, democracia, derechos humanos¹⁴⁷.

Dentro de la multiplicidad de variantes en las aproximaciones doctrinarias al Constitucionalismo Global, en lo epistemológico y metodológico, se comienza a percibir cada vez una mayor incompatibilidad

N. (Ed.), *Giudici e democrazia*, Franco Angeli, Milán, 1994, p. 81 y ss.; Zolo, D. *Cosmópolis, Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-Méjico, 2000, p. 107).

¹⁴⁵ Cançado Trindade, A.A. - Ventura Robes, M.E. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3ra. Edición, CTEIDH-ACNUR, San José de Costa Rica, 2005, p. 259 y ss.

¹⁴⁶ Gordon, G. *Innate Cosmopolitanism. Mapping a latent theory of world norms in international law*, Vrije Universiteit Amsterdam, Amsterdam, 2013, p. 29 y ss. (<https://research.vu.nl/ws/portalfiles/portal/42110291/complete+dissertation.pdf>).

¹⁴⁷ V. Burnay, M. *Chinese Perspectives in the International Rule of Law: Law and Politics in the One-Party State*, ob.cit., Cap. 3); Bhandari, S. *Global Constitutionalism and the Constitutionalization of International Relations: A Reflection of Asian Approaches to International Law*, ob.cit.

entre las visualizaciones normativas (iusnaturalistas¹⁴⁸ y positivistas¹⁴⁹

¹⁴⁸ En trabajo anterior hemos expresado que distintos publicistas han señalado que el derecho natural nutre al derecho positivo como la sangre al cuerpo; que el derecho natural es un derecho positivo en potencia; que el derecho positivo se construye sobre él. Si bien, la doctrina del derecho natural posee numerosas vertientes, puede simplificarse a través de unos pocos elementos reconocidos por la gran mayoría de los juristas, *i.a.*: *existencia de normas reguladoras de los comportamientos humanos que no se deben a la presencia de una norma positiva; *preexistencia de normas no escritas que reflejan una razón objetiva superior, común a todos los seres humanos; *existencia de normas de la naturaleza misma del hombre o de las cosas; *existencia en la base del derecho positivo de elementos objetivos de moralidad, que son los que le dan su fuerza obligatoria final; *necesidad de primacía de los principios de moralidad y de justicia en cualquier construcción de derecho positivo; *existencia de principios jurídicos (eternos, inmutables) más allá de cualquier determinación de voluntad; *normas no escritas que son manifestación de la conciencia necesaria de toda civilización (Drnas de Clément, Z. “Normas imperativas del derecho internacional general (*jus cogens*). Dimensión sustantiva”, en Drnas-Lerner (Eds.), *Estudios de Derecho internacional en Homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Lerner, Córdoba, 2002, p. 647 y ss. (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artiuscogens/?searchterm=cogens>). Jürgen Habermas señalaba que los principios fundamentales del derecho natural racional eran los principios centrales de las nuevas constituciones post Revolución Francesa (Habermas, J. *Teoría y Praxis. Estudios de filosofía social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 87).

¹⁴⁹ El positivismo jurídico rechaza la necesaria relación entre moral y derecho, concibiendo a este último como el conjunto de normas jurídicas emanadas de autoridad estatal competente a través de un procedimiento válido y al que la conducta humana debe someterse. El positivismo como teoría alcanzó su punto máximo a fines del siglo XIX y principios del siglo XX. La teoría es una concepción del DI basado en reglas. Enlaza la ley con el consentimiento del Estado (tratados, costumbre, principios generales consuetudinariamente consolidados). En sus nuevas tendencias, el positivismo es expresado en el “Constitucionalismo” (creciente importancia de las Organizaciones internacionales y su construcción del “orden jurídico” con jerarquías, *vg.* art.103 CNU, *jus cogens*, obligaciones *erga omnes*, normas “*aceptadas*” por la comunidad internacional en su conjunto) (Gillich, I. “The Normativity of Principles within the Positivist Theory of International Law”, *41 N.C. J. Int’l L.* (2015), p. 4 y ss.). Por su parte, Jörg Kammerhofer señala que “el positivismo ha muerto”, que a ningún doctrinario de la actualidad se le ocurriría reivindicarlo, que la revolución en la teoría legal internacional ha barrido a los viejos desacreditados positivistas casados con la majestad del Estado (emperador sin ropa), quedando sólo unos pocos aferrados a su torre de

del constitucionalismo internacional) y las sociológicas¹⁵⁰, si bien, en el Constitucionalismo Global entre estas últimas predominan las percepciones objetivistas sobre las subjetivistas. Las percepciones sociológicas puramente subjetivistas se observan en el progresismo transnacional, el criticismo, las escuelas sociológicas, englobando vertientes posmodernas varias y que consideraremos más adelante.

El Constitucionalismo Global metodológicamente se ubica en el cruce entre el Derecho, la Política, la Sociología. Se ocupa de las relaciones entre los individuos, de las relaciones entre Estados, Organizaciones Internacionales Intergubernamentales y Organizaciones No Gubernamentales. La abstracción de la realidad es una

marfil voluntarista. El mismo autor recuerda que las diferencias entre los positivistas son tan importantes que sería imposible intentar imponer un mínimo común denominador o una definición de positivismo. Sin embargo, identifica algunas posiciones típicas mantenidas por los positivistas: *la identificación o el método de creación de reglas de derecho (normas legales) se basa en “fuentes” escritas en la forma establecida por una autoridad legítima de pronunciamiento, independientemente de su contenido; *mantiene la “tesis de separabilidad”, es decir, la ley es independiente de la moral y puede existir y ser una ley válida sin tomar en cuenta su valor moral; *separa radicalmente a la ley vigente (*lex lata*) del derecho deseable (*lex ferenda*) (Kammerhofer, J. “International Legal Positivism”, www.ssrn.com/en). V. asimismo, D’Aspremont, J. “Herbert Hart in today’s International Law Scholarship”, en Kammerhofer, J. - D’Aspremont, J. (Eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge University Press, Cambridge-UK, 2014, p. 114 y ss.

¹⁵⁰ Concibe al derecho como un mero fenómeno social, centrándose en aspectos tales como: la eficacia de las normas y su efecto social; el rechazo a la ley general por su falta de adecuación a la realidad social; el pluralismo jurídico; el multiculturalismo; la inequidad social; el acceso a la justicia; la justicia distributiva; las funciones sociales del derecho. Metodológicamente, tal como ya lo señaláramos, usa técnicas de las ciencias sociales y de la estadística a las que aplica a los trabajos de campo, empíricos (entrevistas, sondeos, encuestas, muestreos). V. Medina Ortega, Manuel. “Una nueva concepción del Derecho Internacional: El Sociologismo de Myres S. McDougal”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 14, No. 3 (1961), p. 517 y ss.; Jiménez García, Francisco. “El Derecho internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su fundamento, concepto y método”, ob. cit., p. 119 y ss.

tradición del Constitucionalismo¹⁵¹, pero se va abriendo en la visión globalista al análisis de hechos con metodologías cuanti-cualitativas interdisciplinarias, dando preferencia a los posicionamientos de los politólogos del derecho, a las teorías constructivistas de las Relaciones Internacionales propias de la Política y Sociología del Derecho, desdeñando por unidimensional y ajeno a la realidad social al estudio del Derecho como sistema normativo a través de la analítica con percepción dogmática.

Proyecto “Global Constitutionalism and Global Governance” del Max Planck Institut de Heidelberg for Comparative Public Law and International Law

Anne Peters, en su calidad de Directora del Proyecto *Global Constitutionalism and Global Governance*, del Max Planck Institut de Heidelberg for Comparative Public Law and International Law¹⁵², conduce una investigación que se centra en la evaluación de la calidad de fenómenos jurídicos internacionales desde el punto de vista de su capacidad para respetar y proteger los principios constitucionalistas, y esboza y justifica nuevas instituciones, mecanismos y principios que podrían contribuir a realizar mejor los objetivos del constitucionalismo¹⁵³. La investigación en el campo del constitucionalismo global lleva a cabo análisis positivos y normativos. Primero, se pregunta si algunas características del *status quo* del derecho y la

¹⁵¹ Schwöbel, Ch. E.J. *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, ob. cit., p. 93 y ss.

¹⁵² V. Project on *Global Constitutionalism and Global Governance* (<http://www.mpil.de/de/pub/forschung/nach-rechtsgebieten/voelkerrecht/global-constitutionalism.cfm>).

¹⁵³ El proyecto coopera institucionalizadamente -entre numerosos- con Takao Suami (Waseda University Law School, Tokio-Japón), Dimitri Vanoverbeke (Katholieke Universiteit Leuven, Centre for Global Governance Studies, Lovaina-Bélgica), y Mattias Kumm (Wissenschaftszentrum, Center for Global Constitutionalism, Berlin-Alemania).

gobernanza global pueden reconstruirse de manera plausible como derecho “constitucional” e incluso “constitucionalista” (análisis positivo). En segundo lugar, la investigación evalúa la calidad de fenómenos jurídicos internacionales específicos desde el punto de vista de su capacidad para respetar y proteger los principios constitucionales, y esboza y justifica nuevas instituciones, mecanismos y principios que podrían contribuir a alcanzar mejor los objetivos del constitucionalismo (análisis normativo).

Percibe al Constitucionalismo Global como un discurso académico que entiende que las normas e instituciones de gobierno global siguen y respetan los principios del Constitucionalismo tales como el estado de derecho, la separación de poderes, la protección de los derechos humanos, la democracia y la solidaridad. Pero cuando esos principios se transponen al nivel global, tanto los principios constitucionalistas como sus modos de implementación son modificados¹⁵⁴.

La “constitucionalización” del DI es la etiqueta para la evolución de un orden internacional basado en algunos principios organizativos, tales como la soberanía del Estado, el consensualismo, un orden jurídico internacional que reconozca y adopte de manera creativa los principios y valores del constitucionalismo. Los agentes del proceso de constitucionalización global son actores políticos varios, a más de tribunales y académicos.

“Global”, en el Proyecto, es un significante de tres aspectos: *denota la extensión geográfica de la institución político-legal llamada constitución y de la agenda del constitucionalismo; *marca la resonancia de esta institución y agenda en el DI; *requiere a los legisladores y diseñadores de gobernabilidad que tengan en cuenta los intereses y

¹⁵⁴ Armin von Bogdandy, por su parte, se cuestiona sobre el funcionamiento del constitucionalismo europeo en el caso de las violaciones al estado de derecho, a la separación de poderes, a la protección de los derechos humanos, a la democracia (especialmente los casos recientes de los gobiernos de Polonia y Hungría); sobre si el estado de derecho europeo se complementa con “líneas rojas” (Von Bogdandy, A. *et al.* “A potential constitutional moment for the European rule of law: The importance of red lines”, *Common Market Law Review*, Vol. 55-4, 2018, p. 983 y ss.).

necesidades de los seres humanos en diferentes contextos culturales y económicos en todo el mundo.

El Constitucionalismo Global -tal como ya lo señaláramos- se refiere a múltiples niveles de gobierno. Se relaciona tanto con las constituciones estatales como con el Derecho Constitucional Internacional. En el curso de la constitucionalización, los procesos de migración de normas, fertilización cruzada, armonización e hibridación ocurren en muchas direcciones, tanto “verticalmente” (entre los niveles del derecho nacional y el derecho internacional) como “horizontalmente” (entre las constituciones nacionales)¹⁵⁵.

En general, el Constitucionalismo Global considera que debe plantearse la cuestión de la relación entre el orden normativo internacional y el ordenamiento jurídico nacional. Esto es de particular importancia debido a la función cambiante entre esos órdenes y a los diversos desarrollos que los órdenes legales nacionales han alcanzado. Parte de las labores del proyecto del Instituto Max Planck se refleja en el libro publicado por parte del equipo sobre sistema, orden y DI¹⁵⁶. En el último capítulo de esa obra Pierre -Marie Dupuy¹⁵⁷ en sus conclusiones generales señala que el sistema jurídico internacional establecido en 1945 es encarnación del racionalismo occiden-

¹⁵⁵ El proyecto “El Derecho internacional como sistema normativo” de la Universidad Goethe de Frankfurt del Meno, bajo la supervisión de Stefan Kadelbach, se centra en las normas fundamentales y el surgimiento de un orden constitucional en el DIP. A más de la reflexión histórica, considera necesario adentrarse en el concepto de “constitución” a fin de que sea suficiente para incorporar una concepción normativa del orden y que sea adecuado para las características del DIP como un sistema de tolerancia mutua con respecto a valores diferentes. Se pregunta cómo deben calificarse estas normas con respecto a la teoría de las fuentes (convenio, derecho consuetudinario, principios generales) y la teoría legal (reglas o principios). No desdeña el contenido de la norma y su carácter de *jus cogens* o *erga omnes*.

¹⁵⁶ Kadelbach, S. - Kleinlein, Th. - Roth Isigkeit, D. (Eds.), *System, Order, and International Law*, Oxford University Press, Oxford-UK, 2017.

¹⁵⁷ Dupuy, P.-M. “Some brief Conclusions”, en Kadelbach, S. - Kleinlein, Th. - Roth Isigkeit, D. (Eds.), *System, Order, and International law*, ob. cit., p. 505 y ss.

tal, que conlleva una cierta ideología de progreso¹⁵⁸. Se pregunta si ese sistema es realmente universal. Reflexiona sobre el eterno retorno del contraste entre los Estados civilizados y, por ejemplo, la situación del bárbaro islamismo fundamentalista y la ingenuidad de pensar que es posible llevar a todos al reino de la razón. Sin embargo, considera que ello no quita que sea válida la propuesta de reconciliar realismo con utopía.

Dentro del DI, los textos legales dispersos junto con la jurisprudencia pueden formar un cuerpo de Derecho constitucional internacional que es un subconjunto específico del orden jurídico internacional, y que tiene un estatus normativo particular. Este cuerpo no está unido en un solo documento en calidad de constitución mundial. El Derecho Constitucional Global se refiere a normas internacionales con una función constitucional. Así entendido, se puede dividir en tres subcategorías amplias: *normas fundamentales que sirven como una función constitucional para el sistema jurídico internacional en general; *normas que sirven como constituciones de organizaciones internacionales o regímenes sectoriales; y *normas que han asumido o reforzado las funciones constitucionales del derecho interno. Así, el Derecho Constitucional Global puede complementar y dimensionar al Derecho Administrativo Global, al que nos referiremos más adelante.

El proyecto dirigido por Peters señala -entre las máximas metodológicas especialmente importantes para cualquier investigación sobre el Constitucionalismo Global- que, para identificar los elementos de una constitucionalización dentro del DI, la mirada debe vagar entre dos polos: por un lado, el material legal internacional, que debe ser analizado “de abajo hacia arriba” con los métodos doctrinales tradicionales. Por otro lado, ese examen debe realizarse a través de la nueva lente o prisma del constitucionalismo, que permite describir, interpretar y reestructurar los fenómenos legales de manera novedosa y, por lo

¹⁵⁸ Cfr. *infra* Bhandari, S. *Global Constitutionalism and the Constitutionalization of International Relations: A Reflection of Asian Approaches to International Law*, ob. cit., Cap. 2.

tanto, comprenderlos y explicarlos mejor (sin falsificarlos). Considera necesario que los estudiosos del Constitucionalismo Global al evaluar el material legal en base a principios constitucionalistas señalen si, según su análisis, se trata de *lex lata* o *lex ferenda*.

Si bien el análisis normativo se puede distinguir de un análisis positivo de una manera ideal típica, en realidad hay una zona intermedia borrosa. Una razón es que la “descripción” se concibe en sí misma como un desempeño constructivo y sistemático, que se basa en numerosas distinciones y elecciones. Otra razón de la dificultad de distinguir entre el análisis positivo y el análisis normativo son las características específicas del DI, es decir, su típica indeterminación, que resulta de la vaguedad relativa de muchas disposiciones convencionales y la gran cantidad de normas no escritas. Por estas razones, el proyecto estima que, ni los cánones de construcción para la interpretación de tratados ni la investigación empírica sobre la formación del derecho consuetudinario darán resultados claros sobre el grado de constitucionalización de la adjudicación internacional o cualquier otro elemento constitucional dentro del DI.

En el proyecto dirigido por Peters, cada fenómeno es evaluado de manera particular. Un punto central es la “concepción de autoridad”, entendida ésta como la capacidad de configurar unilateralmente la situación jurídica, o bien un ejercicio de *facto* al reducir las libertades y ejercicio de autoridad de otro, materializándose esa capacidad (autoridad) mediante decisiones, regulaciones, informes, guías, directrices, etc., ya sean vinculantes o no.

El Instituto Max Planck, entre otros proyectos, estudia *i.a.* el espacio jurídico europeo a la luz de la integración; el nuevo derecho público europeo; el espacio jurídico americano a la luz de la protección de los derechos humanos y su constitucionalización; las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público, todos ellos con engarce en el Constitucionalismo Global.

Proyectos del Instituto de La Haya para la Innovación del Derecho (ex Instituto de La Haya para la Internacionalización del Derecho/ HiIL)¹⁵⁹

El Instituto -entidad sin fines de lucro- fue establecido en 2005 con el apoyo del gobierno de los Países Bajos y la Organización de Investigación Científica del mismo país con el objetivo de comprender mejor los cambios profundos que están ocurriendo en el entorno en el que operan los sistemas legales y contribuir a su adaptación a las necesidades actuales. Una de las tendencias clave ha sido la mayor conexión transnacional entre los sistemas legales, ya sea directamente o a través de Organizaciones Internacionales. Estudia cómo mejorar los procesos de reglamentación y resolución de conflictos, y cómo expandir el acceso a la justicia, entre otros tópicos. El Instituto opera con la creencia de que los sistemas de justicia en todo el mundo deben mejorarse. Se asocia con varias entidades como ONG, gobiernos y empresarios legales para mejorar los procesos de reglamentación y resolución de conflictos. Guiado por la convicción de que la justicia debería ser accesible para todos, trabaja para aumentar el acceso a la justicia, la innovación y la mejora del respeto al estado de derecho.

Sus temas centrales son la elaboración de normas (en particular por parte de actores no estatales), el rol del poder judicial, el acceso a la justicia, las estrategias para la promoción del estado de derecho, los cambios en la percepción del constitucionalismo, la innovación normativa. Los proyectos se complementan *i.a.* con debates, talleres, conferencias, asociaciones de conocimiento, programas de acción, redes de expertos, becarios.

Desarrolla distintos proyectos. Entre 2009 y 2011, por ejemplo, desarrolló el proyecto sobre la *Creación Jurídica Internacional Informal*, abreviado como IN-LAW en razón de su nombre en inglés (Informal International Lawmaking). El proyecto ha sido desarrollado bajo

¹⁵⁹ V. <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=2211>

la conducción de Joost Pauwelyn (Instituto de Graduados de Ginebra-Suiza), Ramses Wessel (Universidad de Twente-Países Bajos) y Jan Wouters (Universidad Católica de Lovaina-Bélgica). El IN-LAW prescinde de ciertas formalidades usualmente asociadas a la creación jurídica internacional tradicional, lo cual puede observarse desde el punto de vista del resultado¹⁶⁰, del proceso¹⁶¹ y de los actores involucrados¹⁶², especialmente en la cooperación transfronteriza. Así, ésta puede ser informal en el sentido de que no conduce a una fuente tradicional del DI (vg. tratado) sino a guías, estándares, directrices, declaraciones, etc. Parte de los resultados del proyecto se publicaron en el libro *Informal International Lawmaking*, editado por Joost Pauwelyn, Ramses Wessel y Jan Wouters¹⁶³. La obra multidisciplinaria (derecho, relaciones internacionales, economía) evalúa el concepto de legislación internacional informal, su naturaleza legal e impacto a nivel nacional e internacional. Se ocupa de los actores que participan en su creación, los procesos utilizados y los resultados informales producidos. La obra enmarca la legislación internacional informal en torno a tres ejes: *informalidad del producto (nuevos tipos de normas), *informalidad del proceso (elaboración de normas en redes fuera de los Estados y las Organizaciones Internacionales), e *informalidad del actor (participación de organismos públicos, actores privados y organizaciones internacionales y transnacionales). Al analizar empí-

¹⁶⁰ El resultado no lleva a ninguna de las fuentes tradicionales del derecho. Sin embargo, una de las cuestiones consideradas es cómo relacionar el derecho formal con el informal (v. en particular, los desarrollos de Pollack y Shaffer).

¹⁶¹ El proceso se lleva a cabo en redes laxas, foros informales, si bien pueden tener reglas preestablecidas de actuación.

¹⁶² Los actores no son los tradicionales estatales o las OIG. Generalmente son ministerios, autoridades locales subnacionales, agencias independientes o semiindependientes (vg. bancos, cuerpos legislativos o judiciales, grupos especiales como International Competition Network, International Organization for Standardization, etc.).

¹⁶³ Pauwelyn, J. - Wessel, R. - Wouter, J. (Eds.), *Informal International Lawmaking*, Oxford University Press, 2012; Oxford Scholarship Online: enero de 2013 (<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199658589.001.0001/acprof-9780199658589>).

ricamente los procesos nacionales de elaboración e implementación de normas, aborda la cuestión clave de cómo beneficiarse de la efectividad de la legislación internacional informal sin poner en peligro la responsabilidad necesaria en el proceso de creación de normas. Los autores en la Introducción se preguntan si el derecho informal implica un estancamiento o bien un desarrollo del derecho formal con percepción global; si el derecho informal es legítimo, e incluso, si puede considerarse derecho.

En un trabajo contemporáneo al libro¹⁶⁴, Pauwelyn, Wessel y Wouters recuerdan que la gobernanza mundial ya no es un fenómeno nuevo, pero que sigue guardando un aura de misterio, dado que es una estructura sin gobierno, que se aleja del marco doméstico por no tener correspondencia en el mundo global. Solo encuentran analogía ambos niveles a la hora de analizar y desarrollar la rendición de cuentas en la gobernanza global. Consideran que las instituciones de gobernanza global ejercen la autoridad pública de manera similar a la de los gobiernos nacionales que reclaman normas centrales como las tradicionales nacionales: *vg.* democracia y estado de derecho, pero en el contexto global. Hacen presente que la cuestión normativa central no es cómo reformar o ajustar al derecho informal, sino cómo reformar o ajustar al DI tradicional. Uno de los propósitos del artículo fue proporcionar razones para argumentar que los juristas deberían mantenerse conectados con el “mundo real”. Ello no sólo requiere la aceptación de los procesos informales que desempeñan un papel en la creación de leyes, sino también la necesidad de aplicar nociones constitucionales fundamentales (como la rendición de cuentas) a los procesos y resultados del derecho informal. Al hacerlo, señalan que es conveniente tener en cuenta los trabajos sobre la gobernanza global que se han llevado a cabo en otras disciplinas académicas (*vg.*

¹⁶⁴ Pauwelyn, J. - Wessel, R. - Wouter, J. “The Exercise of Public Authority through Informal International Lawmaking: An Accountability Issue?”, *Global governance as public authority: Structures, contestation, and normative change*, Jean Monnet Working Paper 06/11 (<https://ris.utwente.nl/ws/portalfiles/portal/6590859/JMWP-06Wessel.pdf>).

la ciencia política y la administración pública), ya que muchas de las herramientas legales tradicionales pueden resultar menos útiles.

A partir de 2011 el HiiL ha desarrollado *i.a.* el proyecto sobre el *Derecho del Futuro*¹⁶⁵, en el que los investigadores y técnicos se preguntan cómo evolucionará el derecho dentro de 20 años¹⁶⁶.

Consideran que las presiones de internacionalización en las sociedades hacen presumir que los sistemas jurídicos se incrementarán en lugar de concentrarse. Los especialistas entendieron que el DI, aunque no siempre resulte perfecto, es una parte importante de la solución de los desafíos globales. Uno de sus problemas se halla en los distintos sistemas de valores en diferentes partes del mundo y la desigualdad percibida en la aplicación y cumplimiento de las normas, especialmente, cuando se tiene en cuenta que la jerarquía superior del derecho internacional sobre el derecho interno no tiene aceptación general. Al eje metodológico lo centran en el reconocimiento común de una serie de elementos clave de la gobernanza internacional (hasta ahora concentrados mayoritariamente en el contexto estatal). Consideran necesario encontrar y concertar métodos para organizar y dar forma a los elementos clave, entre los cuales se incluyen la legitimidad (rendición de cuentas y representación con miras a la elaboración de normas y su cumplimiento), el equilibrio de poder (especialmente vertical), la noción de unidad y coherencia legales, la noción de jerarquía con la idea de constitucionalización. El ámbito de labor concierne a todas las ramas del gobierno (legislativo, ejecutivo y judicial), a la sociedad civil, a los sectores representativos del comercio internacional, etc. Entienden que la fragilidad del Estado hace más necesaria la construcción de nuevas reglas (sistemas legales sobre base de factores extralegales) que tomen en cuenta la justicia según la percepción del

¹⁶⁵ HiiL. “Law of the future. Vision 2011. Signposting the legal space of the future”, *HiiL. National Law in the global society* (https://www.hiil.org/wp-content/uploads/2018/09/HIIL_n18564_v1_Law_of_the_Future_Vision.pdf).

¹⁶⁶ Entre el 23 y 24 de junio de 2011 (Palacio de la Paz de La Haya-Países Bajos) se llevó a cabo un Foro constituido de 200 estudiosos y líderes de la práctica para debatir sobre los escenarios del derecho en 2030.

usuario local y que construyan sociedades estables y sustentables. La pluralidad jurídica es entendida como reflejo de la vida real.

Además, el Instituto ha trabajado en estrecha cooperación con la Corte Permanente de Arbitraje (PCA), digitalizando laudos arbitrales internacionales históricos de la Corte, haciéndolos disponibles por primera vez en formato electrónico, labor que continúa, entre otros proyectos, contribuyendo así al acceso al conocimiento del DI.

Derecho Administrativo Global

Nico Krisch¹⁶⁷ considera que la aparición de la gobernanza global ha puesto en tela de juicio muchas de las herramientas y conceptos mediante los cuales se ordenaron los espacios tradicionalmente dicotómicos de la política y el derecho nacional e internacional, por lo que varias propuestas estructurantes compiten para ocupar su lugar. Examina dos de esas propuestas: el Constitucionalismo Global y el Derecho Administrativo Global. Estima que ambos representan visiones distintas de cómo enfrentar el desafío de futuro, y señala que la principal diferencia entre ambas radica en sus respectivas ambiciones: las visiones constitucionalistas se proponen describir y desarrollar un orden global plenamente justificado, mientras que las visiones del administrativismo global tienen un alcance más limitado, se centran en elementos particulares de la globalización, reduciendo su análisis a la realización de ideales políticos más estrechos, especialmente la rendición de cuentas. Entiende que un enfoque tan limitado como el segundo plantea serios problemas, principalmente dificultades para separar los asuntos ‘administrativos’ de los ‘constitucionales’ y el riesgo de legitimar instituciones ilegítimas. A pesar de ello, reconoce aspectos positivos, ya que permite al teórico centrarse y comenzar a responder preguntas cruciales de la gober-

¹⁶⁷ Krisch, N., “Global Administrative Law and the Constitutional Ambition”, *LSE Legal Studies Working Paper* No. 10/2009 (February 16, 2009).

nanza global sin saltar a grandes diseños tomados de contextos diferentes y, probablemente, en desacuerdo con el carácter fluido y diverso de la política posnacional.

Sebastián López Escarcena¹⁶⁸, recuerda que la expresión Derecho Administrativo Global (DAG), *Global Administrative Law* (GAL), *Diritto Administrativo Globale*, etc. fue utilizado por primera vez en 2002, en un simposio de la *Administrative Law Review*. Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard Stewart definieron por primera vez al DAG en una publicación de 2005¹⁶⁹, dando inicio a esta visualización doctrinaria en su percepción actual. Se tiende a olvidar, sin embargo, que para entonces Sabino Cassese ya había comenzado en la Universidad de Roma su estudio del derecho más allá del Estado, al que llamaría “Derecho Administrativo Global”. Aun cuando Cassese no fue el único autor europeo en proponer -con anterioridad al mencionado trabajo de Kingsbury, Krisch y Stewart- que los desafíos planteados por la globalización debían ser analizados desde el derecho administrativo, sí ha sido el más prolífico. Provengan de Norteamérica o de Europa occidental, los miembros del “GAL Project”¹⁷⁰ coinciden generalmente en que todo ejercicio de autoridad que tenga un impacto en actores tanto públicos como privados constituye una materia de estudio pertinente. El proyecto postula, en lo esencial, que hay un derecho compuesto por ciertos principios y normas que son aplicables a procesos de naturaleza administrativa que involucran estructuras jurídico-políticas que exceden a las puramente intra e interestatales. De esta manera, el trabajo de Kingsbury, Krisch y Stewart definió al DAG como “*aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales (...) que promueven o que afectan la*

¹⁶⁸ López Escarcena, S. “Contextualising Global Administrative Law”, ob. cit., p. 259 y ss.

¹⁶⁹ Kingsbury, B. - Krisch, N. - Stewart, R. “The emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, 68 (3-4), 2005, pp. 15-61.

¹⁷⁰ GAL Project http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/EPIL_Global_Administrative_Law.pdf

*'accountability'*¹⁷¹ de los órganos globales administrativos, en particular, asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban". Como puede apreciarse, el DAG nació como un método para analizar regulaciones parcialmente ignoradas por el DI. Para esto, el "GAL Project" ha propuesto/propone partir no del DI, sino del Derecho Administrativo, a fin de utilizar algunas de las categorías de este derecho para entender y explicar los problemas que surgen de la globalización. Esta circunstancia explica, en parte, el desarrollo de la escuela del DAG en Norteamérica y Europa occidental. Mientras que en Estados Unidos es más pragmática, privilegiando los aspectos procesales del DAG, en Italia, Francia y España, es más teórica, estudiando preferentemente lo sustantivo de ese derecho.

Benedict Kingsbury¹⁷² ha reconocido la influencia que han ejercido en la teoría del DAG autores como Lorenz von Stein (1815-1890) de la Universidad de Viena, Paul Reinsch (1869-1923)¹⁷³ y Pitman Potter (1892-1981) de la Universidad de Wisconsin-Madison, entre otros. Por esta razón, una de las primeras líneas de estudio del "GAL Project" fue el análisis de una o más organizaciones internacionales -o de éstas en general- desde la nueva perspectiva propuesta. Otra de las líneas fue el análisis de la práctica procesal de los órganos

¹⁷¹ V. *infra* Nota 174.

¹⁷² Kingsbury, B. - Donaldson, M. *Global Administrative Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011(http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/EPIL_Global_Administrative_Law.pdf).

¹⁷³ Paul Reinsch ha considerado a Jan Klabbers como uno de los primeros autores que abordaron sistemáticamente el derecho institucional de las uniones públicas internacionales y puso las bases de lo que se convertiría en la teoría del funcionalismo en el derecho de las Organizaciones internacionales (Klabbers, J. "Rethinking Functionalism: Paul S. Reinsch and the Making of International Institutional Law", *The Straus Institute Working Paper* 02/10 (<http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/siwp/Klabbers.pdf>). V. Reinsch, P.S. "International Administrative Law", *American Journal of International Law*, Vol. 3-1 (1909), pp. 1-45.

globales desde la tradición administrativa estadounidense, centrándose en ciertos principios adjetivos del DAG, como la participación, la transparencia, la motivación jurídica, la revisión judicial y la rendición de cuentas (responsabilidad), en el sentido de la expresión inglesa “accountability”¹⁷⁴.

El Secretario General de Naciones Unidas, en su Informe de 2004 al Consejo de Seguridad titulado “El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, bajo el subtítulo III “Estructurar una terminología común para las Naciones Unidas en el ámbito de la justicia”, define al estado de derecho como “un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas (“accountability”), equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal”¹⁷⁵.

El DAG no se preocupa por marcar las delimitaciones de autoridad entre lo “público” y lo “privado”, y sí se ocupa de las restricciones de procedimiento aplicables a los procesos de gobernabilidad en diferentes ámbitos institucionales -en particular, los ya señalados: una

¹⁷⁴ La expresión inglesa suele traducirse al español como “responsabilidad” (deber de hacerse cargo de sus propias decisiones) y es utilizada en política y el mundo empresarial para hacer referencia un concepto amplio que implica el compromiso de los Gobiernos y empresas con la transparencia de sus acciones y decisiones, como así también el deber de rendir cuentas.

¹⁷⁵ Consejo de Seguridad, S/2004/616 (<https://undocs.org/es/S/2004/616>).

mayor transparencia, participación, toma de decisiones razonada y revisión formal-, aspectos puramente administrativos¹⁷⁶.

Según Kingsbury, se escogió el término “global” para denominar este derecho a fin de destacar la inclusión de sujetos y fuentes que no están entre las generalmente aceptadas en el DI. Anticipándose a Antônio Cançado Trindade¹⁷⁷, el referido estudioso agregó que el DAG tendría que ser visto como parte de un nuevo *jus gentium*, más que como perteneciente al modelo tradicional de *ius inter gentes*. Es por esto que el DAG reconoce como fuentes no solo al DIP, sino también a una versión renovada del *jus gentium*, denominado “Derecho Público Internacional” (DPI)¹⁷⁸, que regula el ejercicio de autoridad de este tipo. El derecho público o administrativo global puede provenir de organizaciones intergubernamentales formales, que son las instituciones internacionales por excelencia, como la ONU o la OEA, de organizaciones híbridas público-privadas o entidades privadas que ejercen funciones públicas, como por ejemplo, la Organización Internacional de Normalización (ISO por sus siglas en inglés), de redes transgubernamentales y transnacionales, que son formas de gobernanza menos estructuradas entre Estados, Organizaciones internacionales y/u otros actores, como el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, y de formas más complejas de gobernanza, como los regímenes regulatorios globales híbridos, multinivel o informales, como los procesos de toma de decisión en materia de pesca que establece la Convención de Patrimonio Mundial. Al respecto, Kingsbury ha insistido en la noción de “publicness” (el carácter de público que debe tener un determinado régimen regulatorio para que pueda ser considerado parte del DAG¹⁷⁹). Esto, en el entendimiento de que

¹⁷⁶ Donaldson, M. - Kingsbury, B. “Ersatz Normativity or Public Law in Global Governance: The Hard Case of International Prescriptions for National Infrastructure Regulation”, *14 Chi. J. Int'l L.* (2013), p. 44.

¹⁷⁷ V. *supra* p. 63.

¹⁷⁸ V. *supra* pp. 59 y 60.

¹⁷⁹ Más allá del DAG, la expresión “publicness” también ha sido vinculada a la idea de que el DI consiste cada vez más en normas que unen a un Estado independientemente de su

“público” es lo que proviene de la totalidad de la sociedad respectiva y se refiere a asuntos de su interés general. Los principios que componen esta condición de “publicness” son, entre otros: legalidad, racionalidad, proporcionalidad, preeminencia del estado de derecho o “rule of law”, y respeto de los derechos humanos.

VonBogdandy, Goldmann y Venzke¹⁸⁰ perciben al Derecho Internacional Público (DIP) como un orden horizontal de convivencia fundado en el consentimiento, sobre la base de un paradigma de derecho privado, criticado muchas veces. Sin embargo, en un intento de atender intereses comunes, el DIP ha desarrollado una estructura institucional sofisticada que es difícil de conciliar con ideas de relaciones horizontales basadas solo en el consentimiento estatal. El Derecho Público Internacional (DPI), por el contrario, lee al DI en relación con intereses comunes y confronta con los problemas de legitimidad. Recuerdan que, en lo que hace a la Ley de Gobernabilidad Global, Benvenisti opta por el DAG, por lo tanto, deja atrás el paradigma de la ley privada cuando se recurre a las instituciones internacionales. Bajo el subtítulo “Derecho Público Internacional *versus* enfoques sociológicos”, Von Bogdandy, Goldmann y Venzke se refieren a la Gobernabilidad global y al proceso legal transnacional. Al ocuparse de la primera, reconocen: *la importancia de las instituciones y procesos más allá del Estado; *la autonomía que disfrutaban las instituciones internacionales frente a los gobiernos; *la importancia de la informalidad de muchas instituciones, procedimientos e instrumentos, y la habitualidad de ir más allá de lo legalmente establecido; *el uso del término “global” en lugar de “internacional”, en tanto enfatiza el multinivel que caracteriza los procesos e interacciones. Entienden que estos mecanismos del DIP - DPI no deberían descuidarse, sino ser objeto de reconstrucciones, que reco-

consentimiento (V. Von Bogdandy, A. - Dellavalle, S. “Universalism and particularism as paradigms of International law”, ob. cit., p. 9 y ss.

¹⁸⁰ Von Bogdandy, A. - Goldmann, M. - Venzke, I. “From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority”, ob. cit., p. 115 y ss.

nozcan que tanto la efectividad como la legitimidad de la actividad institucional internacional dependen en gran medida del derecho público nacional. Normativamente hablando, el gobierno global se entiende principalmente como un proceso tecnocrático relacionado con la “resolución de problemas”.

Para el GAL Project la índole administrativa de una actividad puede proceder de su naturaleza, de sus efectos o de su objetivo, e incluso del tipo de entidad que la realiza.

Benedict Kingsbury, Megan Donaldson y Rodrigo Vallejo¹⁸¹ consideran que el DAG es el cuerpo de reglas o principios y mecanismos que rigen la dimensión procesal de una “administración” global o al menos transnacional cada vez más importante. Su estudio se ha centrado en el diseño de las instituciones de gobernanza global y sus interacciones con otros organismos reguladores extra-nacionales y nacionales, en las reglas y decisiones que producen, y en las normas y mecanismos de procedimiento que rigen sus procesos.

A diferencia de otras teorías (por ejemplo, las que buscan la “constitucionalización” internacional o global), el DAG no busca captar todo el complejo jurídico sino los bordes de varios órdenes que presentan nuevas formas institucionales, que se valen de principios tomados “en préstamo” al ámbito administrativo. Su atención se dirige a la “gestión” de los problemas internacionales de una manera “eficiente” y “legítima”. La metodología del DAG se ha centrado en la identificación y mapeo de la administración global a través de una metodología inductiva, que busca discernir (y hasta cierto punto desarrollar) las normas de procedimiento aplicables a él. Incluye aspectos transnacionales en el derecho público propio de lo administrativo. Renuncia a cualquier visión integral de orden y a cualquier norma *a priori*, a pesar de que la percepción normativa está en el eje de las labores del DAG.

¹⁸¹ Kingsbury, B. - Donaldson, M. - Vallejo, R. “Global Administrative Law and Deliberative Democracy”, en Hoffmann, F. - Orford, A. (Eds.), *Oxford Handbook of International Legal Theory*, ob. cit., p. 2 y ss.

Los autores consideran que la relación entre el DAG y la democracia global es un ideal demasiado ambicioso para la administración global. Ello, debido a que la democracia actualmente carece de herramientas para responder a la globalización y difusión de la autoridad política; y, además, entienden que el DAG no es actualmente democrático: no tiene espacio para las preocupaciones democráticas en sus normas emergentes. Sin embargo, el enfoque del DAG podría abrir un prometedor terreno a la democracia deliberativa más allá del Estado.

El GAL Project ha sido criticado desde distintas líneas de percepción. Uno de los primeros en cuestionarlo fue Bhupinder Singh Chimni¹⁸², quien lo hizo desde la perspectiva de la escuela de las “Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional”. Según este autor indio, el DAG proviene de una clase capitalista transnacional que busca legitimar, en su propio beneficio, un derecho de naturaleza imperial. En su opinión, el DAG solo pasaría a constituir un instrumento de resistencia y cambio en el DI si sus principios procesales se complementaran con un régimen sustantivo cercano a los derechos humanos, implementado por movimientos sociales globales y Organizaciones no gubernamentales, los únicos actores capaces de hacerlo, allí donde el poder está desigualmente distribuido. Susan Marks y Carol Harlow han compartido, en gran medida y con otras expresiones, las críticas formuladas por Chimni. De acuerdo con Harlow, el GAL no debiera desentenderse de los principios fundantes del Derecho Administrativo comparado, en un contexto de pluralismo jurídico. Esto es, de la democracia y la preeminencia del derecho o “rule of law”, en su acepción amplia -tanto procesal como sustantiva-. Kingsbury, Krisch y Stewart, los autores del trabajo sobre el DAG de 2005, han reconocido estos cuestionamientos en más de una oportunidad. Poco

¹⁸² Chimni, B. S. “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, *International Community Law Review*, 8-1, 2006, pp. 3-27; Chimni, B. S. “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, en Anghie A.- Chimni, B. - Mickelson, K. - Okafor, O. (Eds.), *The Third World and International Order: Law, Politics and Globalization*, Brill Publishers, Leiden-Netherlands, 2003, *passim*.V. *infra* la referencia en este trabajo al TWAIL entre pp.120-125.

después de que se plantearan las primeras críticas al “GAL Project”, convocaron un debate doctrinal a partir de la noción de “publicness”, propuesta por Kingsbury.

Muchos consideran que se trata de la aplicación de viejos conceptos a nuevos fenómenos. Los académicos han estado tratando de adaptar grandes conceptos, como la soberanía, la legitimidad, constitucionalismo, pluralismo, con una ambición normativa visible, la que se percibe mejor en los derechos humanos y la democracia.

Benvenisti¹⁸³ entiende que la ley de la gobernanza mundial ya no se limita a garantizar la “accountability” de los organismos mundiales, sino que sirve para proteger la dignidad humana y la misma viabilidad del Estado democrático.

De cualquier manera, no es común que los estudiosos del DAG se ocupen del carácter jurídico de su teoría. Esto los enfrentaría al difícil asunto de conceptualizar el derecho, desviándolos de sus objetivos pragmáticos -por ejemplo, el de aumentar la participación procesal, la transparencia, la motivación jurídica, la revisión judicial y la “accountability” en los distintos niveles.

Una de las críticas más interesantes al “GAL Project” es la proveniente del “*Proyecto sobre el Ejercicio del Poder Público Internacional*” del Instituto Max Planck de Heidelberg, a veces abreviado como IPA por su denominación en inglés (*International Public Authority*). Este proyecto del Max Planck tuvo dos fases: una destinada a las instituciones internacionales en general, y otra a las instituciones judiciales en particular. El IPA Project se centró en el Derecho público y se consideró a sí mismo como una síntesis de los intentos anteriores de estudiar y solucionar los vacíos normativos que produce la gobernanza global, dentro de los cuales incluyó al “GAL Project”. Sus autores definieron al ejercicio del poder público internacional como “todo tipo de actividad de gobernanza por instituciones internacionales, sean administrativas o intergubernamentales (que) determina a los

¹⁸³ Benvenisti, E. “Upholding Democracy amid the Challenges of New Technology: What Role for the Law of Global Governance?”, *EJIL*, Vol. 29-1 (2018), p. 9 y ss.

individuos, asociaciones privadas, empresas, Estados, u otras instituciones públicas”. La aproximación propuesta desde el Instituto Max Planck de Heidelberg pretendió dar una explicación más estrictamente conceptual de la internacionalización del Derecho Administrativo, que la ofrecida por el “GAL Project”. De ahí que Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann y Philipp Dann, hayan destacado que las instituciones internacionales no pueden ser confundidas con las internas, como ocurre cada vez que se proponen soluciones normativas apoyadas en simples analogías domésticas, como lo hace el GAL. Precisamente por esa razón es que los enfoques del IPA y del GAL difieren. Según Von Bogdandy, Dann y Goldmann, la noción de DAG implica una fusión del DI y del Derecho Administrativo que no toma en consideración el hecho de que las normas jurídicas internacionales y las internas tienen una legitimidad de origen fundamentalmente distinta: el consentimiento estatal, por un lado, y la soberanía popular, por el otro. Kingsbury y Cassese han recogido escuetamente las críticas de este proyecto, al que el administrativista italiano ha llamado “Escuela de Heidelberg”. Lo cierto es que, al buscar instrumentos de Derecho público interno para dilucidar asuntos no resueltos por el DI, por medio de un método descriptivo-prescriptivo, las iniciativas de estas escuelas se superponen. No debiera llamar la atención, por lo tanto, que la así denominada “Escuela de Heidelberg del DAG” haya reconocido expresamente su conexión con el Derecho Institucional Internacional, el DAG y el Constitucionalismo Global.

Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann e Ingo Venzel¹⁸⁴, con relación al “Institucionalismo”, recuerdan que la capacidad de la toma de decisiones autónoma de las instituciones internacionales permite formular intereses comunes para sus Estados miembros. En este sentido, el Derecho Institucional se desarrolló principalmente de acuerdo con un entendimiento funcionalista de las instituciones inter-

¹⁸⁴ Von Bogdandy, A. - Goldmann, M. - Venzke, I. “From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority”, *ob. cit.*, p. 120 y ss.

nacionales. Como Jan Klabbers¹⁸⁵ ha señalado, la orientación funcionalista del Derecho Institucional Internacional se deriva de la idea de que las naciones son muy interdependientes y, por lo tanto, inevitablemente necesitan cooperar en forma permanente y no esporádica. Paul Reinsch, identificado por Klabbers como el primer erudito del Derecho Institucional Internacional, incorporó este enfoque en una narrativa de progreso. Influenciado por Mitrany creía que las organizaciones técnicas despolitizadas tendrían un efecto calmante sobre los intereses nacionales dominantes y contribuirían a la paz mundial.

La vía del DAG, en líneas generales y a modo de resumen, ha reconocido la existencia de un orden flexible basado en pequeñas instituciones, redes transnacionales, procedimientos administrativos locales, oscilando entre lo público y lo privado. Alexander Somek¹⁸⁶ recuerda que el DAG se basa en el reconocimiento de que los más importantes desarrollos en el DI se han dado en su dimensión administrativa. Así resalta que las transacciones transnacionales en el ámbito de acuerdos del GATT y la UE muestran el aumento de la cooperación, en un acoplamiento flexible y efectivo, ajustado a la “racionalidad administrativa”.

¹⁸⁵ Klabbers, J. “Constitutionalism Lite”, *International Organizations Law Review* (2004), Vol. 1, p. 31 y ss.

¹⁸⁶ Somek expresa: “*The Global Administrative Law (GAL) project is based on the recognition that the most important recent developments in international law have enhanced its administrative dimension. What can be observed today, from the preparation of side agreements to the GATT all the way down to the regulation of foodstuffs in the European Union, is an increase in transnational regulatory cooperation and in joint efforts at implementation. The new world of international law is the world of loosely coupled, but often highly interactive and effective, mutual engagements between and among national and international bureaucracies. GAL concerns itself with identifying, where possible, their legal form and with establishing control. Owing to its broad sweep, global administrative law appears to offer a re-description of particularly important parts of international law [...]. It actually draws a picture of international law which has come under the dominating way of administrative rationality.*” Cfr. Somek, A. “The Concept of ‘Law’ in *Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury*”, *EJIL*, Vol. 20-4 (2009), p. 985 y ss.

PARADIGMAS ORIENTADOS A LA POLÍTICA Y A LA SOCIOLOGÍA

Consideraciones preliminares

Los paradigmas orientados a la política (el derecho como proceso y no como resultado, como producto) generalmente están asentados en reflexiones sociológicas (el derecho como fenómeno, como circunstancia social).

Con anterioridad hemos señalado las advertencias de Jean D'Aspremont frente a la deformalización, las que le llevaron a cerrar uno de sus trabajos con la siguiente frase “*deformalization is not a benign tool. It must be wielded with care*”¹⁸⁷.

Hengameh Saberi¹⁸⁸ advierte sobre las trampas del razonamiento político y sus promesas. Entiende que la teoría internacional antiformalista actual capta perfectamente las debilidades del abuso de la deducción en la interpretación jurídica propia de las corrientes clásicas formalistas del derecho (crítica extensible a la inducción con fines constitucionalistas) pero poco fundamenta los defectos similares en el razonamiento político. Asimismo, señala la falacia de una asociación inherente entre ley - formalismo y entre política - antiformalismo.

¹⁸⁷ D'Aspremont, J. “The Politics of Deformalization in International Law”, ob. cit., p. 550.

¹⁸⁸ Saberi, H. “Between the Scylla of Legal Formalism and the Charybdis of Policy Conceptualism: Yale’s Policy Science and International Law”, en Hoffmann, F. - Orford, A. (Eds.), *Oxford Handbook of International Legal Theory*, Oxford Handbooks, 2016, p.2 y ss. del Research Paper, Osgoode Legal Studies Research Paper Series 42. <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1041&context=olsrps>.

Florian Hoffmann, intenta medir la brecha entre el derecho y la política, encontrando que el proyecto liberal de DI, en la actualidad sufre las tensiones y opciones de la preferencia profesional de los internacionalistas (objetivismo legal o relativismo político)¹⁸⁹. Hace presente que, si se hace una lectura histórico-crítica del DI, el “legalismo” ya nació como un marco ideológico para defender un proyecto internacionalista liberal.

Señalamos estas pocas posiciones frente al antiformalismo solo para advertir de las fisuras y llamar la atención sobre los argumentos antinormativistas.

Debilitación del normativismo

Pluralismo Jurídico Global

Thomas Boudreau¹⁹⁰ considera que el concepto de “Pluralismo Jurídico Global” capta de manera precisa, aunque imperfecta, el fenómeno de un orden jurídico internacional diverso y multifacético. El pluralismo jurídico global es un fenómeno más complejo que la simple difusión/expansión interna de las normas internacionales en una serie de diferentes tipos de entidades jurídicas, como tribunales, comunidades jurídicas o jurisdicciones transnacionales. Esto es, mucho más que una simple conceptualización de “conflicto de leyes”. Este fenómeno está ocurriendo en un orden de magnitud mucho mayor entre órdenes legales completos, así como entre y dentro de jurisdicciones nacionales o transnacionales, por lo tanto, a veces hay niveles de complejidad compatibles y con frecuencia competitivos en las interacciones

¹⁸⁹ Hoffmann, F. “International Legalism and International Politics”, en Orford, A. - Hoffmann, F. (Eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 2016, Oxford Handbooks on line (<https://academic.oup.com/ejil/article/28/1/329/3097826>).

¹⁹⁰ Boudreau, Th. “Paradigms Lost and Found: The Emergent International Legal Order”, *30 J. Juris* 65 (2016), p. 65 y ss.

multifacéticas entre órdenes legales completos que contribuyen al pluralismo jurídico global. Esta complejidad inicial es reconocida por varios académicos, como los ensayos pioneros de Sally Falk Moore. Las premisas básicas del Pluralismo Global son: *la realidad pluralista emergente es una razón clave por la cual la investigación jurídica debe convertirse en una parte crítica de cualquier formación jurídica o académica; *la difusión interna de normas legales compartidas entre diferentes jurisdicciones nacionales está sucediendo incuestionablemente, e incluso entre diferentes ordenamientos jurídicos, así como en jurisdicciones nacionales o transnacionales; *la difusión nacional o transnacional ocurre cuando los tribunales nacionales o transnacionales se refieren a los casos respectivos y a la cultura normativa o incorporan esas leyes “comunes” a los sistemas legales en sus propias decisiones. Estas son, en esencia, las leyes comunes de la humanidad. Con ello se acerca a la visión del Derecho Público Internacional al que nos refiriéramos precedentemente.

Nico Krisch¹⁹¹ opone el Pluralismo al Constitucionalismo. Propone conceptualizar y desarrollar el orden postnacional en una vena pluralista, caracterizada por una multiplicidad de subórdenes legales, no conectados a través de un marco global, sino que interactúan a modo de decisión política. Muchas áreas de la gobernanza regional y global pueden entenderse en tales términos, por ejemplo, el régimen europeo de derechos humanos, el régimen de sanciones de la ONU en su tensión con los derechos humanos, el complejo régimen del comercio internacional, del medio ambiente y de la seguridad alimentaria. Analiza al derecho postnacional y los marcos principales para conceptualizarlo. Observa que las distinciones binarias dentro/fuera y vinculante/no vinculante están dando paso a formas más gradualizadas de autoridad normativa en la práctica de la gobernanza dentro y fuera del Estado. El derecho nacional, regio-

¹⁹¹ Krisch, N. “Global governance as public authority: An introduction”, *International Journal of Constitutional Law* 10-4 (2012), pp. 976 y ss.; Krisch, N. *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 34 y ss.

nal e internacional están cada vez más entrelazados. El emergente derecho postnacional ejerce presión sobre los principios rectores y las formas de legitimación de los diferentes órdenes: las formas internas de legitimidad y las instituciones internacionales basadas en el consentimiento y orientadas a la diversidad ya no están claramente separadas y entran en conflicto. Los intentos de contener este desafío re-domesticando la gobernanza global en los marcos constitucionales nacionales parecen ser imprácticos y normativamente problemáticos. Para el nuevo orden legal postnacional, destaca dos visiones estructurales: constitucionalismo y pluralismo. Krisch analiza el legado del constitucionalismo para la política y el derecho más allá del Estado. Describe los diferentes modos en los que el constitucionalismo se ha conceptualizado en contextos regionales y globales, se pregunta qué significa “traducir” tal concepto a otra esfera e investiga el pedigrí histórico y normativo de sus principales líneas: limitación del poder y constitucionalismo fundacional. Entiende que el constitucionalismo fundacional ha sido la tradición dominante en la política occidental durante los últimos dos siglos, pero si se toma la experiencia de las sociedades divididas como una medida, es poco probable que se canjee por completo su promesa de enmarcar (y domar) la política a través del derecho en los más diversos espacios postnacionales. Sin embargo, reducir las ambiciones y retirarse a una forma de constitucionalismo que limite el poder -un paso frecuente en los debates actuales- vendería el proyecto constitucionalista: no cumpliría la promesa más radical relacionada con él históricamente. Desarrolla una alternativa pluralista al constitucionalismo postnacional. El pluralismo reconoce la separación borrosa de las capas de la ley, pero no busca reorganizarlas en un marco legal general. Se concibe una estructura jerárquica en la que la interacción de las diferentes capas no está determinada en última instancia por una regla legal suprema, sino que se rige por una variedad de normas (potencialmente conflictivas) que emanan de cada una de las capas. El pluralismo se ha utilizado cada vez más como un prisma para comprender la estructura de la ley más allá del Estado, pero hasta ahora ha ganado menos atención como visión normativa, si bien debilitada.

Krisch desarrolla un argumento normativo basado en la autonomía de los individuos en un mundo en el que las visiones del alcance correcto de la política se contraponen. Entiende que las visiones divergentes merecen respeto y deberían reflejarse en las estructuras institucionales. Un orden abierto, pluralista, es mejor que una respuesta constitucionalista en la que las relaciones deben encontrar una solución jurídica. Analiza el régimen europeo de derechos humanos, a menudo considerado como un excelente ejemplo de constitucionalización más allá del Estado. El régimen se considera pluralista, ya que se caracteriza por una relación heterárquica entre sus partes constituyentes y, en última instancia, se define políticamente y no legalmente. Rastrea el surgimiento y el funcionamiento de este orden pluralista a través de la interacción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con los tribunales nacionales. Estos casos no solo muestran conflictos sobre cuestiones de supremacía, sino también convergencia y armonía significativas en la práctica cotidiana. Analiza la disputa sobre la protección de los derechos en las sanciones de las Naciones Unidas para elucidar las estructuras emergentes del derecho post-nacional. Esta disputa, que plantea la alta política de seguridad contra diversas interpretaciones de los derechos fundamentales, pone de manifiesto el creciente entremezclamiento de capas de la ley de una manera particularmente visible, ejemplificada por Krisch en el derecho y la jurisprudencia del Reino Unido y la Unión Europea. Los tribunales en esas jurisdicciones han desarrollado enfoques muy diferentes, que van desde las visiones monistas / constitucionalistas a las visiones pluralistas, y desde afirmaciones de supremacía de los niveles internacional, regional y nacional a actitudes más abiertas y menos estratificadas. Considera que la percepción pluralista, a pesar de la diversidad sustancial en los enfoques, no ha llevado a la inestabilidad. Los desafíos para el régimen de la ONU no han producido un serio incumplimiento, y la contestación pluralista a sus fundamentos ha sido generalmente amortiguada por un modo de cooperación complaciente y pragmática. En lo que hace a la gobernanza global analiza las interacciones institucionales en el área y muestra cómo las afirmaciones de supremacía competitiva se relacionan con reclamos más amplios de varios colectivos que luchan por el control en la

construcción de la gobernanza global. Sugiere que los límites de la cooperación se deben menos a las estructuras institucionales que a las sociales. Al rastrear importantes éxitos de cooperación a pesar del conflicto altamente politizado, también indica que un orden pluralista, al dejar abiertas las cuestiones de principios, puede proporcionar una válvula de seguridad para asuntos de gran relevancia, evitando así la fricción que un orden constitucionalista más legalizado podría producir. Se ocupa de las perspectivas de la cooperación y los problemas de poder en el pluralismo. A medida que los regímenes posnacionales cambian y se fortalecen, provocan desafíos por parte de los actores (incluidos los nacionales, que generalmente se encuentran al margen del diseño y la adaptación del régimen).

La apertura del pluralismo ayuda a construir autoridad a lo largo del tiempo. Contrariamente a los supuestos generalizados en la literatura, también puede ayudar a remediar las asimetrías de poder en la gobernanza postnacional. A medida que los regímenes evolucionan, impulsan procesos de cambio normativo y provocan una mayor demanda de transformación institucional por parte de actores previamente excluidos. Investiga las implicaciones del pluralismo para la democracia y el estado de derecho. No desarrolla una teoría completa de la democracia postnacional, sino que analiza las formas en que un orden pluralista se relaciona con los parámetros clave de dicha teoría. El atractivo del pluralismo radica en su capacidad para responder a la pluralidad de los problemas de gobernanza, la multiplicidad de *demoi* y la importancia de la impugnación de la democracia en un enfoque multidimensional adecuado al espacio postnacional. Las mayores preocupaciones suelen derivarse de las tensiones del pluralismo con el estado de derecho y la seguridad jurídica. Sin embargo, estas preocupaciones según Krisch son exageradas son exageradas, ya que también en contextos constitucionalistas, la seguridad jurídica es siempre limitada y el estado de derecho no representa un valor absoluto¹⁹².

¹⁹² Con relación al estado de derecho, en sentido similar, Armin vonBogdandy (Director del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law in Heidelberg) hace referencia a la “crisis del estado de derecho” de la Unión Euro-

El pluralismo alcanzó impulso en los últimos veinticinco años, particularmente, en el ámbito de los derechos humanos, llevando al alejamiento del derecho en el plano internacional de la voluntad de los Estados, tal vez anunciando la nueva sociedad de ciudadanía multicultural o transnacional en la que la gobernanza y la solidaridad han de reemplazar a la coerción estatal¹⁹³. La “ciencia jurídica” es concebida como fenómeno social complejo, red de permanente diálogo y acomodamiento, que reemplaza a la determinación autoritativa de las normas.

Corrientes orientadas predominantemente a la Política

Distintas Escuelas de Derecho influenciadas por la política se alejan del normativismo en tanto conciben al derecho no como producto sino como proceso. Sólo nos ocuparemos de dos de ellas por ser imposible en un trabajo sucinto como éste abarcar el rico y extenso trabajo de la multitud de universidades, centros académicos e instituciones especializadas que se ocupan del tema. De las escuelas centradas en la percepción predominantemente sociológica nos ocuparemos más adelante.

pea como fenómeno multifacético. Destaca *i.a.* el resquebrajamiento producido en algunos Estados de la UE de la separación de poderes a través de variadas acciones gubernamentales que socavan la independencia de los Tribunales Constitucionales, alteran la composición de los Consejos de la Magistratura, separan jueces no alineados políticamente al gobierno, obligan a jubilarse a jueces de la Corte Suprema, etc. (Von Bogdandy, A. *et al.* “A potential constitutional moment for the European rule of law: The importance of red lines”, *ob. cit.*, p. 983 y ss.) (<https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/instituut-voor-bOGDANDIpubliekrecht/europees-recht/cml-rev.-vol.-55-no.-4-guest-editorial.pdf>).

¹⁹³ Parra, J. F. “Transmigraciones denizens: exclusión política y migración internacional”, *Circunstancia (Investigaciones en Curso)*, Año IV, Número 10, mayo 2006 (https://www.researchgate.net/publication/28117102_Transmigrantes_denizens_Exclusion_politica_y_migracion_internacional).

Escuela de Yale (Escuela de New Haven, Escuela del Proceso Jurídico Transnacional o de la Jurisprudencia orientada a la Política)

Numerosas escuelas doctrinarias han recibido el nombre geográfico del lugar donde nacieron. Tal el caso de la *Escuela de Yale* (conocida como *Escuela de New Haven* por su ubicación geográfica). Esta Escuela reconoce la importancia del Derecho Transnacional iniciado por Jessup¹⁹⁴, hallándose influenciada por Jaques Derrida y, más cercanamente, relacionada con las dimensiones postestructuralistas de la deconstrucción en oposición a las dimensiones fenomenológicas propias de la Sociología. La Escuela de Yale es más similar a la versión de deconstrucción de los años '70 -que John D. Caputo describió como un “juego nietzscheano de significantes”¹⁹⁵- que de la versión de deconstrucción de los años '90. Los antecedentes intelectuales de esta escuela doctrinaria se encuentran en la jurisprudencia de Roscoe Pound (reconciliación de la antinomia estabilidad-transformación)¹⁹⁶ y el realismo jurídico estadounidense (oposición al formalismo jurídico y a la justicia mecánica y

¹⁹⁴ V. pp. 61 y 117.

¹⁹⁵ Para Nietzsche -valiéndose del mito de Ariadna- la interpretación se puede dar en dos niveles: el contenido manifiesto y el contenido latente. Nietzsche reinterpreta el mito original de Ariadna, vinculado a la significación emblemática de los personajes como expresión del eterno retorno (recordar-repetir-reelaborar) y de la voluntad de poder. Pone en cuestión la ley (generalidad) al criticar el mito de la racionalidad apolínea (sueño) y destacar su perpetua tensión con la transformación dionisiaca. Las representaciones históricas se convierten en sedimentaciones significantes, pero el sentido de las cosas sólo puede descifrarse mediante un análisis genealógico que rastree desde sus orígenes qué voluntad de poder y qué fuerzas han animado los significados y los conceptos. (V. Caputo, J.D. “Three Transgressions: Nietzsche, Heidegger, Derrida”, *Research in Phenomenology*, Vol. 15-1 (1985), p. 62 y ss.; Muñoz Gutiérrez, C. *Vida y Saber: Nietzsche*, p. 5 (<https://webs.ucm.es/info/psologica/filosofia/nietzsche.pdf>).

¹⁹⁶ Hierrezuelo Conde, G. “Pound, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Traducción y Estudio Preliminar por José Puig Brutau”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXVII, Valparaíso 2005, pp. 582-586.

sus racionalizaciones *post hoc* para justificar las decisiones alcanzadas sobre bases no jurídicas)¹⁹⁷.

La jurisprudencia es central para la teoría, ya que refleja la toma de decisiones sociales. La interpretación del derecho por la jurisprudencia es un sistema de creación del orden público mundial básico en permanente evolución hacia un orden jurídico óptimo. En el DI, refleja las expectativas de los miembros relevantes de la comunidad en materia de patrones de comportamiento estables de los sujetos internacionales. La principal tarea jurisprudencial e intelectual es la prescripción y aplicación de políticas que mantengan el orden de la comunidad y al mismo tiempo logren la mejor aproximación posible de los objetivos sociales de la comunidad (valores compartidos)¹⁹⁸.

Es activista, tiene un *top-down approach*, al proponer soluciones desde arriba, en este caso, provenientes de la academia, vinculando derecho y políticas públicas. Plantea una aproximación teleológica al DI (y eventualmente también al nacional) a fin de superar las deficiencias del realismo jurídico norteamericano y como una reacción frente a la pretendida neutralidad del formalismo y del enfoque meramente descriptivo del positivismo.

El sistema jurídico es visto como un “proceso de toma de decisiones” y no como algo estático. Entra en la dialéctica entre autoridad y poder¹⁹⁹. Al desplazar la atención desde las normas formales al modo en que las decisiones son efectivamente tomadas, adquieren especial relevancia los valores a los que da preeminencia, así como la interrelación entre el DI y otros procesos mundiales, sociales o económicos.

¹⁹⁷ Letter, B. “Realismo Jurídico Estadounidense”, Cap. 7, en Fabra Zamora, J.L. - Núñez Vaquero, A. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, UNAM (<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>).

¹⁹⁸ Reisman, W. M. “The View from the New Haven School of International Law” (1992), *Faculty Scholarship Series*, 867, p. 118 y ss. (https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1871&context=fss_papers).

¹⁹⁹ Bianchi, A. *International Law Theory. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, ob.cit. Cap. 5, p. 91 y ss.

Ello provoca, sin embargo, un alto grado de indeterminación en el derecho, perdiendo éste su autonomía e independencia. De allí han surgido las principales críticas a este enfoque. Pero sus defensores, próximos al realismo, arguyen que eso es lo que efectivamente ocurre en la práctica, debiendo ser así asumido.

Fassbender²⁰⁰ recuerda que esta escuela está centrada en el proceso, en el contexto y en la decisión. Resalta la importancia de no confundir las expresiones “constitutional” con “constitutive”. El término clave de la escuela es “constitutive process” que significa “el poder autoritativo ejercido para proveer un marco institucional para la decisión y para el ejercicio de las funciones indispensables”. La escuela considera que los procesos basados en la Carta de la ONU son solo parte del proceso constitutivo del mundo actual. La escuela no soporta la idea de que la Carta de la ONU sea una constitución en sentido normativo (constitución escrita de la comunidad internacional). Lo rechaza, especialmente, por entender que es un revival del normativismo, que es reflejo de un “constitucionalismo convencional inadecuado”. También debe tenerse en cuenta que la Escuela de New Haven utiliza los términos “constitutional” y “constitutive” de modo diferente a Scelle²⁰¹, quien identificaba ambas expresiones, entendiendo que “eran aquéllas que, en un momento dado, en una sociedad determinada, eran reconocidas como base de todas las otras prescripciones normativas y constructivas, por ser esenciales a la vida misma y al progreso de la sociedad”.

²⁰⁰ Fassbender, B. “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, ob. cit., p. 544 y ss.

²⁰¹ Scelle, G. *Précis du Droit des Gens : Principes et Systematique*, ob. cit. 4, 7.

Entre los principales sostenedores de esta Escuela se hallan Myres S. McDougal²⁰², Harold Lasswell, Michael Reisman²⁰³, Richard Falk, John Norton Moore, Oscar Schachter, Burns Weston, entre otros (no todos vinculados a la Universidad de Yale).

Hace ya más de 70 años que McDougal y Lasswell comenzaron en la Universidad de Yale a ocuparse de un derecho orientado a la política en tanto el objetivo de la Escuela está orientado a guiar a los tomadores de decisión en la cuestión relativa a cómo actuar ante

²⁰² McDougal entiende que la ley debe considerarse en referencia a la decisión. La toma de cualquier decisión de importancia colectiva, ya sea por criterios de autoridad o de poder absoluto y cualquiera que sea el tamaño de la comunidad, requiere una elección en el presente entre alternativas con visión de futuro en acción y resultado. Considera inútil venerar el pasado a través de la doctrina del precedente -para efectuar su repetición- ya que la principal preocupación del jurista debe ser intervenir efectivamente en el presente para administrar el futuro (“governor c’est prévoir”) (McDougal, M.S. “International Law and the Future” (1979), *Faculty Scholarship Series*, 2662 https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3677&context=fss_papers). La percepción de la importancia dada a la jurisprudencia es observable en su trabajo titulado “Criteria for a Theory About Law”, pero no a la clásica jurisprudencia “analítica” o “positivista” sino la que permite reconocer las opciones políticas en la toma de una decisión racional dirigida a promover los valores de la dignidad humana. Así puede realizar la descripción de tendencias, análisis de condiciones, proyección de desarrollos futuros y evaluación de alternativas, etc. “When overriding goals are accepted, experiment and creativity may be encouraged by the honoring of a wide range of functional equivalents in the institutional practices by which values are sought” (McDougal, M. S. - Lasswell, H. D. “Criteria for a Theory About Law” (1971), *Faculty Scholarship Series*, 2573, p. 394 (https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2573); V. asimismo Lasswell - McDougal, “Jurisprudence in Policy-Oriented Perspective”, *19 Fla. L. Rev.*, p. 486 (1967); McDougal -Lasswell- Reisman. “Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence”, *8 VA. J. INT’L L.* (1968), p. 188 y ss.).

²⁰³ En su presentación sobre *International Law Legal Theory* (https://legal.un.org/avl/lis/Reisman_IL.html) Reisman señala que, a pesar de la suposición de que la ley es un conjunto estable de reglas, es, de hecho, en todos los niveles, un proceso dinámico y dialectal. Este es especialmente el caso del DI en el que una serie de características únicas hacen que sea más incierto y más volátil que los sistemas legales nacionales.

un problema o situación y no centrado en la interpretación de las normas como tales²⁰⁴.

Michael Reisman, Siegfried Wiessner y Andrew Willard²⁰⁵ recuerdan que la Escuela de New Haven es una “escuela de pensamiento” conformada por una comunidad de académicos que se identifican por sus comunes ideas sobre el proceso social, que poseen un sentido común de misión sobre ese proceso social y una metodología común. La Escuela define a la ley como un proceso y adapta los métodos analíticos de las ciencias sociales a los fines prescriptivos de la ley. Desplegando múltiples métodos, busca desarrollar herramientas para lograr cambios en el orden público y cívico que permiten aproximarse a los objetivos de dignidad humana.

Rosalyn Higgins entiende que el DI no es un conjunto de normas solamente, sino un sistema normativo, ya que el rol del derecho es proveer un sistema operativo para asegurar los valores deseados por todos (*vg.* seguridad, libertad). El DI es un proceso continuo de decisiones autoritativas. Considera que, dado que vivimos en un mundo políticamente cambiante, las decisiones judiciales pasadas no pueden contribuir a resolver los problemas actuales. En lo que hace a las fuentes, estima que, cuanto más se aleja la visión del positivismo, menor importancia tiene la diferencia entre *lex lata* y *lex ferenda*²⁰⁶. Recuerda que, desde el punto de vista marxista el DI no es universal sino una imposición de Occidente. No puede ser universal, ya que

²⁰⁴ Cheng, Tai-Heng. “Positivism, New Haven Jurisprudence, and the Fragmentation of International Law”, *International and Comparative Law Colloquium Papers* (https://www.researchgate.net/publication/41308388_Positivism_New_Haven_Jurisprudence_and_the_Fragmentation_of_International_Law). V. asimismo Suzuki, E. “The New Haven School of International Law: An Invitation to Policy-Oriented Jurisprudence”, *Yale Stud World Pub. Ord.* 1 (1974), p. 30 y ss.

²⁰⁵ Reisman, W. M. - Wiessner, S. - Willard, A. R. “The New Haven School: A Brief Introduction”, *Yale J. Int'l L.* (2007), 32-2, p. 575 y ss. (<http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol32/iss2/14>).

²⁰⁶ Higgins, R. *Problems and Process: International Law and how we use it*, Oxford University Press, Oxford, 8va. ed. 2004, C. 1, p. 1 y ss.; Higgins, R. “Policy Considerations and the International Judicial Process”, *17 ICLQ* (1998), pp. 58-59.

por su naturaleza es un derecho de coordinación de voluntades entre socialistas y capitalistas, si bien, más tarde el acento es llevado de la coordinación de voluntades a la articulación de un interés universal: la supervivencia del ser humano y la priorización de los valores universales del ser humano²⁰⁷.

Hengameh Saberi²⁰⁸ recuerda que el DI orientado según la política de la Escuela de New-Haven²⁰⁹ tenía como objetivo reemplazar el legalismo del pensamiento tradicional por el pragmatismo de las perspectivas científicas interdisciplinarias y sociales. En contraposición a la adjudicación e interpretación centradas en la norma propias del positivismo, en el sistema orientado a la política, el eje gira en torno a la promoción del valor universal de la dignidad humana, lo que Saberi percibe más como un postulado que fruto del razonamiento científico. Más aún, si se tiene en cuenta que durante la Guerra Fría se entendía por valores de la dignidad humana a los que pertenecían al mundo libre y no al totalitarista, daba por resultado que la aplicación e interpretación de esos valores venían a corresponderse con los deseos del Estado líder del mundo “libre” -los EE.UU.- con lo que el pseudo-cientismo de la Escuela de New Haven no resultaba más que un complejo lenguaje al servicio de la legitimación de los intereses nacionales de los EE.UU. En su trabajo, Saberi busca demostrar que el rechazo de los críticos al recurso a la ciencia política ha sido un rechazo del conceptualismo político y su dogmatismo y no un embate al razonamiento político como tal. En lo epistemológico, entre otras críticas, entiende que la Escuela de New Haven opera sobre la incongruencia epistémica, ya que su ambición contextualista general -que pretende realizar un examen riguroso de todos los elementos relacionados- es laxa y no trabaja sobre los valores normativos de la dignidad humana.

²⁰⁷ Vereshchetin, V. - Mullerson, R. “International Law in an Interdependent World”, *20 Columbia Journal of Transnational Law* (1990), p. 291.

²⁰⁸ Saberi, H. “Between the Scylla of Legal Formalism and the Charybdis of Policy Conceptualism: Yale’s Policy Science and International Law”, ob. cit.

²⁰⁹ V. *infra*.

Van Hoof²¹⁰, calificado como estructural-positivista o a “medio camino de serlo”²¹¹, compara al positivismo con el fotógrafo que toma una foto con una cámara defectuosa que no registra los más relevantes aspectos de la realidad, pero se niega a actualizar la foto. Por otro lado, compara al jurista orientado a la política como alguien que trata de tomar una película continuada tridimensional de la sociedad. El primero -considera van Hoof- se mueve en una ficción, el segundo no puede proveer certeza ni estabilidad para que el derecho cumpla su fin.

El movimiento orientado a la política ha sido criticado por los abogados internacionales tradicionales no sólo por minimizar indebidamente el contenido de las normas sino también por ignorar el hecho de que las naciones en su generalidad aceptan el derecho internacional tal como es y lo obedecen²¹².

*Escuela de Harvard*²¹³

Esta Escuela comparte con la New Haven School la precepción de que el Derecho es un proceso más que un conjunto de normas. El proceso está condicionado por factores exógenos e incluso por las personalidades envueltas en el proceso. Entre los que expresaron esa visión en el DI en las primeras etapas figuran Abram Chayes, Thomas Ehrlich and Andreas Lowenfeld con fundamento en Hart y Sachs²¹⁴.

²¹⁰ Van Hoof, G.J.H. *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer, Deventer PB, 1983, p. 44 y ss.

²¹¹ Higgins, R. *Problems and Process: International Law and how we use it*, ob. cit., p. 15, Nota 20.

²¹² Shaw, M. N. *International Law*, 7ma. ed., Cambridge University Press, Cambridge-UK, 2014 (<http://unchallenge.org/wp-content/uploads/2018/09/Shaw.pdf>); Allott, P. “Language, Method and the Nature of International Law”, *45 BYIL*, 1971, p. 79. V. *infra* Dixon, Frossard, Quoc Dinh y otros.

²¹³ Designada así por Bianchi bajo el subtítulo “Harvard’s Legal Process School Distinguished”, en ob. cit., p. 101 y ss.

²¹⁴ Hart, H.M. - Sachs, A. M. *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of the Law*, Foundation Press, New York, 1958.

La escuela sostiene el interdependentismo y el solidarismo. Sus principales doctrinarios en el plano internacional han sido Clyde Eagleton, Wolfgang Friedmann, Thomas Franck, Oscar Schachter, David Kennedy entre otros²¹⁵.

Thomas Franck es una de las principales figuras de esta Escuela, quien le dio fundamento a su percepción particular. Esta escuela se aleja del estricto formalismo y propugna un pragmatismo orientado a la política, con connotación liberal-cosmopolita²¹⁶. Franck introduce el concepto de legitimidad a fines de los '80. En *The Power of Legitimacy among Nations* se pregunta por qué las naciones poderosas obedecen normas débiles, sin mecanismos de sanción efectivos. Su respuesta es que perciben al derecho y a sus instituciones como revestidas de alto grado de legitimidad. Define a la legitimidad como “propiedad de una regla o de una institución que crea reglas, que logra el cumplimiento de las mismas por las personas a las que se dirige normativamente, porque esas personas creen que la regla o la institución han surgido y funcionan de acuerdo con los principios generalmente aceptados del proceso correcto” (validación simbólica)²¹⁷. Considera que los juristas no sólo deben ocuparse de la legalidad sino de la legitimidad.

David Kennedy entiende que el internacionalismo liberal es superior, no por ser logro legal de 1945, ni por ser resultado político de 1648, sino por ser resultado cultural histórico del humanismo occidental frente a la abrumadora fuerza de la intolerancia. No concibe a esa confrontación como choque de civilizaciones -como lo señalara Huntington- ya que entiende que las culturas cambian, se entremezclan y puede haber comunitarismo en Occidente, puede haber individualismo en Oriente, pero la intolerancia está en todas partes. Sin

²¹⁵ Recientemente se ha incorporado Anne Orford a los estudios de Teoría del Derecho Internacional de la Universidad, en calidad de profesora visitante.

²¹⁶ Rajkovic, N.M. - Aalberts, T.I. - Gammeltoft-Hansen, T. *The Power of Legality: Practices of International Law and their Politics*, Cambridge University Press, Cambridge-UK, 2016.

²¹⁷ Franck, T. *The Power of Legitimacy among Nations*, Oup, New York, 1990, p. 24.

embargo, considera que la convergencia puede suceder a pesar de que la “iluminación” tiene oponentes en todas partes²¹⁸.

David Kennedy, en su trabajo “Tom Franck and the Manhattan School”²¹⁹, elabora varios cuadros que clarifican las fuentes del derecho conforme el sistema jurídico de cada momento histórico. Por ejemplo, en el Cuadro 2 (p. 400) se ocupa de la “Fases en el desarrollo de la conciencia jurídica internacional” según sus mutaciones y presenta “tres modernismos liberales relacionados al DI” en base a elementos relevantes a los que podemos resumir en las siguientes características: *primer período 1900-1950 (preocupación por las fuentes del DI, su determinación y su codificación; positivista predominantemente; doctrinarios y jurisprudencia internacional percibidos como grandes actores; protagonismo de las Organizaciones internacionales); *1950-1989 (convenciones como principal fuente normativa; preocupación por la administración y manejo de las instituciones internacionales; visión funcionalista; estadistas y funcionarios como grandes actores), *1990-2000 (recurso a principios y estándares; protagonismo de la sociedad civil nacional e internacional y de las ONG; adjudicación judicial; liberalismo; libre comercio; globalización)²²⁰, etapa que -en ciertos aspectos- aún continúa.

Claire Cutler²²¹ examina la judicialización de los sistemas privados de gobernanza que están transformando la comprensión del “sentido común” de quién debería gobernar Estados, sociedades y economías. Se centra en las instituciones y los procesos transnacionales privados, en los regímenes financieros y de inversión mundia-

²¹⁸ Kennedy, D. “Tom Franck and the Manhattan School”, *35 N.Y.U. J. Int’l L. & Pol.* (2003), p. 435. V. asimismo “Retrato del jurista global o la ética del nuevo cosmopolitismo. Entrevista a David Kennedy”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, I Época, Vol. 4, 2009, p. 71 y ss.

²¹⁹ Kennedy, D. “Tom Franck and the Manhattan School”, ob. cit., p. 400.

²²⁰ Otros cuadros de relevancia para este trabajo se hallan en pp. 402 y 406 del trabajo de Kennedy referido en nota anterior.

²²¹ Cutler, C. “The Judicialization of Private Transnational Power and Authority”, *25 Ind. J. Global Legal Stud* (2018), p. 61 y ss.

les. Considera que esos modelos contribuyen al mantenimiento y a la expansión del capitalismo al ayudar en la gestión y la mitigación del riesgo, pero al mismo tiempo participan en la construcción de los tipos de riesgos que requieren gestión y mitigación. Al hacerlo, están profundamente involucrados en la determinación de lo que requiere la gobernabilidad, así como en la determinación de los mecanismos apropiados y la forma de gobierno. Constituyen una forma de autoridad transnacional privada que desempeña funciones de gobernanza tradicionalmente atribuidas a los Estados y a las autoridades públicas. En las áreas de inversión y finanzas globales, los expertos transnacionales privados crean las bases legales que avanzan y aseguran la expansión del capitalismo como el sentido común de este tiempo. Esas bases legales actúan como una forma de “nuevo constitucionalismo” (global), ya que constituyen los fundamentos materiales e ideológicos para ordenar sociedades y economías²²² bajo la disciplina de una civilización de mercado cada vez

²²² Los juristas del racionalismo, normativistas -como Jochen vonBernstorff- se preguntan si el orden económico actual es injusto, si se pueden transformar o desarrollar las normas e instituciones legales internacionales existentes en un orden económico más justo, cuestión importante cuando se tiene en cuenta que el “desorden” mundial afecta a todos los sectores (Von Bernstorff, J. “International Law and Global Justice: On Recent Inquiries into the Dark Side of Economic Globalization”, *EJIL*, Vol. 26-1 (2015), p. 279 y ss.). Desde la percepción transnacionalista y sociologista la realización de la justicia en relación a las disparidades económicas y sociales es un “proceso en proceso” (como la idea de justicia en las organizaciones transnacionales políticas y grupos de personas indígenas y feministas que se alían en todo el mundo para luchar contra las injusticias que los afectan), alejándose del modelo westfaliano para colocarse en un mundo postnación, en el que las comunicaciones transnacionales juegan un rol principal. Así, Nancy Fraser coloca las disparidades económicas y sociales al lado del no reconocimiento de las reclamaciones culturales y de identidad como las principales manifestaciones de injusticia a nivel mundial (Fraser, N. *Scales of Justice: Reimagining Political Space in Globalizing World*, Columbia University Press, New York, 2010, p. 13 y ss.). Emmanuelle Tourme-Jouannet se basa en Fraser y se centra en las injusticias del Derecho Internacional Económico, propugnando el Derecho al Desarrollo y el Derecho al Reconocimiento (derechos de naciones precoloniales) en el entendimiento que el DI contemporáneo y la sociedad poscolonial

más transnacionalizada. La civilización de mercado involucra una estructura geopolítica, política estructural económica, una estructura de leyes y una estructura cultural basada en una rectitud ética y moral propia de la racionalidad del mercado capitalista como su principal fuerza gobernante. Describe un cambio particular en la gobernanza de la economía política global que está orientado a la expansión del capitalismo transnacional a través de compromisos neoliberales con mercados libres, capital móvil, control estatal mínimo o intervención en actividades comerciales o de mercado, y sistemas de derecho mercantilizados que promueven los derechos de propiedad privada y contraen las reglas del estado de derecho y de la gobernanza global.

Corrientes orientadas predominantemente a la Sociología

Pluralismo Interpretativo (Judicial Law Making)

La *ratio* de las argumentaciones de los tribunales está lejos de las expresiones de Francis Bacon²²³: “Judges ought to remember that their office is *ius dicere* and not *ius dare*, to interpret law, and not to make law, or give law”, como también de la metáfora de Montesquieu²²⁴ al considerar en *L’esprit des lois* a los jueces “bouche de la loi”.

La labor propia, reconocida indiscutiblemente a los jueces es la “interpretación”, actividad intelectual encaminada a desentrañar

no pueden fácilmente desconocer el pasado y reproducir estructuras y prácticas discursivas del legado colonial, aspecto que consideraremos más adelante (Tourme-Jouanet, E. *What is a Fair International Society? International Law Between Development and Recognition*, Hart Publishing, Oxford, 2013; e-book 2015).

²²³ Bacon, F. *The Essays of Francis Bacon*, Charles Scribner’s Sons, New York, 1908, p. 251. (<http://www.people.virginia.edu/~jdk3t/Essays.pdf>).

²²⁴ Marin J.-C. *Le juge est-il toujours la bouche de la loi ?*, Conférence débat “Club du Châtelet”, 23 novembre 2011, p. 1 (https://paris.notaires.fr/sites/default/files/club_du_chatelet_novembre_2011_discours_de_jean-claude_marin_le_juge_est-il_toujours_la_bouche_de_la_loi_discours.pdf).

el alcance, significado, sentido de las normas jurídicas. Gary Born²²⁵ considera que la interpretación en sentido estricto lleva al ente jurisdiccional sólo a agregar información, en tanto el tribunal sólo anuncia las reglas relevantes aplicables al conflicto, siendo su única contribución a la solución de la controversia determinar cómo debe ser aplicado el derecho al caso.

Stephan Talmon considera que la lógica de las decisiones judiciales -desde una visión normativa del derecho no es la lógica del silogismo sino, más bien, la lógica del derecho: el razonamiento lógico es reemplazado por el razonamiento legal, que tiene su base en las tradiciones del sistema jurídico²²⁶.

Hélène Ruiz Fabri²²⁷, al referirse a la dimensión creadora del derecho que tienen vía interpretación expansiva las decisiones internacionales, en especial, las jurisdiccionales, trascendiendo el caso particular y las relaciones interpartes, ha expresado que ese rol (creador o no) no depende de la voluntad del tribunal, sino de la *ratio* del dictamen²²⁸. Sin embargo, muchas veces, los fallos ni siquiera

²²⁵ V. Born, G. "A new generation of international adjudication", *Duke Law Journal*, 61-4 (2012) p. 775 y ss. (<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1523&context=dlj>).

²²⁶ "The logic of judicial decisions is not the logic of the syllogism but, rather, the logic of the law - logical reasoning is replaced by legal reasoning, which has its basis in the traditions of the legal system" (Talmon, S. "Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion", *EJIL*, Vol. 26-2 (2015), p. 420).

²²⁷ Ruiz Fabri, H. 'La motivation des décisions dans le règlement des différends de l'OMC', en Ruiz Fabri, H - Sorel, J.-M. (Eds.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, Paris, 2008, p. 103.

²²⁸ En sentido concordante se expresa Mátyás Bódig: "The law is a normative and institutional social practice." "The success of normative claims is explained in terms of their substantive justificatory background and the competence of those making them. The characterisation of the efficacy of normative claims is based on the distinction between instrumental and non-instrumental reasons" (Bódig, M. "The Issue of Normativity and the Methodological Implications of Interpretivism I: The Idea of Normative Guidance", *Acta Jurídica Hungarica*, 54-2 (2013), p. 119 y ss.

son fundados en argumentos jurídicos sino en un voluntarismo de justicia social *ad libitum*.

María del Luján Flores²²⁹ ha llamado la atención sobre la explosiva relación entre la expansión y diversificación del DI con el desarrollo de los regímenes especiales y la proliferación de tribunales internacionales. Junto a la Corte Internacional de Justicia, órgano judicial principal de las Naciones Unidas, han surgido numerosos tribunales especializados, universales, regionales o particulares además de la justicia arbitral y los mecanismos cuasi judiciales de solución de controversias como los que existen en la Organización Mundial del Comercio, entre otros ámbitos jurisdiccionales. A partir de la segunda mitad del siglo veinte, se establecieron numerosos tribunales, así el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Centroamericana de Justicia, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Corte de Justicia del Caribe, el Tribunal de Justicia del Mercosur, etc. La autora ha considerado que ello contribuye a la fragmentación del orden jurídico internacional, especialmente, atento la falta de jerarquía formal entre los tribunales, como también por la posibilidad de que haya jurisprudencia contradictoria cuando más de un órgano tiene competencia material sobre el mismo derecho.

El Pluralismo interpretativo (legislación judicial) va más allá de la percepción de Flores, si bien surgió al amparo de la proliferación de jurisdicciones internacionales y la interpenetración entre tribunales nacionales e internacionales.

²²⁹ Flores, María del Luján. *Reflexiones acerca de los desafíos del Derecho Internacional (II)*, p. 149 y ss.

(http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxv_curso_derecho_internacional_2008_maria_del_lujan_flores_2.pdf).

Bien es sabido que la jurisprudencia -conforme a la tradicional percepción de fuente secundaria del art. 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la CIJ- ha contribuido a la creación y el desarrollo de la costumbre internacional y ha influido en el desarrollo de conceptos como *jus cogens*, obligaciones *erga omnes*, crímenes internacionales²³⁰, etc. También, bien sabido es que desde tiempos inmemoriales los jueces han obrado con flexibilidad interpretativa a la hora de aplicar el derecho, dirimir casos complejos y/o no contemplados por las normas.

No compartimos la posición de Rudy Baker²³¹ al señalar que, estructurados institucionalmente como regímenes jurídicos autónomos, tribunales jurídicos internacionales como el TPIY, ICTR, y ahora la CPI han contribuido a un nuevo paradigma dentro de la comunidad internacional, en el que la jurisprudencia de estos tribunales penales internacionales, sobre una amplia gama de cuestiones jurídicas internacionales, ha comenzado lentamente a convertirse en norma de derecho internacional consuetudinario. A nuestro entender no es la jurisprudencia de esos tribunales la que se ha convertido en costumbre. Tal como lo dijéramos reiteradas oportunidades, los tribunales, en ejercicio de su rol tradicional, comprueban, determinan, la existencia de una costumbre internacional o de un principio general del derecho, pero no es esa comprobación la que construye la costumbre sino la práctica y *opinio juris* de los Estados (u OI con competencias soberanas delegadas por los Estados) frente a esos pronunciamientos.

La concepción de “Pluralismo Interpretativo” de este acápite difiere del rol judicial interpretativo tradicional y necesario señalado precedentemente, en tanto se refiere a la evolutividad del derecho nacional e internacional como consecuencia del “activismo judicial”, designado

²³⁰ V. Aceves, W.J. “Relative Normativity: Challenging the Sovereignty Norm through Human Rights Litigation”, *25 Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* (2002), p. 263 y ss.

²³¹ Baker, Roozbeh (Rudy) B. “Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates”, *EJIL*, Vol. 21-1(2010), p. 173 y ss.

en sus primeras etapas “justicia transicional” por estar asociada a períodos de cambio político²³².

El incremento del rol de los jueces, vía voluntarismo o activismo judicial, ha sido común denominador, especialmente en el ámbito de los derechos humanos y de los pronunciamientos en materia de procesos de integración.

Muchos tribunales internacionales han sido o son órganos de Organizaciones Internacionales (OI) (vg. Corte Internacional de Justicia, Tribunal de Justicia de la Unión Europea), mientras otros son creados por pactos internacionales por fuera de las organizaciones/organismos regionales o universales existentes (vg. Corte Interamericana de Derechos Humanos). Los primeros, suelen expandir sus funciones originarias en invocación de su condición de órganos de la OI, con mandato de realizar los objetivos y fines de esas instituciones, generando pretorianamente nuevos derechos y obligaciones para las partes o modificando el espectro de los mismos. Los segundos, si bien no tienen esas facultades, suelen autoasignárselas en base a la materia del pacto que les dio origen, invocando un orden jurídico superior al que los Estados deben someterse. Este último caso, suele ser el de los tribunales de derechos humanos, los que en invocación del principio “pro homine” (en calidad de principio de derecho y no de principio interpretativo) derogan el derecho positivo existente y lo reemplazan por uno construido por la judicatura, dirigido a la mayor cobertura de los derechos humanos de los demandantes, creando nuevas obligaciones a los Estados²³³. En este último tiempo se han ido ampliando los actores-sujetos de deberes, incluyendo a más de los Estados a las

²³² Drnas de Clément, Z. “El rol de los tribunales internacionales desde la visión constitucionalista, sistemática, jerarquizada a la postmoderna, transnacional, voluntarista”, en *Cuaderno de Derecho Internacional Público VII* (2013), Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2013, p.75 y ss.

²³³ Drnas de Clément, Z. “La complejidad del principio *pro homine*”, *JA 2015-I*, fascículo n. 12, Buenos Aires, marzo 25 de 2015 (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>).

empresas, generando así nuevas bases para la justicia transnacional en un mundo globalizado.

En el caso de los *derechos humanos*, basta recordar en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CteIDH) entre otros asuntos: -el Caso *Castillo Páez vs. Perú. Fondo*, el que en el párr. 86 de la sentencia de 3 de noviembre de 1997, por primera vez hace referencia al *derecho a la verdad*, reconociendo que se trata de “(...) *un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos que produjeron las violaciones a la Convención Americana*”; - el Caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, en el que, en párr. 44 y párr. 51 de la sentencia de 14 de marzo de 2001, la Corte ha declarado que ciertas normas del derecho interno del Estado peruano “*carecen de efectos jurídicos*”. Además, en su sentencia de 3 de septiembre de 2001 (sentencia de interpretación de la sentencia sobre el fondo emitida el 14 de marzo de 2001) decidió, por unanimidad: que su sentencia sobre el fondo “*tiene efectos generales*”, adjudicando con ello rol normativo a su jurisprudencia²³⁴; -el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* (Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154), en el que la CteIDH ha expresado en el para. 124 que “*el Poder Judicial debe ejercer una*

²³⁴ El art. 63.1 de la CADH dispone que, cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, dispondrá que se garantice “*al lesionado*” en el goce de su derecho o libertad conculcados. La CteIDH puede disponer, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización “*a la parte lesionada*”. Lejos de tal mandato está la declaración *general* de ineficacia de normas nacionales o su ampliación y aplicación a “*otros casos de violaciones*” -como reza el fallo-, como si se tratara de pronunciamiento de carácter legislativo y no de una sentencia (Drnas de Clément, Z. “Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Cuarta Instancia?”, en *XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales*, Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2009).

especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”; - *El Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014, en el que, la CteIDH consagra la igualdad del migrante legal y el ilegal. Ello, a pesar de que en sentencias anteriores reconoció que corresponde a los Estados la facultad de fijar las políticas migratorias en su país (vg. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, para. 97, con referencia a su Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, para. 163).

El proceso legal transnacional y el transgubernamentalismo enfatizan, sobre todo, la calidad dialógica de las comunicaciones entre los tribunales del mundo (interacción, interpretación, internalización, nutrición cruzada). Ambas teorías rechazan cualquier concepción del diálogo judicial transnacional como un proceso vertical en el cual los tribunales simplemente actúan como receptores pasivos de normas legales internacionales. Por el contrario, enfatizan la naturaleza co-constitutiva del diálogo: los tribunales ayudan a desarrollar las normas que se convierten en parte de la trama de una sociedad internacional emergente y hacen que las normas se filtren, se internalicen y se arraiguen en las redes domésticas²³⁵.

No hay uniformidad en la doctrina para determinar en un caso concreto si un tribunal se ha pronunciado conforme a derecho en ejercicio de una legítima técnica de interpretación e integración jurídica o se ha transformado en creador del derecho, instaurador de nuevas

²³⁵ Waters, M.A. “Normativity in the New Schools: Assessing the Legitimacy of International Legal Norms Created by Domestic Courts”, *32 Yale J. Int'l L.* (2007), p. 483 y ss.

tendencias jurídicas, imponiendo el voluntarismo judicial. Los transnacionalistas e intergubernamentalistas-según Waters- ofrecen una justificación normativa para el diálogo judicial transnacional, explicando que dicho diálogo es legítimo porque no elimina los problemas legales del proceso político mayoritario, asegurando con ello la pervivencia democrática²³⁶.

Entre los fundamentos que han dado los órganos de protección de los Derechos Humanos para sentenciar *extra o contra legem*, se pueden señalar: *asegurar el “orden público”; *hacer valer el carácter constitutivo de orden público de ciertos tratados; *impedir que se violen normas *erga omnes*; *hacer prevalecer valores comunes superiores; *desarrollar derechos fundamentales alejándolos del consensualismo de los Estados; *evitar o paliar el sufrimiento humano; * hacer valer el principio *pro homine* y de progresividad *ad infinitum* de los derechos²³⁷; *interpretar los tratados de conformidad a su objeto y fin, teniendo en cuenta la permanente evolutividad de los derechos (principio de no regresión); *concebir los “derechos” en base a una percepción socio-histórica (la ley no sólo como fruto de la razón sino como experiencia en la conciencia del pueblo, por lo que debe ser interpretada según las necesidades y exigencias de una sociedad en evolución); *hacer valer el rol de las sentencias de la Corte, las que deben alumbrar los significados de los tratados, pasando éstos a ser obligatorios en el sentido que la interpretación de los tribunales les han dado (“en las condiciones de su vigencia”²³⁸); *“declarar el derecho”, lo que no es percibido como una operación lógica sino un “sentimiento”²³⁹; *actuar desde la judicatura como “distribuidor de justicia social”; etc.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ Drnas de Clément, Z- “Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Cuarta Instancia?”, ob. cit. V. asimismo, Drnas de Clément, Z. “La complejidad del principio *pro homine*”, ob. cit.

²³⁸ No se refiere a la vigencia como derecho en vigor, sino a que las normas no son lo que el texto dice, sino como son interpretadas por los tribunales.

²³⁹ V. Voto razonado del Juez Cançado Trindade en el Caso “Niños de la Calle” (Villa-grán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de

Muchos consideran que los desarrollos en derechos humanos -los más visibles en estos últimos tiempos- han evolucionado con base a una sola tendencia ideológica, interpretando libremente convenios, autoadjudicándose los jueces capacidad legisferante en aras de la justicia y la reparación social.

Christopher Mc Crudden y Brendan O'Leary²⁴⁰, han observado que algunos tribunales internacionales, incluso, han intervenido en cuestiones de índole política *ad intra* de los Estados y modificado las bases de entendimientos consociales creados para gestionar los conflictos etno-nacionales, etno-lingüísticos y etno-religiosos, como también su compatibilidad con las normas de no discriminación e igualdad, contenidas en disposiciones constitucionales y en acuerdos internacionales. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el *Caso Sejdić and Finci vs. Bosnia and Herzegovina*²⁴¹, se ha pronunciado contraviniendo esos acuerdos consociales, la Constitución Nacional y los Acuerdos de Dayton de 1995, que establecen que para los cargos públicos de gobierno (*i.a.* Presidencia, Parlamento) sólo pueden postularse los ciudadanos pertenecientes a los “pueblos constitutivos” (bosnios, croatas y serbios). Ello, ha llevado a los referidos doctrinarios a considerar que es factible que, en el futuro, los Estados pluriétnicos denuncien ciertos acuerdos, no se incorporen a ellos o bien se adhieran haciendo reserva de exclusión de tribunales regionales e

mayo de 2001. Serie C No. 77), Cons. 9.

²⁴⁰ Mc Crudden, Ch. - O'Leary, B. “Courts and Consociations, or How Human Rights Courts May Destabilize Powersharing Settlements”, *EJIL*, Vol. 24-2 (2013), p. 477 y ss.

²⁴¹ *Sejdić and Finci vs. Bosnia and Herzegovina* (Application nos. 27996/06 and 34836/06), Prohibiting a Rom and a Jew from standing for election to the House of peoples of the Parliamentary Assembly and for the State presidency amounts to discrimination and breaches their electoral rights. *Violation of Article 14 (prohibition of discrimination) of the European Convention on Human Rights taken together with Article 3 of Protocol No. 1 (right to free elections), and Violation of Article 1 of Protocol No. 12 (general prohibition of discrimination) to the Convention*. Decision Grand Chamber of the European Court of Human Rights (2009).

internacionales en casos en que su dictamen implique tomar posición en la gestión de los acuerdos políticos interétnicos.

Por su parte, los tribunales judiciales o arbitrales en materia de *integración* han argüido *i.a.*: -*la necesidad de imprimir un “enfoque teleológico para garantizar que las normas ‘sean eficaces en relación con su fin último, que es el de dar satisfacción a las exigencias de la integración’”; *la aplicación del principio “*in dubio pro communitate*”; *el constituir un órgano con el deber de “promover la integración y construcción de un mercado común”; *un “proceso en permanente desarrollo”; *el tribunal “solamente está impedido de decidir algo cuando existe una norma que expresamente le prohíba hacerlo”; * “una creación pretoriana para insertarla dentro del régimen jurídico comunitario”; * “el derecho de integración por su concepto, naturaleza y finalidad debe ser siempre prevalente sobre los derechos nacionales (...) (c)aso contrario se desnaturaliza el concepto, la naturaleza y sobre todo la finalidad no sólo del Derecho de la Integración, sino del proceso de integración en sí mismo”; etc.

En la actualidad, no sólo el área de los derechos humanos y de los procesos de integración invoca el Pluralismo interpretativo, ya que esta visión activista judicial se ha expandido a todo el derecho.

La interpretación extensiva y la analógica (“integración”), salen del derecho propio del caso e incursionan en el derecho comparado y otras ramas del derecho y del saber para hallar respuesta a la cuestión jurídica en tratamiento, dejando un amplio margen de libertad a los jueces a la hora de adoptar decisión²⁴². La integración expande la labor hermenéutica, al buscar el sentido de una norma o cubriendo sus lagunas, ya no basándose en normas aplicables al caso sino en todo el orden jurídico, recurriendo a la analogía y a técnicas argumentativas tales como las *a simili*, *a contrario*. Bobbio ha señalado que en la aplicación analógica “se crea” una nueva norma, en cambio en

²⁴² Calvo García, M. *Interpretación y argumentación jurídica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, PUZ, Zaragoza, 1995, p. 9 y ss.; Larenz, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 208.

la interpretación extensiva se extiende la existente norma a casos no previstos en ella. A pesar de esta diferencia, considera que la estructura lógica y el resultado de ambos procedimientos de argumentación son idénticos. El mismo autor considera que la diferencia establecida por algunos filósofos entre interpretación extensiva (lícita) y analogía (ilícita) no tiene razón de ser ya que la labor intelectual es la misma. En similar sentido opina Paul Mahoney: “(...) both judicial activism and judicial self-restraint were complementary components of the methodology of judicial review (...)”²⁴³.

El rol activista voluntarista de los jueces se ha ido expandiendo. Tal como lo señala Thijmen Koopmans (Juez del Tribunal de Justicia Europeo y ex Director del Max Planck Institut): “The expression judicial activism was coined in the United States, but it crossed the Atlantic and became as much part of our day-to-day experience (...)”²⁴⁴.

Koskenniemi²⁴⁵ hace presente que la teoría jurídica liberal ha desarrollado una serie de técnicas para la justificación legal de la toma de decisiones en los “casos difíciles”. En particular, se ha recurrido al vocabulario “Geisteswissenschaft” (ciencia del espíritu en sentido filosófico), a la interpretación, a la justificación jurídica de la toma de decisiones por su exteriorización equilibrada, a la búsqueda de “coherencia” o “ajuste” entre los hechos del caso y la tradición legal. El autor expresa “no hay nada de malo en esto”; “esto es lo que las tradiciones hacen para tratar de acomodar nuevos fenómenos en los modelos conocidos, la idea común, tratando de equilibrar el respeto por el pasado con la apertura hacia el futuro”.

²⁴³ Mahoney, P, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, 11 *Hum. RTs. L.J.* (1990), p. 57.

²⁴⁴ Popovic, D. “Prevailing of judicial activism over self-restraint in the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, 42 *Creighton L. Rev.* (2008-2009), p. 361 y ss.

²⁴⁵ Koskenniemi, M. “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization”, 8 *Theoretical Inquiries in Law* (2006), pp. 22 y 23.

Es argumento común postmoderno señalar que los jueces no pueden manejar los miles de expedientes que llegan a sus despachos²⁴⁶, olvidando considerar que, a mayor activismo-voluntarismo judicial, mayor expectativa por parte de los litigantes de obtener resultados judiciales alejados del texto de la norma, promocionando así una connatural mayor litigiosidad²⁴⁷. Cuando las criticadas “burocracias” judiciales estaban apegadas a la ley y a la “seguridad jurídica”, la litigiosidad era muy baja, en tanto los resultados judiciales podían ser avizorados de antemano como fruto de un *continuum* jurisprudencial, el que más allá de las críticas postmodernas, condicionaba a todos los interesados, ya fueran poderosos o débiles.

En estos últimos tiempos hay una creciente y expandida tendencia postmoderna de deformalización, especialización, fragmentación, adecuación de las mentalidades “constitucionales” (estructuralistas, sistematicistas, formalistas) a nuevas técnicas elásticas y libres fundadas en los objetivos y la libre aplicación del derecho (verdadero “law-making”).

André Nollkaemper²⁴⁸ reflexiona sobre la legitimidad de ciertos pronunciamientos de tribunales internacionales que, vía normas procesales y autoatribuciones -más allá de la no controvertida capacidad judicial de relacionar derecho procesal con derecho sustantivo- llevan a la dilución de ciertas normas sustantivas.

Armin von Bogdandy e Ingo Venzke²⁴⁹, recordando expresiones de Martii Koskenniemi sobre la necesidad de un análisis crítico (“a cambio de la fe religiosa”) sobre la “adjudicación internacional”, se

²⁴⁶ Ayala Sanmiguel, F. J. “Jueces, nuevo derecho y burocracia”, *Jurídicas*, (Universidad de Caldas), Vol. 2-2, julio-diciembre, 2005, pp. 63-81.

²⁴⁷ Ello va de la mano de la inflación legislativa (fruto de los particularismos en oposición a la ley general) y la consecuente anomia.

²⁴⁸ Nollkaemper, A. “International Adjudication of Global Public Goods: The Intersection of Substance and Procedure”, *EJIL*, vol. 23-3 (2012), pp. 769 y ss.

²⁴⁹ Von Bogdandy, A. - Venzke, I. “In Whose Name? An Investigation of International Courts’ Public Authority and Its Democratic Justification”, *EJIL*, Vol. 23-1 (2012), p. 7 y ss.

preguntan en nombre de quién actúan los tribunales, considerando que se han convertido en instituciones poderosas con fuertes consecuencias para las posibilidades de autodeterminación democrática. Los autores lo hacen como parte de la cuestión general de la gobernanza legítima más allá del Estado-nación, entendiendo que la justificación tradicional basada en el consentimiento estatal o la narrativa funcional son insuficientes. Especialmente, argumentan que los tribunales en su calidad de entes autónomos, con independencia estructural, no están investidos de autoridad pública delegada por Estados o burocracias internacionales, debiendo buscar una auténtica fuente de justificación, que haga honor a los principios básicos de la teoría democrática. Los referidos internacionalistas señalan que los desarrollos en materia de adjudicación internacional requieren un momento de contemplación y reconsideración, que centre sus reflexiones en las bases de su legitimación y en sus límites, aspectos esenciales para prevenir que esas cortes internacionales (como las de protección de los derechos humanos) sean víctimas de su propio éxito²⁵⁰.

Esta visión de interpretativismo *ad libitum*, desde los ojos de la mayoría de los doctrinarios postmodernos, minimiza o desconoce el papel del Estado, rescatando la participación cada vez más directa de los individuos²⁵¹. Desecha la teoría de la correcta justificación de las decisiones judiciales basadas en la cognición, ya que ello implica-

²⁵⁰ “And yet, developments in international adjudication demand a moment of contemplation and reconsideration that centers on the legitimacy foundations and their limits; not least so as to prevent international courts from falling victim to their own success.” *Ibidem*, p. 40. V. asimismo, Drnas de Clément, Z. “La construcción del nuevo orden público internacional en materia de derechos humanos”, *Cadernos de Direito*, Piracicaba, Vol. 14 (26), jan.-jun. 2014, pp. 105-126.

²⁵¹ V. *i.a.* Shany, Y. “No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary”, *EJIL*, Vol. 20-1 (2009), p. 73 y ss.; Benvenisti, E. - Downs, G. W. “National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law”, *EJIL*, Vol. 20 -1 (2009), p. 59 y ss.; Alter, K. J. “Delegating to International Courts: Self-Binding vs. Other-Binding Delegation”, *98L & Contemp Probs* (2008), p. 37; Hickey, S. - Bracking, S. “Exploring the Politics of Poverty Reduction: How are the Poorest Represented”, *World Development* 33-6 (2005), pp. 851 y ss.

ría que los que manejan la justicia serían simples técnicos que dan respuestas correctas, estimando que son pocos los doctrinarios que “todavía” abogan por esa posición de la interpretación judicial.

Los jueces en la percepción socialista-marxista asumen rol militante, ideológico, considerando que no ponen en entredicho la imparcialidad de los mismos, ya que su rol es aplicar la “justicia distributiva global” y no las normas²⁵². La visión del rol de los jueces y los tribunales -se afirma en esta perspectiva- no sólo debe ser abierta, sino que puede adecuar el derecho comparado y el internacional -especialmente, los principios generales- con “activa libertad” y con reconocimiento del peso del derecho transnacional, denominador común de justicia básica en la relación entre los gobernantes y los gobernados²⁵³. La corriente que fluye entre jueces y tribunales allende las fronteras es lo que se ha dado en llamar “el diálogo silencioso” con la incorporación del denominado “lenguaje de la dignidad humana” que convoca al dialogo transnacional²⁵⁴. Cada vez es más común que los tribunales salgan de los límites constitucionales para aplicar el derecho internacional o el derecho comparado considerados como conciencia de la humanidad, acercándose a los objetivos del transnacionalismo²⁵⁵.

²⁵² Bordalí Salamanca, A. “Independencia y responsabilidad de los jueces”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIV, julio 2003, p. 171.

²⁵³ Jackson, V.C. “Transnational challenges to constitutional law: Convergence, resistance, engagement”, *Federal Law Review*, Vol. 35(2007), p. 161 y ss. (<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html>).

²⁵⁴ Resnik, J. “Law’s Migration: American Exceptionalism, Silent Dialogues and Federalism’s Multiple Ports of Entry”, 115 *Yale Law Review*, (2006), p.1564 (https://www.yalelawjournal.org/pdf/216_s6k3w9r9.pdf).

²⁵⁵ V. Flaherty, M. “Judicial Globalization in the Service of Self-Government”, 20 *Ethics and International Affairs* (2006) p.477y ss.; Goldsworthy, J. “Originalism in Constitutional Interpretation”, 25 *Federal Law Review*, 1997-1, p. 20 y ss. Goldsworthy argumenta que en situaciones en que el significado original no resuelve una cuestión interpretativa, los jueces pueden considerar “doctrinas jurídicas generales, principios, políticas públicas, y la justicia”.

Progresismo transnacional - Pluralismo radical

Rafael Domingo²⁵⁶ señala que el DI debe abandonar definitivamente su “paradigma estatista” -paradigma jurídico clásico- y forjar uno nuevo adecuado a las necesidades derivadas de la globalización. Entiende que el único obstáculo que esta ola aún encuentra es la soberanía estatal, principio que considera está perforado y es atacado desde distintos ámbitos (medioambiente, derechos humanos, armamentos en manos de particulares, narcotráfico, trata de personas, trata de órganos, corrupción, ciberguerra, espionaje tecnológico y comunicacional, etc.).

Dentro de la creciente literatura sobre la democracia transnacional, algunos relacionistas internacionales han distinguido distintas corrientes teóricas²⁵⁷ las que se oponen al mantenimiento de las instituciones internacionales tal como existen hasta la fecha por entender que consolidarían la cosmocracia en detrimento de los grupos más postergados. Promueven la creación de lo que denominan “buenas comunidades” basadas en los principios normativos de la igualdad, la ciudadanía activa, la promoción del bien público desde las bases. Se trata de una visión normativa que representa una mezcla de elementos de la teoría democrática republicana postmoderna, marxista y cívica (como esos grupos se suelen autocalificar). Se articula principalmente a través de la multiplicidad de los movimientos sociales críticos, como los de defensa del medioambiente, de los bienes comu-

²⁵⁶ Domingo, R. “Gaius, Vattel, and the New Global Law Paradigm”, ob. cit., p. 627 y ss.

²⁵⁷ V. McGrew, A. “Transnational Democracy: Theories and Prospects”, Chapter 3, 2002 (https://www.researchgate.net/publication/313044112_Transnational_democracy_theories_and_prospects); Held, D. *et al.* *Global Transformations* (<http://www.polity.co.uk/global/transnational-democracy-theories-and-prospects.asp>) (consulta de 1 de julio de 2013); Hutchings, K. *International Political Theory*, Sage, London, 1999; Burnheim, J. *Democracy, Nation-States, and the World System. New Forms of Democracy*, D. Held and C. Pollitt, Sage, London, 1986, pp. 218-239; Patomäki, H. “Problems of Democratising Global Governance”, *EJIR*, 9-3 (2003), p. 347 y ss.

nes (agua, atmósfera, etc.)²⁵⁸, del derecho de las mujeres²⁵⁹, del dere-

²⁵⁸ Individuos o grupos activistas (vg. Greta Thunberg, *Sea Shepherd Conservation Society*, *Red de Acción de la Selva Tropical*) asumen la defensa del medioambiente, muchas veces con visión apocalíptica. Formulan una severa crítica al modelo democrático occidental frente a los problemas de cambio climático. Lo hacen a partir de las teorías postmarxistas, proponiendo para la gestión y la formulación de políticas públicas, decisiones dictatoriales unilaterales y no participativas frente al cambio climático. Desconocen o minimizan las acciones de mitigación y adaptación, no toman en cuenta las propuestas de la economía circular, las prácticas de la economía industrial y la geoingeniería. Suelen promover el “autoritarismo ambiental”, es decir, el abandono de principios democráticos participativos, la instauración de gobiernos dictatoriales, quienes con el auxilio de unos pocos tecnólogos “incorruptibles” de alto nivel adoptarían las medidas drásticas que evitarían el colapso que advierten próximo, requiriendo acción drástica y urgente (V. Beeson, M. “The coming environmental authoritarianism”, *Environmental Politics*, 19-2 (2010), pp. 276-294 (<https://pdfs.semanticscholar.org/c25a/8a60f257de0810dfb06f3572af7e96fd7d0a.pdf>); Gilley, B. “Authoritarian environmentalism and China’s response to climate change”, *Environmental Politics*, 21-2 (2012), pp. 287-307).

²⁵⁹ Las corrientes feministas surgieron primero a nivel nacional buscando la igualdad de las mujeres y los hombres frente a la ley y dentro de ella. La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Reed vs. Reed* de 1971 (404 U.S. 71) relativo a la automática preferencia de varones en los nombramientos de administradores del Estado abrió el camino a nuevas reclamaciones de derechos por parte de las mujeres. Ciertos grupos feministas radicales atacan al Estado “patriarcal” y su aparato legal en conjunto como producto y perpetuador de la opresión masculina. Para los críticos, se trata de una respuesta nihilista ante la frustrante imposibilidad de una legalidad totalmente neutral atento a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, tales como el embarazo y la disparidad en el tamaño físico general y en la fuerza. La mayoría de los autores que sostiene la Teoría Feminista tiende a concentrarse únicamente en los derechos de las mujeres como un aspecto de los Derechos Humanos en el plano internacional. En 1991, Hilary Charlesworth, Christine Chinkin, y Shelley Wright dirigieron desde la perspectiva de los derechos humanos una crítica feminista general al sistema internacional. Judith Gardam y Robin Teske han ampliado la visión, llevándola al Derecho Internacional Humanitario y las normas que rigen las conductas en situaciones de conflicto armado (*ius in bello*). V. Fellmeth, A. X. “Feminism and International Law: Theory, Methodology, and Substantive Reform”, *22 Human Rights Quarterly* (2000) p. 658 y ss.; Charlesworth, H. - Chinkin, Ch. - Wright, Sh. “Feminist Approaches to International Law”, *Am. J. Int’l L.* 85-4 (1991), p. 613 y ss.; Chinkin, Ch. “Feminism. Approach to International Law”, *Max Planck*

cho de género²⁶⁰, de los derechos de los pueblos indígenas²⁶¹, de los

Encyclopedia of Public International Law, 2010; Gardam, J.G. “The Law of Armed Conflict: A Feminist Perspective”, en Mahoney, K.E. - Mahoney, P. (Eds.), *Human rights in the twenty-first century: A Global Challenge*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 415 y ss.; Gardam, J.G. “Women and the Law of Armed Conflict: Why the Silence?”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 1 (1997), p. 55 y ss.; Teske, R.L. “The Importance of the Inbetween”, en Teske, R.L. - Tétreault, M. (Eds.), *Feminist Approaches to Social Movements, Community and Power: Conscious acts and the politics of social change*, University of South Carolina Press, Columbia, 2000, p. 72 y ss.

²⁶⁰ La *Teoría del Derecho internacional lésbico, gay, bisexual y transexual, gente rara (Lesbians, Gays, Bisexuals, Transexuals, Queer People / LGBTQ)* es una escuela crítica del DI. La teoría se funda en un conjunto de premisas sobre el género y la sexualidad de las personas que sostienen que los géneros, las identidades sexuales y las orientaciones sexuales no están incorporados en la naturaleza humana, sino que son el resultado de una construcción social, variando en las distintas sociedades. Se centra en la inclusión y el reconocimiento de los derechos LGBTQ. Se ha hecho más visible en trabajos académicos, tribunales internacionales y organizaciones de derecho internacional, tales como el Consejo de la Unión Europea y las Naciones Unidas. Entre sus tópicos principales vinculados a los derechos humanos se hallan: la no discriminación en general, la no discriminación en el lugar de trabajo, el derecho a la familia en relación con las uniones homosexuales, derecho a la salud en general (incluido VIH / SIDA), la presencia de un grupo de defensa LGBTQ en la ONU con estatus de asesor, entre otros. Nancy Levit señala que los desafíos para la teoría legal gay son dobles: alejarse de las debilidades de las teorías formales de la igualdad y la antisubordinación, y desarrollar formas de representar a las minorías sexuales. V. Fineman, M.A. “Introduction: Feminist and Queer Theories”, Emory University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series Research Paper No. 09-76 (2009, act.2016); Levit, N. A. “Different Kind of Sameness: Beyond Formal Equality and Antisubordination Strategies in Gay Legal Theory”, *Ohio State Law Journal*, Vol. 61, p. 867 y ss. (https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/70408/OSLJ_V61N2_0867.pdf); Langlois, A.J. *International Political Theory and LGBTQ Rights*, The Oxford Handbook of International Political Theory, Oxford Handbooks on line, 2018.

²⁶¹ Las *Teorías Indigenistas* han ido ganando terreno en el DI desde la Segunda Guerra Mundial, ya que las cuestiones relativas a los pueblos indígenas, previamente, habían sido consideradas asunto de derecho interno. Se han desarrollado en el marco de los derechos humanos y en estrecha relación con las corrientes ideológicas del feminismo, de las LGBTQ y del TWAIL (v. *infra* p.123 y ss.). El Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos

de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros instrumentos internacionales, han alentado reclamaciones de las comunidades indígenas en el plano del DI y del derecho interno. El actual “proceso de transfiguración étnica” o “revival étnico” (reaprendizaje de la lengua originaria, reconstrucción de tradiciones, reclamaciones territoriales, etc.) constituye el andamiaje sobre el cual plantean las comunidades indígenas sus reivindicaciones de autodeterminación y segregación territorial en muchas partes del planeta. La nueva etnicidad (retorno al pasado) se funda en la oposición a “compulsiones asimilacionistas”, a pesar de que la época de la conquista es varias veces centenaria y, en los hechos, esas comunidades ya están asimiladas. Cher Weixia Chen señala que falta un conjunto cohesivo de conceptos y teorías normativas para “desenredar” los derechos indígenas en el Derecho internacional (y los derechos internos). Se trata de reclamaciones atemporales en un escenario con tejidos de distintas capas histórico-sociales y consistencias. Chen hace presente que Patrick Thornberry, Benedict Kingsbury y Siegfried Wiessner argumentan que las reclamaciones indígenas quedan perdidas bajo un sistema generalista de derechos humanos. Richard Falk, coincidentemente, entiende que los pueblos indígenas se encuentran en una situación en la que sus reclamos de protección no pueden entenderse de manera coherente a menos que se los trate por separado y atendiendo sus particularismos. En cambio, otros académicos como Jeff Corntassel y Tomas Primeau, por el contrario, consideran que los principios de derechos humanos generalistas -en aras de la cohesión y coherencia en la interpretación del derecho- son suficientes para satisfacer los derechos de los pueblos indígenas. V. Chen, Ch.W. *Indigenous Rights in International Law*, Oxford Research Encyclopedias, Oxford University Press, versión on line de 2017 (<http://oxfordre.com/internationalstudies/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore-9780190846626-e-77>). Por nuestra parte, no podemos dejar de observar que entre los derechos que hoy reclaman los pueblos indígenas figuran la recuperación de territorios de sus antepasados tal como eran “al momento de la llegada del conquistador blanco”, la reparación económica histórica, la autonomía o independencia, según el caso. Tal como lo señaláramos, retrotraen la situación a restaurar sólo al momento previo a la llegada del conquistador occidental, olvidando los derechos de pueblos preexistentes a los que los hoy reclamantes de derechos ancestrales -en comportamiento equivalente al de sus conquistadores- exterminaron o sometieron violentamente bajo características de genocidio y asimilación forzada a otros pueblos. Enlazan sus demandas con el ensalzamiento de sus relaciones con la tierra y el ambiente -presuntamente “respetuosa de la naturaleza”- desconociendo que ese modo de vida no fue característico de su cultura sino de todos los pueblos primitivos del orbe hace miles de años cuando unos pocos seres humanos disponían de grandes extensiones territoriales, sus

movimientos por la paz²⁶², etc., que desafían la autoridad de los Estados y las estructuras internacionales. Pinar Bildig²⁶³ desde el Centre of Excellence “The Formation of Normative Orders” de la Goethe University of Frankfurt am Main se centra en las desigualdades y diferencias existentes en el Mundo (género, clase, raza, etnicidad, religión). Entiende que esa desigualdad es constitutiva de lo internacional. Se ocupa de la exclusión-inclusión a nivel de Estado y en el plano internacional.

Los enfoques del “Tercer Mundo” (Third World Approaches to International Law/TWAIL), en su crítica al Constitucionalismo, develan el origen y naturaleza jurídica del DI, al que perciben modelo

recursos y migraban a placer tras servirse de los lugares por los que poco numerosas agrupaciones pasaban. Por otra parte, reclaman sus derechos “ancestrales” en la plenitud que tuvieron en acumulación de sucesivas secuencias históricas (o situaciones de mero tránsito), sin renunciar a los adelantos que incorporaron de sus conquistadores (medios de alimentación, vivienda, comunicación, transporte, escritura, etc.). Pretenden recibir enseñanza *sólo* en su lengua de origen (muchas veces reinventada por extinta), exigiendo en algunos casos se impriman libros de estudio en esos idiomas, requerimiento sorprendente ya que sus antepasados conformaban comunidades prehistóricas que no conocieron la escritura. V. nuestro trabajo “Libre determinación vs autodeterminación de los pueblos. Situación de los catalanes y de los mapuches”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba 2018*, IJ Editores, Córdoba, 2019 (www.acaderc.org.ar).

²⁶² Se suele señalar que la paz mundial y su concepción teórica es el resultado de la ideología política. León Trotsky entendió que la revolución mundial del proletariado conduciría a la paz mundial. En la antípoda, Ayn Rand (Alisa Zinóvieva Rosenbaum) en su trabajo *The Roots of War* sostuvo que las principales guerras de la historia fueron iniciadas por las economías más controladas de la época y que el capitalismo le dio a la humanidad el período más largo de paz en la historia, un período durante el cual no hubo guerras que involucraran a todo el mundo civilizado. Los activistas contemporáneos, generalmente se dividen en su lucha en numerosos movimientos (vg. *Movimiento de Objeción de Conciencia (Alternativa Antimilitarista. MOC)*, *Ecologistas en Acción*, *Movimiento por la paz*).

²⁶³ Bildig, P. “Thinking about World Order. Inquiring into Others’ Conceptions of the International”, en Hellmann, G. (Ed.), *Theorizing Global Order, The International, Culture and Governance*, Campus Verlag GmbH, Frankfurt-New York, 2018, p. 38.

tradicional, instrumento de subordinación y sometimiento a Occidente (Eurocentrismo) a pesar de sus desarrollos en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario²⁶⁴. Buscan una participación significativa y determinante en el sistema internacional, reclamando el “derecho al desarrollo”. Knox sostiene que los temas y las técnicas históricamente asociadas con el Tercer Mundo tienen sus orígenes en la tradición marxista²⁶⁵. No aceptan el carácter universal del sistema jurídico internacional en tanto surgió de la tradición europea y cristiana²⁶⁶, si bien no reniegan de un constitucionalismo si fuera

²⁶⁴ Suele relacionarse al TWAIL con los enfoques de los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo, tienen un objetivo final distinto y métodos diferentes. *V. supra.*

²⁶⁵ Knox, R. “Valuing Race? Stretched Marxism and the Logic of Imperialism”, *London Review of International Law*, Vol. 4-1 (2016), p.81 y ss.

²⁶⁶ Por nuestra parte -al menos desde el plano internacional- vemos que esa crítica es uno de los puntos apoyo de todos los enfoques no constitucionalistas del DI, percepción sesgada, ya que, a nuestro criterio, ese occidentalismo en lugar de objeto de crítica debería ser de ensalzamiento. Recordaremos sólo dos hitos de modo ejemplificativo: *-I) Jeremías Bentham hace más de 200 años atrás se ocupó de la organización internacional y de la idea de un código internacional. El Prefacio del manuscrito de su *Plan du Code International* contiene los siguientes elementos básicos : *la igualdad de todos los Estados reconocida por todos; ningún Estado puede pretender tener autoridad sobre otro; *cada Estado tiene su propia forma de gobierno; *el deber de respetar la forma de gobierno de los demás; *cada Estado mantiene sus propias posiciones y reglamentaciones sobre el tema religioso; *la Confederación de los Estados se regula con el Código de Derecho internacional aprobado, adoptado y sancionado; *la Codificación y la Confederación tienen por objeto no sólo la preservación de la paz como ausencia de guerra sino la consolidación de la cooperación mutua. En esos manuscritos elaboró una serie de proposiciones entre las que figuraban: *la compilación de un cuerpo normativo internacional establecido por un Congreso de delegados de los “Estados civilizados”: “en el presente (... de religión cristiana)”; en la Capital de cada Estado los enviados de los diversos partidos políticos formarían un Comité del Congreso; *todos los Estados estarían en paridad ante el Congreso, cualquiera fuera su forma de gobierno y su tamaño; *el Congreso mismo podía formar una especie de tribunal de apelación; *la judicatura inmediata podría estar constituida por un solo juez elegido por el Congreso; *ese juez ejercería todas las funciones básicas. Resaltamos la referencia a Estados *civilizados, cristianos* ya que suele ser mal interpretada -tal como ya lo expresáramos-. El requerimiento de “civilizados” (en esas épocas, sólo los cristianos) se refería -tal como explícitamente

universal y fruto de la participación real e igualitaria de todos los Estados. Andrea Bianchi²⁶⁷ señala entre los sostenedores del TWAIL

señalara Bentham- a *Estados “capaces de ceder en sus intereses para salvaguardar la paz internacional”, “única forma de asegurar una paz eterna entre soberanos”,* aspecto que no solo atañía a una élite de Estados autodesignados como tales. *-2) El respeto a las normas concertadas esenciales de humanidad se hizo *opinio juris* en la mente de los europeos a tal punto que el desconocimiento/violación en la guerra franco prusiana (julio de 1870-mayo 1871) de tratados de amplio reconocimiento como lo fueron el Convenio de Ginebra de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña y la Declaración de San Petersburgo de 1868 sobre prohibición de uso de determinados proyectiles que causan sufrimientos innecesarios o la muerte inevitable provocó una conmoción a gran escala por la retrocesión en materia de civilización que representaba. La “Declaración” era una verdadera convención ratificada por los Estados, llamada así -tal como el mismo instrumento lo señala- para resaltar el valor principialista y fundamental de su contenido. Esas violaciones motivaron que inmediatamente se crearan varias instituciones/organizaciones jurídicas que se centraron en la codificación del DIP, para crear un derecho que fuera capaz de asegurar la paz, el orden universal y las relaciones de civilización entre los pueblos. Entre ellas: *Alliance universelle de l’ordre et de la civilisation* (1872), *American Society of Peace* (1872), *Institut de Droit International* (1873), *International Association for the Reform and Codification of the Law of Nations* (1873-antecedente de la *International Law Association*-), etc., que convocaron a reuniones, “parlamentos de publicistas”, premios, subsidios, etc., invitando a especialistas (e incluso legos) a trabajar sobre la compilación de un Código internacional que fuera la base de la paz entre las naciones. Los críticos del Constitucionalismo Internacional suelen considerar que esa visión del sistema jurídico internacional ha sido y es un esfuerzo occidental en beneficio propio. Sin embargo, no debe olvidarse que ese “derecho occidental” era conocido y valorado por poderosos Estados de Oriente desde hace siglos. Basta recordar que la obra del suizo Johann Kaspar Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (1868) (<https://archive.org/details/dasmodernevlke00blunuoft>) fue traducida a numerosos idiomas, entre ellos ruso y griego, y que el gobierno chino encargó a un funcionario estatal la traducción al chino para que sirviera de guía en la materia en ese país. V. nuestro trabajo: “Antecedentes de la Codificación del Derecho Internacional”, en *Cuaderno de Derecho Internacional* (2018), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, JE Edit., Córdoba, 2019 (www.acaderc.org.ar).

²⁶⁷ Bianchi, A. *International Law Theory. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, ob.cit., Cap. 10, p. 209 y ss.

a Mohammed Bedjaoui, Keba M'Baye, Christopher Weeramantry, Bhupinder Chimni, Antony Anghie²⁶⁸ y entre las instituciones impulsoras a la Universidad de París Panthéon-Sorbonne (2010), Universidad del Cairo (2015), Universidad de Colombo (2017), Universidad Nacional de Singapur (2018).

Los pluralistas radicales niegan que la democracia tenga que basarse en unidades territorialmente delimitadas como los Estados-nación. Por el contrario, entienden que la democracia “real” se encuentra en la yuxtaposición de una multiplicidad de autogobiernos y autoorganizaciones colectivas constituidas en diversas escalas espaciales²⁶⁹. El alcance territorial de estas comunidades se define espacialmente de conformidad al alcance geográfico de los problemas o actividades que tratan de manejar. El objetivo declarado del modelo es el logro de la igualdad social y económica de todos los hombres y todos los pueblos.

John Fonte²⁷⁰ enuncia las características del progresismo transnacional, *i.a.*: *la unidad política fundamental no es el ciudadano sino el grupo (racial, étnico, de género, etc.); *grupos en pugna, opresor vs. víctima, privilegiados vs. marginados (víctimas inmigrantes legales vs. ilegales, homosexuales vs. heterosexuales, personas de color vs. blancos, etc.); *proporcionalismo de grupo en las entidades públicas; *multiculturalismo y multilingüismo para cambiar la cultura dominante; *promoción del paradigma de la diversidad por grupos para reemplazar el tradicional basado en los derechos individuales, gobierno de la mayoría, soberanía nacional, ciudadanía; *redefinición de la democracia y

²⁶⁸ Doctrinarios de otras escuelas también han participado en el TWAIL como Richard Falk, Nico Schrijver, Martti Koskenniemi.

²⁶⁹ El Derecho Cosmopolita se aleja del Derecho Internacional en tanto no tiene por objeto regular las relaciones entre Estados sino orientar una comunidad democrática cosmopolita universal que enfatizaría la igualdad moral de todos los seres humanos (Mummery, J. *Radicalizing Democracy for the Twenty-first century*, segunda edición, Routledge, New York, 2017, Parte 3).

²⁷⁰ Fonte, J. “Liberal Democracy vs. Transnational Progressivism: The Future of the Ideological Civil War within the West”, *Orbis*, Summer 2002 (http://www.hudson.org/files/publications/transnational_progressivism.pdf).

de los ideales democráticos, debiendo basarse en el “pluribus” grupal y alejarse de las preferencias mayoritarias ya que éstas reflejan las normas y las culturas de los grupos dominantes²⁷¹; *deconstrucción de las narrativas nacionales y los símbolos nacionales (de connotaciones racistas) y construcción de una nueva historia; *promoción del concepto de ciudadanía postnacional, ya que la inclusión, la justicia social, la participación democrática y los derechos humanos requieren de la ciudadanía transnacional, postnacional; *el transnacionalismo como principal herramienta conceptual (organizaciones transnacionales”, “actores transnacionales”, “migrantes transnacionales”, “jurisprudencia transnacional”, “ciudadanía transnacional”).

Buena parte de la energía del progresismo transnacional es proporcionada por los derechos humanos en visión activista, en invocación de las “normas en permanente evolución del DI”. Según Fonte se trata del “nuevo DI”, es decir “transnacional” que perfora cada vez más la soberanía de los Estados y el sistema onusiano.

Estas percepciones transnacionalistas de pluralismo radical -en distintas visualizaciones- cíclicamente se han repetido en la historia²⁷². Han tomado nuevo impulso en los últimos veinticinco años,

²⁷¹ Tal como lo señala Jan Werner Müller, los populistas se consideran los únicos verdaderos representantes del pueblo, considerando a todos sus oponentes ilegítimos. El pueblo real al que representan son una construcción simbólica cuya visión coincide con la que los conductores populistas desean imponer (Müller, J.W. *What is Populism?*, Penguin Books, London 2017, *passim*; V. asimismo Drnas de Clément, Z. “Nuevas formas de representatividad democrática. ¿Igualdad política?”, *VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica*, Sección Tercera: “Nuevas formas de representatividad democrática”, Santiago de Chile, 22 a 24 de noviembre de 2012 (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/nuevas-formas-de-representatividad-democratica.-igualdad-politica> y en <http://www.institutodechile.cl/congreso/ponencias/PONENCIADRNAS.pdf>).

²⁷² La idea de orden normativo general obligatorio como rector de la vida en sociedad, ha sido y es rechazado desde la perspectiva sociológica y postmoderna en base a premisas milenarias -periódicamente revividas y que precedieron largamente al surgimiento de la Sociología- tales como las concebidas por los sofistas en el siglo V a. JC: *- “Hay oposición entre la ley natural y la ley humana: la primera es de la naturaleza y mantiene su validez siempre y en todo lugar; la segunda

particularmente, en el ámbito de los derechos humanos, llevando al

es humana, variable, engendradora de poder tiránico y arbitrario” (Hippias de Élida). Defendía la autonomía del individuo y su derecho a rebelarse contra las leyes, porque siempre oprimen a los más débiles. Recomendaba una vuelta a la naturaleza, pues la vida en sociedad va contra la naturaleza. *-“Toda legalidad, sin importar el tipo de Estado, representa los intereses de los más fuertes” (Trasímaco de Calcedonia). Sostenía, que lo llamado “justo” (cumplimiento de las leyes) era en realidad una imposición de los gobernantes en vistas de su propia conveniencia. Negando una concepción trascendente de justicia, consideraba que ésta era el medio del que se valía el que manda para obtener provecho del que obedece. Veía al hombre como un ser esencialmente egoísta, poseído por la sed de poder. Admitía que había personas justas que se sometían pasivamente a intereses ajenos, pero los considera los eternos perdedores de todas las interacciones humanas. *-El “areté” político, el arte de gobernar, puede ser aprendido por todos; no hace falta estar formado para gobernar” (Antifón de Atenas). Entendía que las leyes son cadenas y recién intervienen cuando el mal ya se ha cometido, no para prevenirlo. *-“La solución pacífica de los conflictos debe alcanzarse a ultranza de modo concertado/negociado para lograr la armonía y la paz sobre la base de la satisfacción mutua, sin reconocer principios generales de justicia” (Gorgias de Leontinos). Es escéptico, nihilista. Sostiene que nada es, *nada existe*, nihilismo del ser (ontológico), al que, *aunque existiera, no lo podríamos conocer*, nihilismo del pensar (gnoseológico), *y si pudiéramos conocer algo, no lo podríamos comunicar a los demás* (nihilismo semántico). *-“En la injusta distribución de la tierra y en la desigualdad están las causas de la miseria, del impulso a la criminalidad y de las revoluciones”; - “Los ciudadanos deben ser iguales en dos cosas: la propiedad y la educación” (Faleas de Calcedonia). *-“Sobre cualquier cuestión hay dos argumentos opuestos entre sí”; -“Las diferencias individuales impiden la uniformidad en el conocimiento de la realidad”. - “El hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto son y de las que no son en cuanto no son” (Protágoras de Abdera). Estas premisas de distintos autores antijurídicas, relativistas, reflexionistas, nihilistas, constructivistas, se reflejan en buena medida en las sociedades de nuestro tiempo. Vinculada a la teoría jurídica pragmática se halla la sociológica, crítica frente al derecho o incluso anti jurídica, en base a las cambiantes condiciones de los sucesos y hechos, a la relación de fuerza-debilidad entre las partes, a la intención de las normas (V. Platón, *Diálogos. Obra completa en 9 volúmenes*, obtenible en forma integral en <http://www.filosofia.org/cla/pla/azcarate.htm>). V. asimismo, Aristóteles. *La Política*, texto on line (<http://www.filosofia.org/cla/ari/azc03058.htm>; [http://www.bcnbib.gov.ar/uploads/ARISTOTELES,%20Politica%20\(Gredos\).pdf](http://www.bcnbib.gov.ar/uploads/ARISTOTELES,%20Politica%20(Gredos).pdf)); Miñón Sáenz, A.R. *El Pensamiento de Platón a la luz de una nueva hermenéutica. Metafísica, Ética y Política*, Ed. Club San Vicente, Alicante, 2010.

alejamiento del derecho en el plano internacional de la voluntad de los Estados, anunciando la nueva sociedad de ciudadanía multicultural o transnacional en la que la gobernanza y la solidaridad han de reemplazar a la coerción estatal²⁷³. La ciencia jurídica (sociología del derecho) es concebida como fenómeno social complejo, red de permanente diálogo y acomodamiento, que reemplaza a la determinación autoritativa de las normas.

Nicola Lacey²⁷⁴ señala que la idea de que el Derecho (al igual que “los derechos”) no es reconstruible, se contradice con el constructivismo, perspectiva con la que la mayoría de las teorías legales actuales están comprometidas. Además, recuerda que, como vieron los marxistas, la reconstrucción profunda de lo legal debe basarse en la reconstrucción de las relaciones económicas, sociales y políticas, en los cambios masivos, en la configuración del poder social en todos los niveles. Entiende que sólo si se reconocen tanto la distinción como las interrelaciones entre los proyectos de crítica, utopismo y reformismo, las prácticas intelectuales, socio-legales o de otro tipo, se acercarán más a los ideales éticos según su posición. Entiende que ello se logra sólo a través de un diálogo interdisciplinario.

Algunos consideran que, si bien es probable que la geografía de la estadidad permanezca en la raíz del sistema internacional, cada vez será menos importante a medida que las personas, bienes, servicios y fondos fluyan a través de las fronteras de modo más intenso (individuos y corporaciones que se relacionan directamente entre sí sin la intermediación de los Estados; el espacio virtual rivaliza con el espacio físico en el mundo de las transacciones, las comunicaciones y otros compromisos; los acuerdos de integración regional y multilateral entre Estados reducen la importancia de las fronteras; las organizaciones

²⁷³ Parra, J. F. “Transmigraciones denizens: exclusión política y migración internacional”, ob. cit.

²⁷⁴ Lacey, N. “Normative Reconstruction in Socio-Legal Theory”, *5 Soc. & Legal Stud* (1996), p. 131, en especial, p. 151 (<https://www.google.com/search?q=LA-CEY%2C+N.+%E2%80%9CNormative+Reconstruction+in+Socio-Legal+Theory%E2%80%9D%2C+5+Soc.+%26+Legal+Stud.+%281996%29>).

internacionales y no gubernamentales proliferan y operan transnacionalmente sobre la base de mandatos técnicos que trascienden los intereses soberanos). Perciben a la soberanía y a las fronteras como rocas en un río, que pueden impedir el flujo del agua, direccionarlo, embalsar el curso de agua²⁷⁵.

Clifford D. May²⁷⁶, presidente de la *Fundación para la Defensa de las Democracias*, instituto de política no partidista con sede en Washington, DC, que se centra en la seguridad nacional y la política, ha señalado que el Progresismo Transnacional ha ido estableciendo leyes internacionales o interpretando libremente leyes vigentes de manera fáctica de modo que ni los ciudadanos, ni los pueblos, ni los Estados pueden decidir sobre ellas, ni derogarlas o modificarlas. Una forma de lograr ello ha sido seguir la siguiente secuencia: *lograr una redacción de tratado acorde a sus intereses a pesar de contar con contenido de difícil aprobación; *presionar internacionalmente vía acción de ONG o judicial (incluso en países no democráticos) para obtener la suscripción/ratificación de algunos Estados; *interpretar esos tratados en tribunales transnacionales en sentido progresista, evolutivo de los contenidos del tratado (aun cuando el instrumento no estuviera en vigor), aprovechando la falta de tribunales de apelación. Con ello fuerzan la constante expansión de un modelo ideológico aun en contra de la voluntad de los Estados, y frecuentemente de los individuos y de los pueblos. En resumen, una fuente normativa de proceso irregular en el sistema jurídico internacional. Varios instrumentos internacionales suelen receptar una perspectiva transnacional²⁷⁷ y hacer referencia a “organización competente”, abarcando con ello no

²⁷⁵ Bethlehem, D. “The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law”, *EJIL*, Vol. 25-1 (2014), p. 15.

²⁷⁶ May, C.D. “Brave New Transnational Progressive World”, *The New York Times*, November, 2011 (<https://www.nationalreview.com/2011/11/brave-new-transnational-progressive-world-clifford-d-may/>).

²⁷⁷ Vg. el Código de Buenas Prácticas en la Provisión de Educación Transnacional de la UNESCO de 2010; las directrices de la OCDE y de la UNESCO sobre el suministro de educación superior a través de las fronteras de 2005; varios instrumentos del Área Europea de Educación Superior-Bologna; la Declaración de Accra

sólo a las instancias gubernamentales, sino también a las ONG, a las instituciones públicas y privadas, a las académicas, de investigación, de cooperación, comunitarias y otras. Además, en algunos casos usan la expresión “en ejercicio de autoridad gubernamental”, abriendo aún más el espectro a nuevos actores/sujetos intervinientes²⁷⁸.

Critical Legal Studies

Si bien, enmarcados en el progresismo radical, con identidad propia, los Estudios Jurídicos Críticos (CLS según su sigla en inglés)²⁷⁹ surgieron como corriente teórica en los Estados Unidos en la “Conferencia sobre los CLS” (Madison, Wisconsin, mayo de 1977), considerándose sus padres fundadores David Trubek y Duncan Kennedy, junto con un grupo de jóvenes profesores de derecho vinculados al “ala izquierda” del movimiento “Law and Society” de las Universidades de Yale y Wisconsin desencantados del cientificismo aséptico del behaviorismo de ese momento, a los que se agregaron profesores de Harvard que pretendían desenmascarar el carácter ideológico del Derecho positivo.

sobre el AGCS de la UNCTAD de 2008; la Declaración Conjunta sobre Educación Superior y GATS (ACE/AAUC/ CHEA/EUA) de 2001, etc.

²⁷⁸ V. International Association of Universities (IAU) *et al.* “Compartiendo la calidad de la educación superior más allá de las fronteras: Una declaración en nombre de las instituciones de educación superior en el ámbito mundial”, *Perfiles educativos*, vol. XXVII, n.º. 107 (2005), p. 149 y ss.

²⁷⁹ Conocidos también como “NAIL” (new approaches to international law/nuevos enfoques para el derecho internacional), “Newstream” (“Nueva Corriente”) o simplemente “Los críticos”. Beckett, J. *Critical International Legal Studies*, Oxford Bibliographies, actualización 2017. En general, la Teoría Crítica es una teoría que al mismo tiempo que aspira a una comprensión de la situación histórico-cultural de la sociedad, aspira a convertirse en fuerza transformadora de la misma (Osorio, S.N. “La Teoría Crítica de la Sociedad de la Escuela de Frankfurt. Algunos Presupuestos Teórico-Críticos”, *Revista Educación y Desarrollo Social*, Vol. 1-1, p. 104 y ss.).

Juan Antonio Pérez Lledó²⁸⁰ considera que los CLS, constituyen una corriente político-académica, plataforma para la izquierda en las facultades de derecho de Norteamérica, razón que explica la cohesión de un movimiento intelectual tan heterogéneo.

Jason Beckett entiende que el movimiento crítico tiene una genealogía disciplinaria ecléctica, *i.a.* realismo jurídico, tradiciones analíticas de la teoría legal, teorías posmodernas y postestructuralistas, estudios poscoloniales, historia, geografía, economía política, sociología, feminismo, estudios de género, marxismo²⁸¹⁻²⁸².

Inspirada en su faz filosófica en la Fenomenología, el Estructuralismo, el Existencialismo y en la Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt (Instituto de Investigación Social), acude a conceptos neomarxistas como: *la “autonomía relativa” del Derecho; *la “función hegemónica” del Derecho como medio para legitimar la sociedad de clases; *la interpretación “conspiradora” sobre concesiones calculadas del capitalismo para perpetuarse a largo plazo. Los CLS fueron una trasposición al campo jurídico de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt: el Derecho como instrumento de la clase dominante. Según nuestro criterio no sólo es una visión postmarxista sino un “revival” del milenarismo sofístico griego desde distintas facetas²⁸³. Pérez Lledó²⁸⁴

²⁸⁰ Pérez Lledó, J.A. *El Movimiento Critical Legal Studies*, Tesis doctoral, Universidad de Alicante, 1993, p.721 y ss. (<https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/3825/1/Perez-Lledo-Juan-Antonio.pdf>) (consulta de 2 de enero de 2019). V. asimismo Robles Vázquez, R. - Tovar Silva, Y. G. *Teoría Jurídica Crítica Norteamericana. Una Introducción a los Critical Legal Studies*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016, p. 138.

²⁸¹ Beckett, J. *Critical International Legal Studies*, Oxford Bibliographie, ob. cit.

²⁸² Georges Ripert, con relación al marxismo señala : “*Le droit n'est qu'un instrument destiné à liquider l'organisation capitaliste: il n'a aucune signification morale, il n'a aucune valeur en lui-même. C'est un moyen pour arriver au triomphe du prolétariat*” (Ripert, Georges. *Les Forces Créatrices du Droit*, 12. ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1955, p. 420 (<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k33323350/f9.image.texteImage>)).

²⁸³ V. *supra* Nota 272.

²⁸⁴ Pérez Lledó, J.A. *El Movimiento Critical Legal Studies*, ob.cit.

hace presente que la visión postmoderna de los CLS se entrelaza con la deconstrucción de Jacques Derrida y el pensamiento de Michel Foucault, al considerar la omnipresencia fragmentaria, descentralizada del poder (más allá del Estado y del Derecho) observable en múltiples prácticas y “discursos” sociales, lo que abarca la crítica al lenguaje jurídico, limitado, sesgado y anclado en las estructuras convencionales de la política y el poder.

Duncan Kennedy²⁸⁵ define y analiza cuatro genealogías dentro del pensamiento crítico: *organicismo o pertenencia a un todo mayor (Hegel, Ruskin, Parsons), *antinomianismo o rechazo de la moral establecida socialmente (Kierkegaard, Weber, Schmitt, Nietzsche, Sartre), *estructuralismo o conocimiento y comportamiento entendidos en el marco del sistema o una estructura amplia y global (Marx, Freud, Foucault; luego Firestone, Dworkin, Rich, Mac Kinnon), y *semiótica o “la vida de los signos en la sociedad” (de Saussure, Lévi-Strauss, Derrida). Cada una de ellas con una variante racionalista y una anti-racionalista.

Los expertos en asuntos legales críticos argumentan que esas estructuras de poder se pueden encontrar dentro de los binarios que existen en el lenguaje legal (hombre vs. mujer, mayoría vs. minoría, legal vs. ilegal, etc.). Al develar el aspecto político del DI, estos estudiosos también argumentan que la universalidad y generalidad es imposible.

La crítica a este método sugiere que no es factible poner en práctica ese movimiento en su manifestación radical. Sin embargo, tuvo éxito en impulsar otros enfoques del DI (feminismo, relativismo cultural, etc.) debido a su análisis profundo del lenguaje y del desequilibrio que evidencia.

Duncan Kennedy señala que los CLS operan en la intersección del proyecto de izquierda (crítica a las jerarquías sociales, a las injusticias

²⁸⁵ Kennedy, Duncan. “Semiotics of Critique”, *22 Cardozo Law Review* (2001), p. 1147 y ss.

y opresión de los esquemas actuales) y el postmoderno (antiesencialista, indeterminismo jurídico)²⁸⁶.

François Thibault²⁸⁷ hace presente que en *From Apology to Utopia*, Martti Koskenniemi presenta su tesis sobre la indeterminación fundamental del DI. Va más allá de la visión legal clásica sobre la “indeterminación relativa” (casos difíciles pero marginales, en los que no existe un solo entendimiento, y en lo que la autoridad establece las reglas discrecionalmente) y afirma que la indeterminación no puede reducirse a una distorsión externa, ya que no sólo se refiere a las dificultades en la aplicación del DI que surgen de las ambigüedades semánticas de las normas o de las ambivalencias de los argumentos legales o de las inconsistencias en las interpretaciones legales, debiendo centrarse en cómo se justifican argumentalmente las decisiones (soluciones justificables). Koskenniemi rechaza la idea de que el DI sea un sistema completo de reglas y principios, entendiendo que la indeterminación radical hace a la porosidad del sistema (nunca completamente aislado de los procesos sociales, económicos o políticos). Esa porosidad hace a la maleabilidad de la norma jurídica internacional, a la posibilidad de defender cualquier curso de acción mediante argumentos legales profesionalmente impecables. Esa misma maleabilidad hace que el DI sea “inútil”. No hay ámbito del DI que esté libre de decisionismo, que no implique una elección, una “política” de DI. Esa política del DI en acción usa la indeterminación como un dispositivo metodológico para privilegiar algunas elecciones, generalmente elecciones orientadas al *statu*

²⁸⁶ Kennedy, Duncan. “La crítica de los derechos en los Critical Legal Studies”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 7, número 1, julio 2006, p. 47 y ss. (<http://duncankennedy.net/documents/La%20critica%20de%20los%20derechos%20en%20cls.pdf>). El trabajo es traducción de Joaquín González Bertomeu del trabajo original en inglés “The Critique of Rights in Critical Legal Studies”, publicado en el libro Brown, W. - Halley, J. (Eds.) *Left Legalism/Left Critique*, Duke University Press, Durham, 2002, Cap. 4.

²⁸⁷ Thibault, F. “Martti Koskenniemi: Indeterminacy”, en *Critical Legal Thinking -The Law and the Political-*, 8 de diciembre de 2017 (<http://criticallegalthinking.com/2017/12/08/martti-koskenniemi-indeterminacy/>).

quo o conservadoras. La estructura de las normas legales internacionales en Koskenniemi se define por la dinámica de la contradicción entre normatividad y su concreción²⁸⁸.

La labor crítica de los CLS se desarrolla en numerosas universidades, entre ellas Harvard Law School, Georgetown University Law Center, Northeastern University, Buffalo University, Chicago-Kent College of Law, Birkbeck, Universidades de Melbourne, Kent, Carleton, Keele, Glasgow, East London, etc.

Los CLS tienen diversas ramificaciones como feminismo, ecofeminismo, LGBTQ, raza, derechos precoloniales, criminología, derechos humanos, etc.

Anthony Carty²⁸⁹ recuerda que los CLS constituyen el enfoque posmoderno del DI. Los CLS se oponen al DI positivo, como manifestación de un consenso real entre los Estados y enfocan el DI desde el posmodernismo, preocupándose por descubrir la diferencia, la particularidad, la heterogeneidad y el conflicto como realidad en lugar de representaciones ficticias de universalidad y consenso.

Carty considera un “campo de batalla” crucial a las llamadas fuentes del derecho internacional. Así, una cuestión en discusión es si el derecho consuetudinario general se refiere realmente a un consenso entre los Estados con carácter de obligatoriedad. Para los críticos, el lenguaje del DI debe entenderse históricamente solo como un subsistema del discurso de la teoría política liberal. Observa a los CLS a través de la obra de cuatro doctrinarios. Así, critica el trabajo deconstructivista de Kennedy, sobre todo en sus “estructuras legales internacionales” y su afirmación de que el derecho positivo internacional no es viable. Lo considera “último modernista” y no “postmodernista”, ya que no cuestiona el contexto del discurso que deconstruye; no trata el condicionamiento histórico; no cuestiona los usos que se le dan,

²⁸⁸ Koskenniemi, M. *From Apology to Utopia*, ob. cit, p. 16 y ss.

²⁸⁹ Carty, A. “Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law”, *EJIL*, Vol. 2-1 (1991), p. 1 y ss. (<http://www.ejil.org/pdfs/2/1/2026.pdf>).

apenas trata el discurso legal internacional como un logro estético. Con relación a Koskenniemi, estima que, si bien sigue a Kennedy, ubica firmemente el discurso que deconstruye dentro del discurso político liberal. Considera que los intentos de Koskenniemi de reconstruir un orden legal internacional abandonan por completo el problema de la autoridad normativa a favor de un proceso comunicativo de libre alcance que es definido como una teoría postpositivista y, por lo tanto, postformalista. de la ley. Al ocuparse Carty de Friedrich Kratochwil (constructivista, afirmado en las relaciones internacionales) y Ulrich Fastenrath (asentado en la lingüística, la filosofía y las ciencias políticas), hace presente que intentan delinear cómo el discurso legal internacional está enraizado en una práctica o tradición del derecho establecida entre los partícipes relevantes del sistema, rol que les da el derecho de estar allí. Para Fastenrath y Kratochwil, los principios normativos solo pueden recibir un significado definido a la luz de la práctica social, mientras que el liberalismo no puede salvarse de la vacuidad, convirtiéndose en una tradición.

Carty²⁹⁰, estima que, en el marco del realismo escandinavo asentado en el análisis fenomenológico, una perspectiva normativa sobre la sociedad internacional se torna no creíble, especialmente, desde el argumento crítico al positivismo analítico y normativo de la Escuela escandinava. Al ocuparse de los “Desarrollos en las teorías occidentales del conocimiento (Epistemología) y la doctrina de las fuentes del DI (con especial referencia a la costumbre general)”, desde la teoría de las fuentes del derecho de Alf Ross, desecha la idea del Estado y su voluntad como sujeto unitario, remitiéndose a la fuente, a la decisión y a la práctica²⁹¹. Recuerda a Axel Hägerström y su pregunta en el marco del realismo escandinavo sobre si es posible considerar la ley como un sistema de imperativos y declaraciones de voluntad que emanan de la “voluntad del Estado” (en el sentido de “voluntad” de ese poder dentro de un determinado grupo

²⁹⁰ Carty, A. “Scandinavian Realism and Phenomenological Approaches to Statehood and General Custom in International Law”, *EJIL*, Vol. 14-4 (2003), p. 817 y ss.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 824.

de individuos que mantiene un sistema de reglas concernientes a ese colectivo), concluyendo que no es posible²⁹². En el marco del fenomenologismo escandinavo, las reglas y los principios, aun en el caso de no ser coherentes o sistemáticos entre sí, se mantienen en existencia por un grupo heterogéneo de fuerzas sociales. Estas reglas son, por lo tanto, el producto de una gama ilimitada de factores, que incluyen emociones y sentimientos en torno a la justicia, intereses reales o imaginarios, inercia, etc. La idea misma de la existencia de estas reglas supone una aplicación continua de las mismas, que es tan confusa y difícil de desentrañar y explicar como la declaración original de las reglas. En esa visualización, no tiene sentido tener una teoría de las fuentes del derecho en tanto oculta fantasías sobre la existencia de una ley natural y de una armonía unitaria.

Ya en la década de 1930, Georges Gurvitch basado en la sociología del conocimiento (relación entre el pensamiento humano y el entorno social del cual surge) habló sobre la “realidad jurídica”, “esfera jurídica” y “experiencia jurídica”. Similares percepciones desarrollaron otros especialistas rusos en la URSS y otros países socialistas. Así, en la década de 1970, el kazako Salyk Zimanov aplicó nociones tales como “realidad jurídica”, “sustancia jurídica” que incluía el amplio concepto del derecho, no sólo normas, sino también su aplicación, evolución, y actitud de la sociedad ante tales normas²⁹³.

Matthew Nicholson²⁹⁴ considera a Koskenniemi uno de los más importantes pensadores del DI del período posterior a la Guerra Fría, y devela sus vínculos con los métodos de Jacques Lacan, estimando que por más de treinta años ha empleado las técnicas psicoanalíticas lacanianas, traspolándolas al DIP. Deconstruye la obra de Koskenniemi y devela su método, revela sus opciones y explora sus límites en el esfuerzo por desarrollar propuestas para un “nuevo” DI. Considera

²⁹² *Ibidem*, p. 826.

²⁹³ V. Martyshin, O. “Classic Concepts of Law and New Legal Theories”, *Law Ukr.: Legal J.* n° 1 (2011), p. 138.

²⁹⁴ Nicholson, M. “Psychoanalyzing International Law(yers)”, *18 German L.J.* (2017), p. 441 y ss., en especial, p. 444.

que el psicoanálisis de Koskenniemi aplicado al DI, de modo lacaniano “habilita” al paciente a “superarse a sí mismo” y le “permite” reconocer y vivir con su neurosis aceptando que no se puede “curar” frente a las injusticias de la postmodernidad global. Nicholson desarrolla su extenso trabajo en tres partes: *Diagnóstico (desentierra a Lacan en la obra de Koskenniemi), *Terapia (vincula el trabajo de Koskenniemi con la teoría política de Ernesto Laclau: postmodernidad centrada en los “vacíos” - “demandas sociales” - “carencias” - “significantes flotantes”²⁹⁵), y *Pronóstico (considera las perspectivas después de la terapia, imposibilidad de cura, moralidad agnóstica).

Según Sahib Singh, Koskenniemi -en lo epistemológico- pone en evidencia cómo no siempre las teorías catalogadas como postmodernas lo son. Así, solo ejemplificativamente, resalta parte del análisis de Koskenniemi al referirse a las “nuevas teorías” -aparentemente en contraposición al neo positivismo (racionalismo)-, recordando que la raíz de las nuevas teorías (posmodernas/ antiracionalistas) se hunde en la Escuela de Frankfurt y en el estructuralismo. Considera que tanto el neopositivismo como las “nuevas teorías” (reflexivismo, relativismo, criticismo, etc.) reinventan escuelas de pensamiento firmemente integradas en tradiciones totalizadoras, herencia intelectual más propia del racionalismo ético y social/modernidad que del relativismo/agnosticismo/posmodernidad. Singh entiende que la visualización de Koskenniemi es a la vez parte de la modernidad y una crítica de ella, ya que el objetivo de Koskenniemi es resaltar la contracara de la razón, pero no abandonarla²⁹⁶.

²⁹⁵ La teoría de los “significantes flotantes” surge de los trabajos en psicoanálisis de Jacques Lacan y de Ernesto Laclau. La premisa básica es que el espacio ideológico está hecho de elementos sin unir, flotantes (vg. “ricos”, “Occidente”, “pueblo”, etc.), cuya identidad está abierta. Adquiere significado mediante la articulación de esos elementos en una cadena con valor metafórico que engloba todo el campo de significación (vg. “la lucha del pueblo contra el rico Occidente es la lucha contra el orden capitalista”).

²⁹⁶ Singh, S. “International legal positivism and new approaches to International law”, ob. cit., p. 292 y ss.

A pesar de que numerosos teóricos continúan en la ola crítica del DI, Tilmann Altwicker y Oliver Diggelmann²⁹⁷, entienden que hay una tendencia más intensa en la actualidad al alejamiento de la crítica al DI para dar lugar a un resurgir de las narrativas de progreso del DI. Señalan que, en la década de 1990 y principios de la década de 2000, la teoría jurídica internacional parecía más preocupada por el pensamiento crítico que hoy. La disciplina enfrentó los desafíos del deconstructivismo y las críticas inspiradas por el pensamiento feminista y marxista. La aplicación de las ideas y conceptos del movimiento de estudios jurídicos críticos al derecho internacional estaba de moda. En otras palabras, la disciplina parecía más inclinada a lidiar con preguntas “inconvenientes”. Mientras tanto, aunque casi ninguno de estos enfoques críticos afirmarían que su misión se ha completado, los enfoques críticos han ido perdiendo terreno al menos en Europa.

*Constitucionalismo Global Orgánico*²⁹⁸

Esta corriente, a pesar de su denominación, nada tiene que ver con el “Constitucionalismo” ya que sus propuestas son antijurídicas, abiertas a la construcción social de renovación perpetua, promotoras de cambio social. Se asienta en las teorías críticas y sociológicas. Tal el caso de Christine Schwöbel²⁹⁹ quien fustiga las contribuciones del DIP al debate sobre el Constitucionalismo Global. Su examen crítico

²⁹⁷ Altwicker, T. -Diggelmann, O. “How is Progress Constructed in International Legal Scholarship?”, *EJIL*, Vol. 25-2 (2014), p. 444 (<http://www.ejil.org/pdfs/25/2/2498.pdf>).

²⁹⁸ Esta corriente se aleja totalmente de la visión normativa del Constitucionalismo, por ello, a pesar de la designación adoptada por sus teóricos, la incluimos en esta parte del desarrollo.

²⁹⁹ Schwöbel, Ch. E.J. “Introduction”, en *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, ob. cit., p. 2 y ss. V. asimismo, Schwöbel, Ch. E.J. “Organic Global Constitutionalism”, *23 Leiden Journal of International Law* (2010), pp. 530–533.

destaca que las visiones contemporáneas del Constitucionalismo Global están predominantemente conformadas por principios centrales de la forma política de gobierno referida como democracia liberal basada en la ideología del liberalismo político (autonomía formal e igualdad abstracta). Entiende que las contribuciones del DIP al debate sobre el Constitucionalismo Global están en gran parte animados por la creencia de que estas ideas democráticas liberales definen no solo al constitucionalismo al interior de los Estados nacionales, sino también al constitucionalismo para un orden global, percepción que favorece las ambiciones hegemónicas a expensas de la diversidad. Para contrarrestar ello sugiere un nuevo enfoque: “el Constitucionalismo Global Orgánico”, al que asienta sobre cuatro elementos clave: *el constitucionalismo como proceso (flexible y adaptable); *el constitucionalismo como manifestación política (desafía la toma de decisiones tecnocráticas y señala el predominio de las formas discursivas en el entendimiento de que la narrativa es más importante que la realidad incognoscible); *el constitucionalismo percibido como “universal negativo” en el sentido dado por Laclau (carencias) con lo que el Constitucionalismo Global debe ser un “espacio vacío” en el sentido de no poseer contenido “positivo”, sino un contenido que se configura en y a través de prácticas e institucionalizaciones constructivas (a nuestro entender “adjudicativas”³⁰⁰); *el Constitucionalismo Global Orgánico no tiene un final prescriptivo sino que es un provenir abierto. Emparenta al “porvenir abierto” con la idea de que las herramientas intelectuales deben usarse no solo para interpretar al mundo sino para cambiarlo. Tal como lo señaláramos, esta visualización se halla más cerca del pluralismo radical sociológico, el criticismo y las posiciones posmodernas y postmarxistas que del constitucionalismo.

³⁰⁰ “Representación asumida” que reemplaza a la democracia electoral y representativa tradicional, adoptando el marco de la “Democracia siglo XXI”: representación de la sociedad civil como actor colectivo (no individual) agrupada según necesidades insatisfechas. V. nuestro trabajo “Nuevas formas de representatividad democrática. ¿Igualdad política?”, ob. cit., *passim*.

El Constitucionalismo Global Orgánico, epistemológicamente, al igual que las corrientes posmodernas, descrea de la posibilidad de alcanzar verdades generales o una normativa general estable, duradera. Percibe prioritariamente los elementos cambiantes de las relaciones humanas e institucionales, devaluando los elementos esenciales estables. Se opone a la visión estática del Constitucionalismo, y la posibilidad de alcanzar un objetivo final estable; trabaja desde el agnosticismo, el relativismo, el constructivismo radical.

Christine Schwöbel³⁰¹ señala que, bajo escrutinio crítico, se hace evidente que, a pesar de toda su complejidad y diversidad, las nociones prevalecientes del Constitucionalismo Global, más allá de sus argumentaciones, resultan empobrecidas en tanto están limitadas a las trayectorias del pensamiento político democrático liberal, volviéndose por sí mismas encasilladas e inaceptables como postulación general³⁰².

³⁰¹ Schwöbel, Ch.E.J. “Situating the debate on global constitutionalism”, en *International Journal of Constitutional Law*, Volume 8-3, 1 July 2010, pp. 611 y ss. (<https://academic.oup.com/icon/article/8/3/611/623473>).

³⁰² En sentido contrario, Surendra Bhandari desde la Escuela Jurídica de Nepal, pone en cuestión el reiterado membrete de producto occidental liberal para los constitucionalismos (Bhandari, S. *Global Constitutionalism and the Constitutionalization of International Relations: A Reflection of Asian Approaches to International Law*, ob. cit., Cap. 2).

REFLEXIONES FINALES

Compartimos lo señalado por Sahib Singh³⁰³: que toda teoría, todo paradigma es un acto de manipulación en tanto las teorías deben entenderse como construcciones sociales deliberadas cuyas posturas ideológicas se producen dentro de un contexto histórico específico, respaldadas por bases materiales que fundamentan sus dimensiones sociopolíticas. Así, Singh recuerda una de las premisas de la “inconmensurabilidad” kuhniana relativa a que ciertas teorías existen y practican sus oficios en mundos diferentes. No pueden hacer contacto completo con los puntos de vista del otro, ni tienen un lenguaje común pleno, soliendo estar en desacuerdo sobre la definición del problema, los métodos utilizados para resolverlo y los estándares de dichos métodos. Por ello son el ámbito propicio para el conflicto político perpetuamente reinstalado.

Toda “teoría”, todo “modelo”, todo “paradigma” esconde un *a priori* ideológico, cosmovisión de la que depende la percepción de la realidad. Así, en este rápido paso desde la visión tradicional y racionalista del sistema jurídico como sistema, como conjunto de principios y normas, representativo de una concepción de justicia y orden, instrumento de regulación y disposición de las relaciones humanas en toda sociedad aplicado coactivamente, pasamos por una serie de percepciones del Derecho/Fenómeno jurídico, discernimientos que en distintos estadios han ido abandonando algunos de (o todos) los bloques configurativos del Derecho que enunciábamos en su concepción tradicional para llegar a una concepción del Derecho/No Derecho, fenómeno jurídico

³⁰³ Singh, S. “International legal positivism and new approaches to International law”, ob. cit., p. 291 y ss. (<https://core.ac.uk/download/pdf/84364294.pdf>).

multidimensional diluido en sus fronteras con otras disciplinas especialmente la política, la economía, la sociología, sin dimensión normativa ni autoritativa por entender que ella es fruto de los intereses del poderoso dominador, en tanto considera imposible la conformación de reglas o principios generales universales justos, es agnóstico o escéptico frente al futuro de la sociedad y sus bases de convivencia.

Los autores pragmáticos, empiristas, críticos del derecho como Pound, Kennedy, Koskenniemi, entienden que todo derecho-obligación es relativo, conexo a la civilización a la cual se aplica, al momento y al lugar donde opera, ya que no hay un cuerpo de instituciones y normas jurídicas para todas las civilizaciones (derecho universal de la civilización humana). Por otra parte, señalan que la costumbre no es algo estático sino algo que está en perpetuo cambio, reformulándose perpetuamente. En particular, cabe recordar que, en el derecho tradicional inglés, se ha señalado que no existe la obligación moral ni jurídica de cumplir con los compromisos asumidos (*pacta sunt servanda*). Como mucho, puede haber un deber de compensar por el daño emergente de una promesa incumplida³⁰⁴ por la razonable expectativa de cumplimiento de un tratado, obligación sometida a la discreción de un juez conforme al caso³⁰⁵.

En resumen, frente a las teorías racionalistas -basadas en la lógica y la argumentación- que conciben al derecho como un conjunto de reglas y principios, orden normativo e institucional con sus premisas de justicia y certeza jurídica y progreso humano se han levantado las llamadas “nuevas”³⁰⁶ escuelas. Para estas últimas -visiones pluralistas radicales, sociológicas, críticas, posmodernas- el derecho no es un instrumento que refleje la realidad como tal, ni es un instrumento que pueda asegurar la cohesión social ni garantizar la convivencia en paz. El ingrediente jurídico está inmerso en el fenómeno social. Esas

³⁰⁴ Percibe al acuerdo como la suma de dos actos unilaterales (promesa-aceptación).

³⁰⁵ Gebhardt, J. H. “*Pacta sunt servanda*”, *10 Mod. L. Rev.*, 1947, p. 159 y ss.

³⁰⁶ Recuérdese lo señalado *supra* con relación a que esas teorías no son “nuevas” sino un *revival* de premisas sofistas varias veces milenarias. V. Nota *supra* 272.

autoconsideradas “nuevas” teorías perciben al nuevo orden internacional, lejos del Derecho, del DI y del DIP, concibiendo al sistema socio-jurídico como el “conjunto de entendimientos de los múltiples regímenes y sistemas no dispositivos del espacio global”. Consideran que la falta de autoridad central no importa anarquía estructural y que el orden global centrado en el individuo/grupo está en alza. No obstante, la mayoría de los politólogos considera que ese modelo post-nacional anormativo está lejos de imponerse o de hallar un equilibrio cercano en el tiempo. En lo epistemológico son corrientes agnósticas, escépticas, que niegan la posibilidad del conocer a la sociedad en su integridad y que no admiten una regulación para ella en tanto el derecho entendido como orden normativo es un sistema injusto que favorece a los poderosos y reinstala el sistema de dominación occidental. Prefieren predominantemente el constructivismo subjetivista, probabilista; la negociación caso por caso; adoptan metodologías de estudio multidimensionales, de fronteras difusas, -propias de la Sociología- valiéndose de estudios de campo, encuestas de opinión, diseños experimentales, estudios estadísticos, muestreos probabilísticos, entre otros, tal como ya lo señaláramos.

Según Dixon, desde una visión racionalista del Derecho, el argumento más convincente para la existencia del DI como sistema normativo y su vigencia es que los propios miembros de la comunidad internacional reconocen que existe un conjunto de normas vinculantes para ellos³⁰⁷.

³⁰⁷ Dixon, M. “The Nature of International Law and the International System”, en Dixon, M. *Textbook on International Law*, 7a. ed., Oxford University Press, London-UK, 2013, p. 23 (www.oxfordlawtrove.com/view/.../he-9780199574452-chapter-1). Nguyen QuocDinh, Patrick Dailler y Alain Pellet -entre muchos otros- recordaron que, como prueba de la existencia del DI, se suele señalar la observación cotidiana de la vida y de las relaciones internacionales en las que los individuos, los Estados, los movimientos de opinión, las organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales (reconocen e invocan al DI) (Quoc Dinh, N., Dailler, P., Pellet, A., *Droit International Public*, 6ª ed., Paris, 1999, p.88). Prosper Weil proclama en su Curso General de la Haya la existencia silenciosa del Derecho internacional y, parafraseando la obra de André Frossard

Dunoff recuerda que hace un siglo no existían las organizaciones internacionales, ni los tribunales permanentes, ni un sistema jurídico universal³⁰⁸. En la actualidad el DI está organizado en sistemas especiales que responden a las necesidades de este tiempo. La densidad, cantidad, complejidad de las relaciones y regulaciones se ha intensificado, llevando a colisiones y conflictos entre regímenes o conjuntos normativos especiales con el sistema general³⁰⁹, lo que ha

(“Le droit international en quête de son identité”, *RCADI* 1992-VI, t. 237, pp.47-48), recuerda “*Dieu existe, je l’ai rencontré*”, “*le droit international existe, je l’ai rencontré*”. Para Frossard la mayoría de las relaciones cotidianas entre los Estados son regidas por el Derecho internacional, calmamente, sin ruido. Por otra parte, el Derecho internacional no se limita actualmente a las relaciones entre las cancillerías, sino que afecta asimismo a la vida cotidiana de los ciudadanos en distintos ámbitos de sus relaciones y actúa como marco protector de las miríadas de relaciones transfronterizas entre personas públicas y privadas. “*Le droit international est une mécanique qui fonctionne en silence, sans que l’immense majorité des citoyens en ait même conscience. Les juristes eux-mêmes, a observé Jennings, sont peu conscients de ce phénomène, car ils ont pris l’habitude d’aborder le droit sous l’angle de la pathologie et des procès, négligeant ainsi l’énorme part de fonctionnement normal de la mécanique - un peu, dit-il, à l’image de la médecine, qui s’est longtemps concentrée davantage sur la maladie que sur la santé*” (Cfr. Jiménez García, F. “El Derecho Internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su fundamento, concepto y método”, ob.cit., pp.123-124).

³⁰⁸ Dunoff, J.L. “International Law in Perplexing Times”, *Maryland Journal of International Law*, Vol. 25 (2010), pp. 11-36.

³⁰⁹ Ello, a más de áreas de acción transnacional no reguladas a nivel planetario a pesar de actuar en tal ámbito. En la década de los ’70 del siglo pasado -por ejemplo- se iniciaron las primeras tentativas de establecer algún control sobre las sociedades transnacionales. En 1972 el Secretario General de Naciones Unidas conformó un Grupo de expertos para estudiar la temática y su resultado fue un Informe en el que se consideraba la necesidad de constituir organismos de investigación y observación de entidades transnacionales. En 1974, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas creó la *Comisión de Sociedades Transnacionales* [Resolución 1913 (LVII)]. La Comisión se compuso por 48 Estados Miembros con el objeto de investigar las actividades de las sociedades transnacionales y elaborar un Código de Conducta para ese tipo de entidades, el que no logró concretarse. Tras la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, atento a que la Declaración aparentemente cubría distintas vías por las que era factible controlar actividades dañosas de corporaciones transnacionales, se eliminó en 1993 la

sido llamado por algunos el “desorden global del ordenamiento normativo internacional”³¹⁰. A nuestro criterio, corresponde al jurista -por su profesión- ordenar el gallinero “cacofónico” del que hablara D’Aspremont³¹¹. Así como los juristas se sintieron convocados en 1872 a dar respuesta civilizada a la barbarie de la guerra franco-prusiana³¹², así en la actualidad, no pueden permanecer pasivos frente a la necesidad de dar respuestas jurídicas a la Babel de este tiempo.

Por nuestra parte, entendemos que la falta de un mínimo de normas claramente formuladas, necesarias, exigibles en su cumplimiento de modo intransgredible impide la convivencia pacífica en sociedad y lleva “necesariamente” a la anarquía³¹³. Rescatamos el proverbio latino *ubi societas ibi jus*, con valor *ab æterno*. Por burdo que suene, no se puede jugar ni a las escondidas sin reglas inquebrantables.

El jurista que hunde su visión del derecho en la política, la sociología, la economía, la mera práctica -no como nutrientes del sistema normativo sino en su reemplazo- no sólo ha defraudado las expectativas sociales emergentes de su profesión y las responsabilidades que le requiere, sino que, además, se ha equivocado de profesión.

Comisión de Sociedades Transnacionales y se asignaron funciones de observación e investigación, pero sólo en materia de inversiones, a una Subcomisión de la UNCTAD en 1994.

³¹⁰ Walter, N. “Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders”, *International Journal of Constitutional Law*, 2008, p. 308.

³¹¹ D’Aspremont, J. “The Politics of Deformalization in International Law”, cit. p.537; D’Aspremont, J. “Formalism and the Sources of International Law: An Introduction”, December 11, 2012 (<https://www.ejiltalk.org/formalism-and-the-sources-of-international-law-an-introduction/>).

³¹² V. *supra* Nota 272.

³¹³ Tiempo atrás pregunté a un profesor enrolado en la Escuela de Frankfurt si en las Facultades de Derecho no enseñaría ni una sola norma y me respondió que “ni una”. Sorprendida ante tan tajante respuesta, volví a preguntar si ni siquiera les diría a los estudiantes que en ciertos países los coches deben circular por la derecha o que al ver un semáforo en rojo deben parar. Me respondió que no le traiga más problemas puesto que ya tenía demasiados con su modelo teórico.

BIBLIOGRAFÍA

- Aceves, W.J. "Relative Normativity: Challenging the Sovereignty Norm through Human Rights Litigation", *25 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* (2002).
- Adler, E. "Seizing the Middle Ground: Constructivism in World Politics", *3 Eur. J. Int'l Rel.* (1997).
- Allott, P. 'Language, Method and the Nature of International Law', *45 BYIL*(1971).
- Allott, P. *Eunomia, New Order for a New World*, Oxford University Press, Oxford-UK,1990.
- Allott, P. *The Health of Nations: Society and Law beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Allott, P. "The Emerging International Aristocracy", *35 New York University Journal of International Law and Politics*(2003).
- Alter, K. J. "Delegating to International Courts: Self-Binding vs. Other-Binding Delegation", *98 L &Contemp Probs* (2008).
- Altwickler, T. -Diggelmann, O. "How is Progress Constructed in International Legal Scholarship?", *EJIL*, Vol. 25-2(2014) (<http://www.ejil.org/pdfs/25/2/2498.pdf>).
- Andenas, M. -Leiss, J. R. "The Systemic Relevance of 'Judicial Decisions' in Article 38 of the ICJ Statute", *77 ZaöRV* (2017).
- Aristóteles. *La Política*, texto on line, p. 14 ([http://www.bcnbib.gov.ar/uploads/ARISTOTELES,%20Politica%20\(Gredos\).pdf](http://www.bcnbib.gov.ar/uploads/ARISTOTELES,%20Politica%20(Gredos).pdf)).
- Ayala Sanmiguel, F. J. "Jueces, nuevo derecho y burocracia", *Jurídicas*, Universidad de Caldas, Vol. 2-2, julio-diciembre 2005.
- Baker, Roozbeh (Rudy) B. "Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates", *EJIL*, Vol. 21-1(2010).
- Barkun, M. *Law Without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community*, Yale University Press, New Haven, 1968.

- Beckett, J. *Critical International Legal Studies*, Oxford Bibliographies, actualización 2017.
- Bentham, J. "Essay IV. A Plan for an Universal and Perpetual Peace", en *Principles of International Law* (<https://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/pil/pil.e04.html>).
- Benvenisti, E. "The Conception of International Law as a Legal System", *German Yearbook of International Law*, Vol. 50 (2008).
- Benvenisti, E. - Downs, G. W. "National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law", *EJIL*, Vol. 20 -1 (2009).
- Benvenisti, E. "Upholding Democracy amid the Challenges of New Technology: What Role for the Law of Global Governance?", *EJIL*, Vol. 29-1 (2018).
- Besson, S. "Theorizing the Sources of International Law", Cap 7, en Besson, S. - Tasioulas, J. (Eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Bethlehem, D. "The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law", *EJIL*, Vol. 25-1 (2014).
- Bhandari, S. *Global Constitutionalism and the Constitutionalization of International Relations: A Reflection of Asian Approaches to International Law* (December 27, 2013) (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2402084>).
- Bianchi, A. *International Law Theory. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford University Press, Oxford-UK, 2016.
- Bildig, P. "Thinking about World Order. Inquiring into Others' Conceptions of the International", en Gunther Hellmann (Ed.), *Theorizing Global Order, The International, Culture and Governance*, Campus Verlag GmbH, Frankfurt-New York, 2018.
- Bobbio, N., *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1990.
- Bódig, M. "The Issue of Normativity and the Methodological Implications of Interpretivism: The Idea of Normative Guidance", *Acta Juridica Hungarica*, 54-2 (2013).
- Bordalí Salamanca, A. "Independencia y responsabilidad de los jueces", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIV, julio 2003.
- Born, G. "A new generation of international adjudication", *Duke Law Journal*, Vol. 61-4 (2012) (<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1523&context=dlj>).

- Boudreau, Th. "Paradigms Lost and Found: The Emergent International Legal Order", *30 J. Juris* (2016).
- Brölmann, C. - Radi, Y. "Introduction: International Law Making in a Global World", en Brölmann, C. - Radi, Y. (Eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Elgar, 2016 (<https://www.elgaronline.com/view/9781781953211.00007.xml>).
- Buckel, S. - Fischer-Lescano, A. "Gramsci Reconsidered: Hegemony in Global Law." *Leiden Journal of International Law*, 22.3 (2009).
- Burke-Witthe, W.W. "International Legal Pluralism", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25-4 (2004).
- Burnheim, J. *Democracy, Nation-States, and the World System. New Forms of Democracy*, D. Held and C. Pollitt, Sage, London, 1986.
- Burnay, M. *Chinese Perspectives in the International Rule of Law: Law and Politics in the One-Party State*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts-USA, 2018.
- Calvo García, M. *Interpretación y argumentación jurídica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, PUZ, Zaragoza, 1995.
- Caputo, J.D. "Three Transgressions: Nietzsche, Heidegger, Derrida", *Research in Phenomenology*, Vol. 15-1(1985).
- Carty, A. "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", *EJIL*, Vol. 2-1 (1991).
- Carty, A. "Scandinavian Realism and Phenomenological Approaches to Statehood and General Custom in International Law", *EJIL*, Vol. 14-4 (2003).
- Cassese, A. "Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (*dedoublement-fonctionnel*) in International Law", *EJIL*, 1990-1.
- Charlesworth, H. - Chinkin, CH. - Wright, Sh. "Feminist Approaches to International Law", *Am. J. Int'L L.* 85-4.
- Checkel, J. T. "Mechanisms, Process, and the Study of International Institutions", en Bennett, A. - Checkel, J.T. (Eds.), *Process Tracing: From Metaphor to Analytic Tool*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014 (<https://bibliothek.wzb.eu/pdf/2014/iv14-104.pdf>).
- Chen, Ch. W. "Indigenous Rights in International Law", *Oxford Research Encyclopedias*, Oxford University Press, versión on line de 2017 (<http://oxfordre.com/internationalstudies/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore-9780190846626-e-77>).

- Cheng, T.-H. “Positivism, New Haven Jurisprudence, and the Fragmentation of International Law”, *International and Comparative Law Colloquium Papers* (https://www.researchgate.net/publication/41308388_Positivism_New_Haven_Jurisprudence_and_the_Fragmentation_of_International_Law).
- Chimni, B.S. “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, en Anghie A.- Chimni, B. - Mickelson, K. - Okafor, O. (Eds.), *The Third World and International Order: Law, Politics and Globalization*, Brill Academic Publishers, Leiden-Netherlands, 2003.
- Chimni, B. S. “Third World approaches to international law: A Manifesto”, *International Community Law Review*, 8-1, 2006.
- Chinkin, Ch. “Feminism. Approach to International Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010.
- Cohen, J. “Deliberation and Democratic Legitimacy”, en J. Bohman, J. - Rehg, D. (Eds.), *Essays on Reason and Politics*, MIT Press, Cambridge, 1991 (<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/JCOHENDELIBERATIVE%20DEM.pdf>).
- Cohen, J. L. *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge-UK, 2012.
- Colangelo, A. J. “A systems theory of fragmentation and harmonization”, *International Law and Politics*, Vol. 49, 2016.
- Cox, R. W. “Social Forces, States, and World Orders: Beyond International Relations Theory”, *Millennium: Journal of International Studies*, 10-2, 1981.
- Cuenca Gómez, P. *La concepción del Ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, 2009 (<https://core.ac.uk/download/pdf/30041832.pdf>).
- Cullet, P. “Differential treatment in international law: Towards a new paradigm of inter-state relations”, *EJIL* Vol. 10-3 (1999).
- Curran, P.D. “Universalism, Relativism, and Private Enforcement of Customary International Law”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5-1.
- Cutler, C. “The Judicialization of Private Transnational Power and Authority”, *25 Ind. J. Global Legal Stud.* (2018).

- D'Aspremont, J. "The Politics of Deformalization in International Law", *Göttingen Journal of International Law*, Vol. 3-2 (2011).
- D'Aspremont, J. "Formalism and the Sources of International Law: An Introduction", December 11, 2012 (<https://www.ejiltalk.org/formalism-and-the-sources-of-international-law-an-introduction/>).
- D'Aspremont, J. "Herbert Hart in today's International Law Scholarship", en Kammerhoffer, J. - D'Aspremont, J. (Eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge University Press, Cambridge-UK, 2014.
- D'Aspremont, J. "Towards a New Theory of Sources in International Law", en Orford, A. - Hoffmann, F. (Eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- D'Aspremont, J. "Do Not-State Actors Strengthen or Weaken International Law? The Story of a Liberal Symbiosis", en Krieger, H. - Nolte, G. - Zimmermann, A. (Eds.), *The International Rule of Law: Rise Or Decline?*, Oxford University Press, Oxford-RU, 2019.
- Deshaies, M. "Mario Prost, *Unitas multiplex. Unités et fragmentations en Droit International*", 26 *Rev. Quebécoise de Droit Int'l* (2014).
- Desierto, D.A. - Gillespie, C.E. "Evolutive Interpretation and Subsequent Practice Interpretive Communities and Processes in the Optional Protocol to the ICESCR", 73 *ZaöRV*(2013).
- De Wet, E. "The Constitutional international order", *Int'L & Comp. L. Q.*, Vol. 55 (2006).
- Díez de Velasco Vallejo, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2009.
- Diggelmann, O. - Altwicker, T. "Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism", 68 *ZaöRV* (2008).
- Donaldson, M. - Kingsbury, B. "Ersatz Normativity or Public Law in Global Governance: The Hard Case of International Prescriptions for National Infrastructure Regulation", 14 *Chi. J. Int'l L.* (2013).
- Domingo, R. "Gaius, Vattel, and the New Global Law Paradigm", *EJIL*, Vol. 22-3 (2011).
- Donoho, D.L. "Relativism versus Universalism in Human Rights: The Search for Meaningful Standards", 27 *Stan J Intl L*, 1991.

- Dos Reis, F. - Kessler, O. “Constructivism and the Politics of International Law”, en Orford, A. - Hoffmann, F. (Eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 2016 online book (www.academia.edu/9835070).
- Drnas de Clément, Z. “Principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incoherencias sistémicas”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XI, años 2001-2002 (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcomplementariedad>).
- Drnas de Clément, Z. “Normas imperativas del derecho internacional general (*jus cogens*). Dimensión sustantiva”, en Drnas-Lerner (Eds.), *Estudios de Derecho internacional en Homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Lerner, Córdoba, 2002 (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artiuscogens/?searchterm=cogens>)
- Drnas de Clément, Z. “Algunas consideraciones en torno al concepto ‘Organización Internacional’ (OI) en el Proyecto de la CDI sobre responsabilidad por hecho ilícito de las OI”, en *Cuaderno de Derecho Internacional III Responsabilidad Internacional*, 2008 (<http://www.acaderc.org.ar/ediciones/cuaderno-de-derecho-internacional-iii>).
- Drnas de Clément, Z. “Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Cuarta Instancia?”, en *XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales*, Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2009 (https://www.researchgate.net/publication/277148301_CORTE_INTERAMERICANA_DE_DERECHOS_HUMANOS_CUARTA_INSTANCIA).
- Drnas de Clément, Z. - Pagliari, A. S. - Salas, G. R. *Derecho Internacional Público. Jurisprudencia seleccionada*, Advocatus, Córdoba, 2011.
- Drnas de Clément, Z. “Derechos especiales/regímenes autónomos y Derecho internacional”, *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tomo I, Tirant lo blanch, Madrid, 2011 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3947306>) (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/derechos-especiales-regimenes-autonomos-y-el-derecho-internacional>).
- Drnas de Clément, Z. “La equidad *contra legem* en la sentencia del 30 de noviembre de 2010 de la CIJ en el asunto Ahmadou Sadio Diallo”, en Llanos Mardones, H. - Picand Albónico, E. (Eds.), *Libro Homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012 (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-equidad-contra-legen-en-la-sentencia-de-la-cij>)

- Drnas de Clément, Z. “Nuevas formas de representatividad democrática. ¿Igualdad política?”, *VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica*, Santiago de Chile, 22 a 24 de noviembre de 2012 (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/nuevas-formas-de-representatividad-democratica.-igualdad-politica> y en <http://www.institutodechile.cl/congreso/ponencias/PONENCIADRNAS.pdf>).
- Drnas de Clément, Z. “El rol de los tribunales internacionales desde la visión constitucionalista, sistemática, jerarquizada a la postmoderna, transnacional, voluntarista”, en *Cuaderno de Derecho Internacional Público VII* (2013), Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2013 (<http://www.acaderc.org.ar/ediciones/cuaderno-de-derecho-internacional-vii>).
- Drnas de Clément, Z. “La construcción del nuevo orden público internacional en materia de derechos humanos”, *Cadernos de Direito*, Piracicaba, Vol. 14 (26), jan.-jun. 201 (<https://www.metodista.br/revistas-unimep/index.php>).
- Drnas de Clément, Z. “La complejidad del principio *pro homine*”, *JA 2015-I*, fascículo n. 12, Buenos Aires, marzo 25 de 2015 (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>).
- Drnas de Clément, Z. “Antecedentes de la Codificación del Derecho Internacional”, en *Cuaderno de Derecho Internacional* (2018), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, JE Edit., Córdoba, 2019 (www.acaderc.org.ar).
- Drnas de Clément, Z. “Libre determinación vs. autodeterminación de los pueblos. Situación de los catalanes y de los mapuches”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba 2018*, IJ Editores, Córdoba, 2019 (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/libre-determinacion-vs-autodeterminacion-de-los-pueblos.-situacion-de-los-catalanes-y-de-los-mapuches>).
- Drnas de Clément, Z. ““El sistema internacional contemporáneo: su dimensión normativa”, en Jiménez Piernas, C. - Beneyto, J.M. (Dirs.), *El Sistema Internacional Contemporáneo. Concepto y Fuentes del Derecho Internacional*, Vol. I, Instituto de Estudios Europeos, Centro de Excelencia Jean Monnet de la Comisión Europea (2020, en prensa).
- Dunoff, J.L. - Trachtmann, J.P. “A Functional Approach to International Constitutionalization”, en Dunoff-Trachtmann (Eds.), *Ruling the World?*

- Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Dunoff, J.L. - Trachtman, J.P. *Ruling the World?: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, New York, 2009.
- Eatwell, R. - Goodwin, M. "Nationl Populism: The Revolt Against Liberal Democracy", Pelican, London, 2018.
- Fassbender, B. "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", *36 Columbia Journal of Transnational Law*, 1998 (<https://www.alexandria.unisg.ch/234620/1/Fassbender%20UN%20Charter%20ColJTransnatL%201998.pdf>).
- Fellmeth, A. X. "Feminism and International Law: Theory, Methodology, and Substantive Reform", *Human Rights Quarterly* 22 (2000).
- Fineman, M.A. "Introduction: Feminist and Queer Theories", *Emory University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series Research Paper No. 09-76* (2009, act. a 2016).
- Fischer-Lescano, A. "Die Emergenz der Globalverfassung", *63 ZaöRV*(2003), p. 717 y ss. (http://www.zaoerv.de/63_2003/63_2003_3_a_717_760.pdf).
- Flaherty, M. "Judicial Globalization in the Service of Self-Government", *20 Ethics and International Affairs* (2006).
- Flores, María del Luján. *Reflexiones acerca de los desafíos del Derecho Internacional (II)*(http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxv_curso_derecho_internacional_2008_maria_del_lujan_flores_2.pdf).
- Fonte, J. "Liberal Democracy vs. Transnational Progressivism: The Future of the Ideological Civil War within the West", *Orbis*, Summer 2002 (http://www.hudson.org/files/publications/transnational_progressivism.pdf).
- Franck, T. *The Power of Legitimacy among Nations*, Oup, New York, 1990.
- Fraser, N. *Scales of Justice: Reimagining Political Space in Globalizing World*, Columbia University Press, New York, 2010.
- Friedmann, W. G. *The Changing Structure of International Law*, Stevens & Sons, London, 1964.
- García, G.I. - Aguilar, C.A. "Psicoanálisis y política: la teoría de la ideología de Slavoj Žižek", *Grupo Pensamiento Crítico* (<http://www.pensamiento-critico.info/index.php/articulos-1/otros-autores/2/psicoanalisis-y-politica-la-teoria-de-la-ideologia-de-slavoj-zizek>).

- Gardam, J.G. "The Law of Armed Conflict: A Feminist Perspective", en Mahoney, K.E. - Mahoney, P. (Eds.), *Human rights in the twenty-first century: A Global Challenge*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1993.
- Gardam, J.G. "Women and the Law of Armed Conflict: Why the Silence?", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46-1 (1997).
- Gebhardt, J. H., "Pacta sunt servanda", *10 Mod. L. Rev.* (1947).
- Geertz, C. "Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture", en Martin, M. - McIntyre, L.C. (Eds.), *Readings in the Philosophy of Social Science*, MIT Press, London, 1994.
- Gillich, I. "The Normativity of Principles within the Positivist Theory of International Law", *41 N.C. J. Int'l L.* (2015).
- Goldsworthy, J. "Originalism in Constitutional Interpretation", *25 Federal Law Review*, 1997.
- Goldmann, M. "Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority", *9 German L.J.* (2008).
- Gordon, G. *Innate Cosmopolitanism. Mapping a latent theory of world norms in international law*, Vrije Universiteit Amsterdam, Amsterdam, 2013. (<https://research.vu.nl/ws/portalfiles/portal/42110291/complete+dissertation.pdf>).
- Gries, P.H. *The Politics of American Foreign Policy: How Ideology Divides Liberals and Conservatives*, Stanford University Press, Stanford, 2014.
- Guastini, R. "Interpretación y construcción jurídica", *Isonomía*, No. 43, octubre 2015.
- Guzzini, S. "A Reconstruction of Constructivism in International Relations", *6 Eur. J. Int'l Rel.* (2000).
- Habermas, J. *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- Hafner, G. "Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional", *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, anexo.
- Hamann, A. - Ruiz Fabri, H. "Transnational networks and constitutionalism", *I•CON* July/October 2008.
- Hart, H.M. - Sachs, A. M. *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of the Law*, Foundation Press, New York, 1958.

- Held, D. *et al. Global Transformations*, on line(<http://www.polity.co.uk/global/transnational-democracy-theories-and-prospects.asp>).
- Hickey, S. - Bracking, S. "Exploring the Politics of Poverty Reduction: How are the Poorest Represented", *World Development*, 33-6 (2005).
- Hierrezuelo Conde, G. "*Pound, Roscoe, Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Traducción y Estudio Preliminar por José Puig Brutau", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXVII, Valparaíso, 2005.
- Higgins, R. "Grotius and the Development of International Law in the United Nations Period", publicado en Bull. H.- Kingsbury, B. - Roberts, A. (Eds.), *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford University Press, 1992 (<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0198277717.001.0001/acprof-9780198277712-chapter-10>).
- Higgins, R. "Policy Considerations and the International Judicial Process", *17 ICLQ*(1998).
- Higgins, R. *Problems and Process: International Law and how we use it*, Oxford University Press, Oxford, 8va. ed. 2004.
- HiiL. "Law of the future. Vision 2011. Signposting the legal space of the future", *HiiL. National Law in the global society* (https://www.hiil.org/wp-content/uploads/2018/09/HIIL_n18564_v1_Law_of_the_Future_Vision.pdf).
- Hofmann, R. "Law beyond the state. Past and futures. An Introduction", en Hofmann, R. - Kadelbach, S. *Law beyond the state. Past and futures*, Campus Verlag GmbH, Frankfurt/New York, 2016.
- Hoffmann, F. "International Legalism and International Politics", en Orford, A. - Hoffmann, F. (Eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford Handbooks on line, 2016 (<https://academic.oup.com/ejil/article/28/1/329/3097826>).
- Hutchings, K. *International Political Theory*, Sage, London, 1999.
- International Association of Universities (IAU) *et al.* "Compartiendo la calidad de la educación superior más allá de las fronteras: Una declaración en nombre de las instituciones de educación superior en el ámbito mundial", *Perfiles educativos*, vol. XXVII, n°. 107 (2005).
- Jackson, V.C. "Transnational challenges to constitutional law: Convergence, resistance, engagement", *Federal Law Review*, Vol. 35(2007) (<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html>).
- Jakubowski, A. - Wierczyńska, K. *Fragmentation vs the Constitutionalisation of International Law: A Practical Inquiry*, Routledge, New York, 2016.

- Jiménez García, F. “El Derecho internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su fundamento, concepto y método”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 2010-Núm. 2.
- Jiménez Piernas, C. “El método del Derecho internacional público. Una aproximación sistémica y transdisciplinar”, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, 1995.
- Jiménez Piernas, C. “El concepto de Derecho Internacional Público”, en *Instituciones de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1999.
- Jiménez Piernas, C. “El Derecho Internacional contemporáneo: Una aproximación consensualista”, en *Cursos de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano XXXVIII (2010)*, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Washington, 2011.
- Kadelbach, S. - Kleinlein, Th. - Roth-Isigkeit, D. (Eds.), *System, Order, and International Law. The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, Oxford University Press, New York, 2017 (<https://global.oup.com/academic/product/system-order-and-international-law-9780198768586?cc=de&lang=en&#>).
- Kennedy, David. “Tom Franck and the Manhattan School”, *35 N.Y.U. J. Int’l L. & Pol.* (2003).
- Kennedy, Duncan. “Semiotics of Critique”, *22 Cardozo Law Review* (2001) (<http://www.duncankennedy.net/documents/A%20Semiotics%20of%20Critique.pdf>).
- Kennedy, Duncan. “La crítica de los derechos en los Critical Legal Studies”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 7, número 1, julio 2006, p. 47 y ss. (<http://duncankennedy.net/documents/La%20critica%20de%20los%20derechos%20en%20cls.pdf>). El trabajo es traducción de Joaquín González Bertomeu del trabajo original en inglés “The Critique of Rights in Critical Legal Studies”, publicado en el libro Brown, W. - Halley, J. (Eds.), *Left Legalism / Left Critique*, Duke University Press, Durham, 2002, Cap. 4.
- Kingsbury, B. - Krisch, N. - Stewart, R. “The emergence of global administrative law”, *Law and Contemporary Problems*, 68 (3-4), 2005.
- Kingsbury, B. - Donaldson, M. *Global Administrative Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011 (http://ijilj.org/wp-content/uploads/2016/08/EPIL_Global_Administrative_Law.pdf).

- Kingsbury, B. - Donaldson, M. - Vallejo, R. “Global Administrative Law and Deliberative Democracy”, en Hoffmann, F. – Orford, A. (Eds.), *Oxford Handbook of International Legal Theory*, Oxford Handbooks, 2016 (Research Paper obtenible en Osgoode Legal Studies Research Paper Series <http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/7.-Kingsbury-Donaldson-Vallejo-GAL-and-Delib-Democr.-2015.pdf>).
- Kirchner, S. “Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A Place for Values in the International Legal System”, *5 German L.J.* (2004).
- Klabbers, J. “Constitutionalism Lite”, *International Organizations Law Review* Vol. 1 (2004).
- Klabbers, J. - Peters, A. - Ulfstein, G. *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Klabbers, J. “Re-thinking Functionalism: Paul S. Reinsch and the Making of International Institutional Law”, *The Straus Institute Working Paper* 02/10 (<http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/siwp/Klabbers.pdf>).
- Kleinlein, T. “On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State”, *EJIL*, Vol. 21-4 (2010).
- Kleinlein, T. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 231, Springer, Berlin, 2012.
- Kleinlein, T. - Peters, A. *International Constitutional Law*, 2018, book on line (actualizado a 2018).
- Knox, R. “Valuing Race? Stretched Marxism and the Logic of Imperialism”, *London Review of International Law* 4-1 (2016).
- Koh, R. “A World Transformed”, *20 Yale Journal of International Law* (1998).
- Korkman, P. - Mäkinen, V. (Eds.), *Universalism in International Law and Political Philosophy*, Vol. 4, Collegium, Helsinki Collegium for Advance Studies, 2008.
- Koskeniemi, M. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, CUP, Cambridge, 2004.
- Koskeniemi, M. “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization”, *Theoretical Inquiries in Law*, 8 (2006).

- Koskenniemi, M. “El Destino del Derecho Internacional Público: Entre la Técnica y la Política”, *Revista de Derecho Público*, N° 24 (marzo de 2010), Universidad de los Andes (Traducción de la obra “The Fate of International Public Law: Between Technique and Politics”, *The Modern Law Review*, vol. 70 (2007).
- Koskenniemi, M. *International Legal Theory and Doctrine*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2012 (www.mpepil.com).
- Koskenniemi, M. “Foreword: History of Human rights as political intervention in the present”, en Slotte, P. -Halme-Tuomisaari, M. (Eds.), en *Revisiting the origins of human rights*, Cambridge University Press, Cambridge-UK, 2015.
- Krieger, H. - Nolte, G. - Zimmermann, A. (Eds.), *The International Rule of Law: Rise Or Decline?*, Oxford University Press, Oxford-RU, 2019.
- Krisch, N. “Global Administrative Law and the Constitutional Ambition”, *LSE Legal Studies Working Paper* No. 10/2009 ((February 16, 2009).
- Krisch, N. *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Krisch, N. “Global governance as public authority: An introduction”, *International Journal of Constitutional Law*, 10-4 (2012).
- Kuhn, T. S. “The Structure of Scientific Revolutions”, *International Encyclopedia of Unified Science*, Second Edition Enlarged, Vol. II, N° 2, p. VIII (<https://www.lri.fr/~mbl/Stanford/CS477/papers/Kuhn-SSR-2ndEd.pdf>).
- Lacey, N. “Normative Reconstruction in Socio-Legal Theory”, *5 Soc. & Legal Stud.* (1996).
- Lang, A. F. (Jr.) - Wiener, A. “A constitutionalising global order: An introduction”, en Lang, A. F. (Jr.) - Wiener, A. *Handbook on Global Constitutionalism*, Edward Elgar, Cambridge UK, 2017 (<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781783477258/9781783477258.00006.xml>).
- Langlois, A.J. *International Political Theory and LGBTQ Rights*, *The Oxford Handbook of International Political Theory*, Oxford Handbooks on line, 2018.
- Larenz, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- Lassman, P. *Pluralism*, Polity Press, Cambridge-UK, 2011.
- Lasswell - McDougal, “Jurisprudence in Policy-Oriented Perspective”, *19 Fla. L. Rev.* (1967).

- McDougal - Lasswell - Reisman, "Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence", 8 *VA. J. INT'L L.* 188 (1968).
- Leben, Ch. "The Changing Structure of International Law Revisited by Way of Introduction", 3 *EJIL* (1997).
- Levit, N. A. "Different Kind of Sameness: Beyond Formal Equality and Antisubordination Strategies in Gay Legal Theory", *Ohio State Law Journal*, Vol. 61 (https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/70408/OSLJ_V61N2_0867.pdf).
- López Escarcena, S. "Contextualising Global Administrative Law", 11 *ACDI* (2018).
- Mahoney, P. "Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin", 11 *Hum. RTs. L.J.* (1990).
- Mańko. R. -Stambulski, M. "Law and Ideology: Critical explorations", *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, 2015.
- Mansilla, H. C. F. "El debate entre universalismo y particularismo. Un ensayo sobre los complejos vínculos entre historia, identidad y derechos humanos", *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, Vol. 10-2, 2011.
- Martill, B. "International ideologies: paradigms of ideological analysis and world politics", *Journal of Political Ideologies*, 22 (3), (2017).
- Martínez Paz, F. *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Advocatus, Córdoba, 2004 (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artelmundojuridico>).
- Martyshin, O. "Classic Concepts of Law and New Legal Theories", *Law Ukr. Legal J.*, n° 1 (2011).
- May, C.D. "Brave New Transnational Progressive World", *The New York Times*, November, 2011 (<https://www.nationalreview.com/2011/11/brave-new-transnational-progressive-world-clifford-d-may/>).
- McCrudden, Ch. - O'Leary, B. "Courts and Consociations, or How Human Rights Courts May De-stabilize Power-sharing Settlements", *EJIL*, Vol. 24-2 (2013).
- McDougal, M.S. "International Law and the Future" (1979), *Faculty Scholarship Series*, 2662, https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3677&context=fss_papers).

- McDougal, M. S. - Lasswell, H. D. "Criteria for a Theory About Law" (1971), *Faculty Scholarship Series*, 2573 (https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2573).
- McGrew, A. "Transnational Democracy: Theories and Prospects", Chap. 3, 2002 (https://www.researchgate.net/publication/313044112_Transnational_democracy_theories_and_prospects).
- Medina Ortega, Manuel. "Una nueva concepción del Derecho Internacional: El Sociologismo de Myres S. McDougal", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 14, No. 3 (1961).
- Miévile, Ch. *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*, Koninklijke Brill, Leiden-The Netherlands, 2005.
- Miñón Sáenz, A.R. *El Pensamiento de Platón a la luz de una nueva hermenéutica. Metafísica, Ética y Política*, Ed. Club San Vicente, Alicante, 2010.
- Monereo Pérez, J. L. - Calvo González, J. "Léon Duguit (1859-1928): Jurista de una sociedad en transformación", *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, N° 4, julio-diciembre de 2005.
- Mouffe, Ch. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 19.
- Müller, J.W. *What is Populism*, Penguin Books, London, 2013.
- Mummery, J. *Radicalizing Democracy for the Twenty-first century*, 2da. edición, Routledge, New York, 2017.
- Muñoz Gutiérrez, C. *Vida y Saber: Nietzsche, s/f* (<https://webs.ucm.es/info/pslogica/filosofia/nietzsche.pdf>).
- Nicholson, M. "Psychoanalyzing International Law(yers)", *18 German L.J.* (2017).
- Nollkaemper, A. "International Adjudication of Global Public Goods: The Intersection of Substance and Procedure", *EJIL*, 23-3 (2012).
- Osorio, S.N. "La Teoría Crítica de la Sociedad de la Escuela de Frankfurt. Algunos Presupuestos Teórico-Críticos", *Revista Educación y Desarrollo Social*, 1-1 (2007).
- Parra, J. F. "Transmigraciones denizens: exclusión política y migración internacional", *Circunstancia (Investigaciones)*, Año IV, Número 10, mayo 2006 (https://www.researchgate.net/publication/28117102_Transmigrantes_denizens_Exclusion_politica_y_migracion_internacional).
- Patomäki, H. "Problems of Democratizing Global Governance", *EJIR*, 9-3 (2003).

- Pauwelyn, J. - Wessel, R. - Wouter, J. "The Exercise of Public Authority through Informal International Lawmaking: An Accountability Issue?", Global governance as public authority: Structures, contestation, and normative change, *Jean Monnet Working Paper* 06/11 (<https://ris.utwente.nl/ws/portalfiles/portal/6590859/JMWP06Wessel.pdf>).
- Pauwelyn, J. - Wessel, R. - Wouter, J. (Eds.), *Informal International Lawmaking*, Oxford University Press, 2012 (Oxford Scholarship Online: enero de 2013) (<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199658589.001.0001/acprof-9780199658589>).
- Peña, Lorenzo, "Derechos de bienestar y servicio público en la tradición socialista", en Peña, L. - Ausín, T. - Bautista, O.D. (Coords.), *Ética y servicio público*, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010.
- Pérez González, M. "A vueltas con las lagunas: Contribución al debate sobre la plenitud del orden jurídico internacional", en Drnas- Lerner (Eds.), *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Marcos Lerner, Córdoba, 2002.
- Pérez Lledó, J.A. *El Movimiento Critical Legal Studies*, Tesis doctoral, Universidad de Alicante, 1993 (<https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/3825/1/Perez-Lledo-Juan-Antonio.pdf>).
- Pernice, I. "Global constitutionalism and the internet: taking people seriously", Hofmann, R. - Kadelbach, S. *Law beyond the State. Past and future*, Campus Verlag GmbH, Frankfurt/New York, 2016.
- Peters, A. "Reconstruction constitutionnaliste du droit international: arguments pour et contre", en Jouannet, E. - Ruiz Fabri, H. - Tomkiewics, V. (Eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Vol. I, Hart, Oxford, 2008.
- Peters, A. "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16-2, 2009.
- Peters, A. "Humanity as the A and Ω of Sovereignty", *EJIL*, 20-3 (2009).
- Peters, A. "Constitutional Fragments: On the Interaction of Constitutionalization and Fragmentation in International Law", *Working paper* N°2 (2015) (<https://cgc.wp.standrews.ac.uk/2015/04/14/cgc-working-paper-no-2-constitutional-fragments/>).
- Peters, A. "Fragmentation and Constitutionalization", en Orford, A. - Hoffmann, F. (Eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford Handbooks on line, 2016.

- Peters, A. "The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization", *I•CON*, 15-3 (2017).
- Platón, *Diálogos. Obra completa en 9 volúmenes*, obtenible en forma completa en <http://www.filosofia.org/cla/pla/azcarate.htm>.
- Popovic, D. "Prevailing of judicial activism over self-restraint in the jurisprudence of the European Court of Human Rights", *42Creighton L. Rev.* (2008-2009).
- Quoc Dinh, N., Dailler, P., Pellet, A., *Droit International Public*, 6ª ed., Paris, 1999.
- Rajkovic, N.M. - Aalberts, T.I. - Gammeltoft-Hansen, T. *The Power of Legality: Practices of International Law and their Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- Ramacciotti, B. "La Democracia en la era digital. Una mirada desde el ámbito Latinoamericano", en Rey Caro, E.J. - Rodríguez de Taborda, M.C. (Dirs.), *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*, Advocatus, Córdoba, 2014
(<http://www.acaderc.org.ar/estudios-de-derecho-internacional-homenaje-a-la-dra.-zlata-drnas-de-clement>).
- Resnik, J. "Law's Migration: American Exceptionalism, Silent Dialogues and Federalism's Multiple Ports of Entry", *115 Yale Law Review* (2006) (https://www.yalelawjournal.org/pdf/216_s6k3w9r9.pdf).
- Reinsch, P.S. "International Administrative Law", *American Journal of International Law*, Vol. 3-1 (1909).
- Reisman, W. M. "The View from the New Haven School of International Law" (1992), Faculty Scholarship Series, 867 (https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1871&context=fss_papers).
- Reisman, W. M. - Wiessner, S. - Willard, A. R. "The New Haven School: A Brief Introduction", *Yale J. Int'l L.* (2007).
- Ripert, Georges. *Les Forces Créatrices du Droit*, 12. ed, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1955 (<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k33323350/f9.image.texteImage>).
- Roberts, A. *Is International Law International?*, Oxford University Press, New York, 2017.
- Robles Vázquez, R. - Tovar Silva, Y. G. *Teoría Jurídica Crítica Norteamericana. Una Introducción a los Critical Legal Studies*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016.

- Rodrigo, A.J. “El Pluralismo del Constitucionalismo Internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 29 (2013).
- Rosenfeld, M. “Is Global Constitutionalism Meaningful or Desirable?”, *EJIL*, Vol. 25-1 (2014).
- Rubinfeld, J. “Unilateralism and Constitutionalism”, *79 New York University Law Review* (2004) (https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2553&context=fss_papers).
- Ruggie, J.G. “What Makes the World Hang Together? Neo-Utilitarianism and the Social Constructivist Challenge”, *52 International Organization* (1998).
- Ruiz Fabri, H. ‘La motivation des décisions dans le règlement des différends de l’OMC’, en Ruiz Fabri, H. - Sorel, J.-M. (Eds.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, Paris, 2008.
- Saberi, H. “Between the Scylla of Legal Formalism and the Charybdis of Policy Conceptualism: Yale’s Policy Science and International Law”, en Hoffmann, F. - Orford, A. (Eds.), *Oxford Handbook of International Legal Theory*, Oxford Handbooks, 2016.
- Scelle, G. *Précis du Droit des Gens : Principes et Systematique*, Réimpression de l’édition de 1932, Dalloz, Paris, 2008.
- Schwöbel, Ch.E.J. “Situating the debate on global constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, 8-3, 1 July 2010 (<https://academic.oup.com/icon/article/8/3/611/623473>).
- Schwöbel, Ch.E.J. “Organic Global Constitutionalism”, *23 Leiden Journal of International Law* (2010).
- Schwöbel, Ch.E.J. “Introduction”, en Schwöbel, Ch.E.J. *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Martinus Nijhoff, Leiden - Boston 2011 (file:///G:/Christine_E._J._Schwobel_Global_Constitutionnalis.pdf).
- Shany, Y. “No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary”, *EJIL*, 20-1 (2009).
- Shaw, M. N. *International law*, 7ma. ed., Cambridge University Press, Cambridge - UK, 2014 (<http://unchallenge.org/wp-content/uploads/2018/09/Shaw.pdf>).
- Simma, B. “The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law”, *EJIL*, Vol. 6-1 (1995).

- Simma, B. - Paulus, A. "The International Community: Facing the Challenge of Globalization", *EJIL*, Vol. 9 (1998).
- Simma, B. "Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner", *EJIL*, 20-2 (2009).
- Singh, S. "International legal positivism and new approaches to International law", on line (<https://core.ac.uk/download/pdf/84364294.pdf>).
- Slaughter, A.-M. "International Law and International Relations", *RdeC285* (2000).
- Slotte, P. - Halme -Tuomisaari, M. "Revisiting the origins of human rights: Introduction", en Slotte, P. - Halme -Tuomisaari, M. (Eds.), en *Revisiting the origins of human rights*, Cambridge University Press, Cambridge-UK, 2015.
- Somek, A. "The Concept of 'Law'", en *Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury*, *EJIL*, 20-4 (2009).
- Suárez Llanos, L. "Planteamiento analítico - iusanalítico: El aspecto ontológico", *22 Isonomia*, México, abr. 2005 (http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182005000100007).
- Suzuki, E. "The New Haven School of International Law: An Invitation to Policy-Oriented Jurisprudence", *Yale Stud World Pub.Ord.* 1 (1974).
- Talmon, S. "Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion", *EJIL*, 26-2 (2015).
- Teske, R.L. "The Importance of the Inbetween", en Teske, R.L. - Tétreault, M. (Eds.), *Feminist Approaches to Social Movements, Community and Power: Conscious acts and the politics of social change*, University of South Carolina Press, Columbia, 2000.
- Teubner, G. "Globale Zivilferfassungen - Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie", *63 ZaöeRV* (2003), p. 6 (http://www.zaoerv.de/63_2003/63_2003_1_a_1_28.pdf).
- Thibault, F. "Martti Koskenniemi: Indeterminacy", *Critical Legal Thinking -The Law and the Political-*, 8 diciembre de 2017 (<http://criticallegalthinking.com/2017/12/08/martti-koskenniemi-indeterminacy/>).
- Thierry, H. "The European Tradition in International Law: Georges Scelle. The Thought of Georges Scelle", *EJIL*, 1990-1.
- Tomuschat, Ch. "International Law: Ensuring the survival of Mankind in the Eve of the New Century", General Course on International Law, *Recueil*

- des Cours de l'Académie de Droit International*, Vol. 289, Brill/ Nijhoff Leiden-Boston, 1999.
- Tourme-Jouanet, E. *What is a Fair International Society? International Law Between Development and Recognition*, Hart Publishing, Oxford, 2013; e-book 2015.
- Twining, W. "Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective", 20 *Duke J. Comp. & Int'l L.* (2010).
- Van Den Meerssche, D. "Global Constitutionalism without Global Democracy?", *Pluri Courts* (University of Oslo), Feb. 11, 2016 (<https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/blog/guests/2016-02-11-van-den-meerssche-glob-constitutionalism.html>).
- Van Hoof, G.J.H. *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer, Deventer PB, 1983.
- Venzke, I. "Contemporary Theories and International Law-Making", en Brölmann, C. - Radi, Y. (Eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Elgar, 2016 (<https://www.e-elgar.com/shop/eep/preview/book/isbn/9781781953228/>).
- Vereshchetin, V. - Mullerson, R. "International Law in an Interdependent World", 20 *Columbia Journal of Transnational Law* (1990).
- Vogel, R. "Paradigm shifts as ideological changes: A Kuhnian view of endogenous institutional disruption", *Institutions and Ideology Research in the Sociology of Organizations*, Volume 27, 2009.
- Von Bernstorff, J. "International Law and Global Justice: On Recent Inquiries into the Dark Side of Economic Globalization", *EJIL*, 26-1 (2015).
- Von Bogdandy, A. "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany", *Harvard International Law Journal*, Volume 47-1, Winter 2006.
- Von Bogdandy, A. - Dellavalle, S. "Universalism and particularism as paradigms of International law", *International Law and Justice Working Papers*, WP2008/3 (<http://ijl.org/wp-content/uploads/2016/08/Bogdandy-et-al-Universalism-and-Particularism-as-Paradigms-of-International-Law-2008-1.pdf>).
- Von Bogdandy, A. - Venzke, I. "In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification", *EJIL*, Vol. 23-1 (2012).

- Von Bogdandy, A. - Goldmann, M. - Venzke, I. "From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority", *28 EJIL* (2017).
- Von Bogdandy, A. *et al.* "A potential constitutional moment for the European rule of law: The importance of red lines", *Common Market Law Review*, 55-4, 2018 (<https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/instituut-voor-publiekrecht/europees-recht/cml-rev.-vol.-55-no.-4-guest-editorial.pdf>).
- Waters, M.A. "Normativity in the New Schools: Assessing the Legitimacy of International Legal Norms Created by Domestic Courts", *32 Yale J. Int'l L.* (2007).
- Weiler, J. H.H. "The Geology of International Law - Governance, Democracy and Legitimacy", *ZaöRV* 64 (2004).
- Wouters, J. "Informal Law Making, and Global Governance in times of Anti-Globalism and Populism", en *The International Rule of Law. Rise or Decline?*, Oxford University Press, Oxford-UK, 2019.
- Wuerth, I. "International Law in the Post-Human Rights Era", *Texas Law Review*, Vol. 96 (2017).
- Zimmermann, A. - Weiß, N. "International Law in times of Anti-Globalism and Populism- Challenges Ahead: Comment on Jan Wouters", *The International Rule of Law. Rise or Decline?*, en *The International Rule of Law. Rise or Decline?*, Oxford University Press, Oxford-UK, 2019.
- Zolo, D. "Cittadinanza democratica e giurisdizione", en Rossi, N. (Ed.), *Giudici e democrazia*, Franco Angeli, Milán, 1994.
- Zolo, D. *Cosmópolis, Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-Méjico, 2000.
- Zürn, M. "Comment in Jean d'Aspremont: Do Not-State Actors Strengthen or Weaken International Law? The Story of a Liberal Symbiosis", en Krieger, H. - Nolte, G. - Zimmermann, A. (Eds.), *The International Rule of Law: Rise Or Decline?*, Oxford University Press, Oxford-RU, 2019.

INDICE

ASPECTOS INTRODUCTORIOS.....	7
PARADIGMAS NORMATIVOS	23
Constitucionalismo	2
<i>Constitucionalismo internacional</i>	24
<i>Constitucionalismo Global</i>	39
<i>Aproximación general</i>	39
<i>Proyecto “Global Constitutionalism and Global Governance” del Max Planck Institut de Heidelberg for Comparative Public Law and International Law</i>	66
<i>Proyectos del Instituto de La Haya para la Innovación del Derecho (ex Instituto de La Haya para la Internacionalizació del Derecho / HiiL)</i>	71
Derecho Administrativo Global	75
PARADIGMAS ORIENTADOS A LA POLÍTICA Y A LA SOCIOLOGÍA.....	87
Consideraciones preliminares	87
Debilitación del normativismo	88
<i>Pluralismo Jurídico Global</i>	88
<i>Corrientes orientadas predominantemente a la Política</i>	93
<i>Escuela de Yale (Escuela de New Haven, Escuela del Proceso Jurídico Transnacional o de la Jurisprudencia orientada a la Política)</i>	94
<i>Escuela de Harvard</i>	100

<i>Corrientes orientadas predominantemente a la Sociología</i>	<i>104</i>
<i>Pluralismo Interpretativo (Judicial LawMaking).....</i>	<i>104</i>
<i>Progresismo transnacional - Pluralismo radical</i>	<i>118</i>
<i>Critical Legal Studies.....</i>	<i>130</i>
<i>Constitucionalismo Global Orgánico.....</i>	<i>138</i>
REFLEXIONES FINALES	141
BIBLIOGRAFÍA.....	147

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de marzo de 2020

