

Perspectivas jurídicas
de las relaciones
internacionales:
el constitucionalismo,
la fragmentación
y el pluralismo
jurídico en debate* /
Legal Perspectives of
International Relations:
Constitutionalism,
Fragmentation and Legal
Pluralism in Debate

* Recibido: 11 de junio de 2015. Aceptado: 17 de julio de 2015.

TLA-MELAAU, revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / ISSN: 1870-6916 / Nueva Época,
Año 9, N° 39, octubre 2015/marzo 2016, pp. 132-151.

RESUMEN

El presente trabajo trae a la luz los diferentes aportes teóricos que interrelacionan el derecho internacional y las relaciones internacionales en el análisis e interpretación de los cambios vividos por el sistema internacional a fines del siglo XX y principios del siglo XXI. Detalla las posiciones teóricas enfrentadas que componen los estudios acerca de la constitucionalización y la fragmentación del derecho internacional, así como los enfoques del pluralismo jurídico. En ese sentido, la primera parte está dedicada al debate sobre la constitucionalización del sistema internacional. La segunda parte está dedicada a las críticas estructurales a dicho enfoque, además de hacer un recorrido por literatura dedicada a la fragmentación para al final analizar algunos enfoques más relacionados con el pluralismo jurídico. Por último, se tejen conclusiones acerca del debate teórico entre esos enfoques, considerando sus aspectos más relevantes con los que describen el panorama internacional en clave jurídica.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalización, fragmentación, pluralismo jurídico, sistema multilateral de comercio.

ABSTRACT

This paper brings to light the different theoretical approaches that interrelated international law and international relations within the analysis and interpretation resulting from the changes in the international system at the end of the 20th and the beginning of the 21st century. It details confronting theoretical positions, which constitute studies about the “constitutionalisation” and the fragmentation of international law, as well as the approaches of legal pluralism.

Therefore, the first part is dedicated to the debate on the “constitutionalisation” of the international system.

The second part is dedicated to a structural criticism of this approach. Moreover, it creates a literature tour dedicated to fragmentation, in order to analyze, at the end of this part, some approaches related to legal pluralism.

In the third part some final remarks highlight the more relevant aspects of the theoretical debate that aims to describe the international system in legal terms.

KEYWORDS

Constitutionalization, Fragmentation, Legal Pluralism, Multilateral Trading System.

* Investigadora de PIEI-Flacso, Argentina. (jpeixoto@flacso.org.ar)

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, como parte de una investigación doctoral más amplia, busca traer a la luz los aportes teóricos que relacionan el derecho internacional y las relaciones internacionales en el análisis e interpretación de la evolución del sistema internacional en términos normativos e institucionales desde la segunda mitad del siglo XX; más específicamente, los aportes de la constitucionalización, la fragmentación del derecho internacional y el pluralismo jurídico.

Este debate, que se desarrolla en el marco de la creciente ramificación del derecho internacional, intensificada particularmente a partir del nuevo orden internacional establecido luego de la Segunda Guerra Mundial, plantea crecientes desafíos para la construcción de regulaciones armónicas en el ámbito internacional. Si bien ese fenómeno de ramificación no es exclusivo del siglo XX, es en ese siglo cuando se observa una fragmentación institucional y normativa sin precedentes. En ese sentido, se manifiesta el fenómeno llamado “diferenciación funcional”, donde hay una creciente especialización de partes del sistema internacional y la creciente autonomía relativa de dichas partes.¹

En ese marco, por un lado, empiezan a funcionar y a reproducirse innumerables instituciones y tratados que regulan los más variados aspectos de la vida internacional y cuyo resultado es una creciente fragmentación institucional y legislativa. Se crea un conjunto de organizaciones internacionales con secretariados permanentes, asambleas plenarias compuestas por todos los Estados miembro, además de órganos ejecutivos.² Por otro lado, y en tendencia contrapuesta, esas instituciones y tratados crean consensos mínimos que permiten la convivencia de los Estados en la comunidad internacional, contribuyendo así a una creciente uniformización del sistema internacional. Ambas tendencias, en apariencia contrapuestas, uniformización y fragmentación, componen la llamada “paradoja de la globalización”.

En la literatura, existe un intenso debate sobre dichas tendencias, resumidas en dos fenómenos llamados “constitucionalización” y “fragmentación”

¹ Comisión de Derecho Internacional (CDI), “La fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la expansión y diversificación del Derecho Internacional”, ONU, Doc. A/CN.4/L.702, 18 de julio, 2006.

² Alvarez, Jos, “International Organizations: Then and Now”, *The American Journal of International Law*, vol. 100, núm. 2, 2006, pp. 324-347.

del sistema internacional. Como parte de una investigación más amplia, este trabajo hace una revisión y recorte de la literatura que compone el marco teórico del trabajo doctoral. La primera parte está dedicada al debate sobre la constitucionalización del sistema internacional; la segunda, a las críticas estructurales a dicho enfoque, y a un recorrido por los enfoques dedicados a la fragmentación y el pluralismo jurídico; por último, se tejen conclusiones, considerando los aspectos más relevantes de la literatura, de cara al cambio de paradigma. Hay cada vez menos consenso acerca del diagnóstico más acertado para describir el panorama internacional en clave jurídica.

2. EL DEBATE SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL

Acerca de la constitucionalización en el ámbito internacional, el debate se inspira en el término ‘constitución’, entendido como constitución moderna occidental, herencia de las paradigmáticas revoluciones liberales (francesa y estadounidense) de los siglos XVIII y XIX. La discusión se proyecta al plano internacional con marcada inspiración neokantiana,³ aunque existen autores con posiciones más moderadas acerca del fenómeno de constitucionalización del derecho internacional.

Uno de los debates centrales en la literatura acerca del constitucionalismo internacional es la relación entre el Estado y los ámbitos regionales (procesos de integración, por ejemplo) y globales. Autores como Tomuschat, uno de los principales juristas modernos del constitucionalismo internacional, defienden la formación de una comunidad legal global con un núcleo de valores compartidos. El autor invierte la noción usualmente aceptada de legitimidad democrática de la comunidad internacional para expresar que no existe una delegación de poderes por parte del Estado hacia la comunidad internacional, sino que el Estado es un agente de la comunidad global utilizado para la implementación del núcleo de valores compartidos. El derecho internacional es entonces un paso intermedio en el proceso de formación de dicha comunidad. El autor afirma que el Estado viene perdiendo su característica de guardián de los intereses comunes de sus ciudadanos y que las instituciones regionales y globales deben compensar esas pérdidas.⁴

³ De Wet, Erika, “The International Constitutional Order”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, pp. 51-76; De Wet, Erika, “The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 19, 2006, pp. 611-632; Habermas, Jürgen, *La constelación posnacional*, Buenos Aires, Paidós, 2000; Habermas, Jürgen y Derrida, Jacques, *El Derecho Internacional en la transición hacia un escenario posnacional. Europa: en defensa de una política exterior común*, Madrid, Katz - CCCB, 2008; Tomuschat, Christian, “International Law as the Constitution of Mankind”, en *International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission*, United Nations, 1997.

⁴ Bogdandy, Armin Von, “Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany”, *Harvard International Law Journal*, núm. 47, 2006, pp. 236.

Así, el constitucionalismo en el ámbito internacional, sea en esferas regionales o globales, puede describirse como un proceso de des-estatización, resultado de la reducción de la capacidad regulatoria del Estado. Consiste en la transferencia de políticas tradicionalmente reguladas por el derecho doméstico hacia regímenes o estructuras de gobernanza internacional o supranacional, en una de migración de funciones constitucionales hacia el derecho internacional. Así pues, según Giovanni Biaggini, “el derecho constitucional se torna cada vez más internacional, mientras que el derecho internacional se torna cada vez más constitucional”.⁵ En ese sentido, la función tradicional del derecho internacional estaría ahora suplementada por una función constitucional.⁶

Ahora bien, para Cottier,⁷ además, la causa de dicho cambio en la función del derecho internacional reside tanto en los derechos humanos como en el comercio internacional, dado el reciente y vertiginoso proceso de globalización. Ambos, a lo largo del siglo xx, desdibujaron las fronteras entre lo doméstico y lo internacional y establecieron estándares internacionales para todos los Estados. En efecto, según el autor, ambas ramas del derecho internacional son expresiones del liberalismo, e ingredientes esenciales del orden de la post Segunda Guerra Mundial. Uno y otro imponen fronteras y requerimientos positivos al Estado. Acorde con ese planteamiento, Habermas⁸ afirma que los derechos humanos constituyen el código moral de la normativa internacional básica que debe estructurar las reglas de convivencia entre los Estados. Por ello, el código legal en el cual se basa esa constelación posnacional es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuya aplicación en los ámbitos nacional, regional, internacional, así como no gubernamental, es la principal y más legítima fuerza detrás de la constitucionalización en el plano internacional.

A partir de la teorización de los orígenes del constitucionalismo en el plano internacional, los autores se abocan a definir el fenómeno de “constitucionalización”. En ese sentido, surgen varias construcciones teóricas. Algunos autores afirman que el proceso de constitucionalización en la esfera internacional tiene reglas procedimentales y sustantivas básicas⁹ y que dicho fenómeno está compuesto por niveles de gobernanza. Esto lo caracteriza como un constitucionalismo multinivel.¹⁰ Dicho proceso de múltiples niveles, policéntrico, va más allá del tradicional procedimiento constitucional y de las discusiones sobre jerarquía de normas para incluir una red de soberanías y

⁵ Cottier, Thomas y Hertig, Maya, “The Prospects of 21st Century Constitutionalism”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, núm. 7, 2003, p. 269.

⁶ Tomuschat, Christian, *op. cit.*

⁷ Cottier, Thomas, “Trade and Human Rights: a relationship to discover”, *Journal of International Economic Law*, Glasgow, Oxford University Press, 2002.

⁸ Habermas, Jürgen, *op. cit.*

⁹ De Wet, Erika, *op. cit.*

¹⁰ Cottier, Thomas y Hertig, Maya, *op. cit.*

poderes difusos,¹¹ como ser las diversas esferas de gobernanza (internacionales, regionales, nacionales, locales).

Otros autores ahondan en la discusión en búsqueda de características básicas que permitan identificar el fenómeno de constitucionalización en el sistema internacional. Éstos¹² sostienen que deberían cumplirse algunas dimensiones para que se pueda afirmar que un sistema de normas está atravesando un proceso de constitucionalización. Entre las dimensiones que detallan, se encuentran la existencia de una norma fundacional; la creación de órganos de gobernanza; la delineación de esferas de competencia; la existencia de un órgano interpretativo de las normas, o sea, función judicial; la existencia de condiciones de membrecía, entre otros.

En dicha discusión, las organizaciones internacionales son el objeto de estudio por excelencia. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización Mundial de Comercio (OMC) o la Unión Europea están entre las paradigmáticas. En ellas, se busca identificar los avances en las dimensiones de la constitucionalización, lo cual permite afirmar que la creciente institucionalización del sistema internacional tiene un ‘sentido constitucional’. Al analizarlas, los autores apuntan la importancia de dichos sistemas/instituciones para promover una mayor armonización normativa, una mayor coherencia y una jerarquización entre normas con base en valores de inspiración constitucional. Ello contribuye a disminuir los riesgos de la multiplicación y fragmentación normativa y sus consecuencias sobre la seguridad jurídica y promueve la construcción de esa comunidad global de valores compartidos.

Sin embargo, la discusión sobre el proceso de constitucionalización internacional posee algunos puntos débiles que es necesario resaltar. En primer lugar, se puede percibir que el debate en el plano teórico todavía es muy amplio; superpone lo fáctico y lo normativo, lo jurídico y lo político en el intento por analizar los cambios recientes ocurridos en el sistema internacional y por comprender mejor los procesos de gobernanza global, donde el derecho internacional y su creciente armonización se entienden en clave de una creciente constitucionalización.

En segundo lugar, los análisis de las organizaciones como la OMC, la Unión Europea y la ONU también son blanco de críticas. En el caso de la OMC, si bien algunos autores por un lado afirman la existencia de un fenómeno de creciente constitucionalización en el sistema multilateral de comercio con la creación de la OMC. Por otro lado, recomiendan evitar el uso del término; toman en

¹¹ Carrozza, Paolo, “Constitutionalism’s Post-Modern Opening”, en Loughlin, Martin y Walker, Neil (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, 2008.

¹² Dunoff, Jeffrey y Tachtman, Joel, *op. cit.* Frank, Thomas, “Preface: International Institutions: Why Constitutionalize”, en Jeffrey Dunoff y Joel Trachtman, *op. cit.* Walker, Neil, “The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key”, en Grainne Burca y Joanne Scott (eds.), *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing, 2001.

cuenta otros aspectos de la OMC, como por ejemplo, su falta de legitimidad democrática, una característica esencial para cualquier orden que se dé en llamar constitucional. Howse y Nicolaidis¹³ dan un paso más y rechazan de pleno el argumento de constitucionalización del sistema multilateral de comercio con la creación de la OMC, por considerar que dicha organización sufre todavía de un enorme déficit democrático. Consideran que la aplicación del lenguaje constitucional al sistema multilateral de comercio exacerba las esperanzas de que el liberalismo económico pueda tener estatus y legitimidad de norma superior, irreversible, irresistible y abarcadora. Al mismo tiempo, incrementa los temores de que las organizaciones internacionales de gobernanza económica se conviertan en “monstruos” supranacionales y no responsables ante nadie.

En el caso de la Unión Europea, las críticas apuntan a que el caso no se puede extrapolar a otras esferas del sistema internacional. Afirman que el debate mismo sobre la constitucionalización internacional está muy sesgado por la experiencia de la Unión Europea. Así, si bien podría entenderse como una comunidad de valores más o menos homogénea, no puede tomarse como base para la aplicación de esos valores en la comunidad global, donde la armonía no es evidente.¹⁴

Quizás el caso de la ONU sea el menos controvertido. Algunos autores sostiene que a pesar de que los Estados nunca asintieron conscientemente a crear una ‘constitución’ en el ámbito internacional, la comunidad internacional se fue desarrollando con el tiempo, y la adopción de la Carta de las Naciones Unidas es un momento decisivo en la emergencia de esa comunidad. La membrecía casi universal en la ONU crea lazos entre la comunidad de Estados en el ámbito internacional. Su carta equivale entonces a la constitución de la comunidad internacional. Ese enfoque tampoco esté exento de algunas críticas.¹⁵

Desde adentro mismo del enfoque constitucionalista, algunos autores reconocen las tensiones que existen relacionadas con la falta de legitimidad democrática del sistema internacional en general y del derecho internacional en particular. Autores como Cottier y Hertig¹⁶ afirman que la tensión entre los requerimientos de legitimidad y eficiencia en el plano internacional impacta directamente sobre la discusión, aumentando su complejidad.

¹³ Howse, Robert y Nicolaidis, Kalypso, “Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too Far”, en Roger Porter (ed.), *Efficiency, Equity, and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millennium*, Estados Unidos, Brookings Institution Press, 2001.

¹⁴ Weiler, Joseph. *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade*, Oxford University Press, 2002, p. 230; Stein, Eric, “International Integration and Democracy: No Love at First Sight”, *American Journal of International Law*, núm. 95, 2001, pp. 502-533.

¹⁵ En ese sentido, véase Walter, Christian, “Constitutionalising (Inter)national Governance – Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law”, *German Yearbook of International Law*, núm. 44, 2001, pp. 192; Walter, Christian, “The International Law in a Process of Constitutionalization”, Amsterdam, 10 de julio, 2005.

¹⁶ Cottier, Thomas y Hertig, Maya, *op. cit.*

Asimismo, Tomuschat¹⁷ afirma que la comunidad global está basada en valores compartidos que funcionan como el sustrato social del derecho internacional, pero no como fuente de legitimidad democrática. Para el autor, el derecho internacional posee credenciales democráticas solamente de manera derivada. Por eso, el modelo de constitucionalismo internacional no se puede construir como mera reproducción del modelo de constitucionalismo nacional o doméstico, que sí posee legitimidad democrática, aunque sea discutida.

De Wet,¹⁸ Dunoff y Trachtman¹⁹ apuntan en la misma dirección para afirmar que la raíz del error es, por un lado, utilizar la gobernanza democrática nacional como modelo para la gobernanza internacional y, por el otro, equiparar democracia con legitimidad. Ambos llevan a que el déficit democrático a nivel internacional no pueda superarse nunca. Para dichos autores, la solución sería mejorar la calidad de la representación y de la participación en el nivel internacional, contribuyendo a la legitimidad en el plano internacional.

Las críticas al enfoque constitucionalista se van profundizando y empiezan a revelar cuestiones estructurales, que apuntan al corazón de los argumentos del constitucionalismo moderno, como se verá en la próxima sección.

3. LAS CRÍTICAS AL CONSTITUCIONALISMO: LA FRAGMENTACIÓN Y EL PLURALISMO JURÍDICO

Muchos autores critican el constitucionalismo internacional en sus fundamentos. Afirman que no existe tal cosa como un proceso de constitucionalización internacional, porque ello supondría la existencia de valores universales que no existen actualmente. Muchas veces la crítica apunta además a que la pretensión de existencia de un fenómeno como el de la constitucionalización internacional responde al proyecto de pocos para controlar la comunidad internacional y hacerla funcionar conforme a sus intereses.

En general, apuntan a que dicho enfoque deja poco margen a la pluralidad de actores y posiciones políticas. En ese sentido, dichos críticos forman un conjunto más o menos uniforme de voces en contra de lo que consideran el “pensamiento único” del constitucionalismo internacional. Sin embargo, tienen menos densidad y presencia en la literatura. Si bien comparten las críticas, es complejo reunir sus visiones bajo un mismo marco teórico. De cualquier manera, se puede afirmar que esas visiones críticas se encuentran enmarcadas en el debate pluralista en general y del pluralismo jurídico y la teoría crítica del derecho en particular y dan paso para la construcción

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

de alternativas al modelo planteado por los teóricos del constitucionalismo internacional. De hecho, muchos autores defienden el pluralismo jurídico como respuesta a la constitucionalización.

Delmas-Marty²⁰ resalta el problema del conflicto de valores y propugna un pluralismo ordenado. En el mismo sentido apuntan Barral y Barreira,²¹ quienes afirman que el avance del constitucionalismo con vocación “universalizadora” debe matizarse. Por ello, en la práctica hay que buscar una armonización en lugar de la uniformización, promoviendo el acercamiento de las normas. A su vez, Martti Koskenniemi²² considera que la diversidad es un hecho que debe ser reconocido, y que tanto la corriente constitucionalista como los estudiosos de la fragmentación (desde un punto de vista de resolución de conflictos) no son neutrales con relación a diferentes compromisos políticos en disputa.

Así, el autor afirma que no hay valores universales porque no hay, ni puede existir, una posición universal; los argumentos a favor de los valores universales expresan simplemente una voluntad hegemónica. El derecho internacional personifica valores particulares, específicos, de aquéllos que lograron imponerse hegemónicamente. En ese camino, muchas otras visiones válidas quedaron invisibilizadas. En ese sentido, Koskenniemi,²³ al igual que Martha Finnemore,²⁴ rechaza la existencia de un camino progresivo hacia la armonización de las normas internacionales. Para ellos, las tensiones y contradicciones entre normas siempre dejan espacio para diferentes soluciones y arreglos y reflejan las tensiones y los conflictos entre los involucrados. Ello significa que no existe un ideal político y económico hacia donde todas las normas convergen. No hay equilibrio estable, no se llega al fin de la historia.

Otros autores, como los de la *New Haven School* o de la escuela crítica del derecho advierten que el derecho internacional cristalizaría la práctica o el comportamiento de los Estados más poderosos y que la constitucionalización es el (velado) intento político de actores internacionales específicos de buscar preeminencia para cierto grupo de normas e instituciones sobre otras. Consideran que el constitucionalismo internacional es la dimensión jurídico-legal del neoliberalismo disciplinador y su lógica de pensamiento único.²⁵

²⁰ Delmas-Marty, Mireille, “Les forces imaginantes du droit: le relatif et l-universal”, *College de France*, 2003; Delmas-Marty, Mireille, “Face aux risques d’un ordre hégémonique ou d’un désordre anarchique, les chances d’un pluralisme ordonné”, *College de France*, 2005.

²¹ Barral, W. O., “Entrevista a Welber Oliveira Barral”, *Revista Puente@Europa*, año 5, núm. 2, junio, 2007, pp. 17-18; Barreira, E., “Entrevista a Enrique Barreira”, *Revista Puente@Europa*, año 5, núm. 2, junio, 2007, pp. 19-21.

²² Koskenniemi, *op. cit.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ Finnemore, Martha, *National Interests in International Society*, New York, Cornell University Press, 1996.

²⁵ Gill, *op. cit.*; Pureza, *op. cit.*

Muchos trabajos vuelven a la cuestión de la legitimidad para criticar el desarrollo de un sistema jurídico ilegítimo, impuesto, que tiene lugar sin ningún procedimiento democrático o de rendición de cuentas.²⁶ Así, consideran que las organizaciones internacionales son gobernadas por una elite de funcionarios gubernamentales que cuentan además con el apoyo de poderosas organizaciones de la sociedad civil global.

La proliferación de las ONG que interactúan con poderosas organizaciones internacionales son consideradas elites autoelegidas que abogan por causas específicas, que no son representativas del público en general, y están involucradas en una alianza nefasta con burócratas internacionales y países simpatizantes, aunados “en un romance de cuestionada legitimidad”.²⁷ El impacto de esa ilegitimidad es aún más palpable cuando el derecho de una organización internacional se aplica de forma directa en el sistema jurídico doméstico sin la aquiescencia del parlamento de ese país, sobre todo en los casos en los cuales el país miembro fue vencido en una votación en la organización que luego impone la decisión aplicable.²⁸

Por su parte, David Kennedy²⁹ afirma que el debate sobre constitucionalismo internacional es en realidad un debate sobre gobernanza. Según el autor, en cada rincón del mundo se pueden ver los resultados de la globalización, pero muy poco se sabe sobre cómo operan esas muchas facetas del mundo globalizado. Entender la forma en que el mundo globalizado funciona sería entonces la clave para empezar a ver el proyecto constitucionalista con más precaución. Hay que preguntarse dónde están las palancas, quiénes son las autoridades y cómo se relacionan entre sí en el mundo globalizado; si es todo simplemente caos y en qué medida es el trabajo de una mano invisible.

Sobre el debate específico del constitucionalismo y la llamada sociedad internacional, el autor cuestiona que la comunidad internacional esté realmente constituida. Pone en tela de juicio si se sabe lo suficiente sobre la estructura de los arreglos globales para estar tan confiados de que la estructura de constitucionalismo nacional es un buen modelo para aplicar en la esfera internacional. En esa misma dirección, Nikolas Rajkovic³⁰ critica el optimismo de los académicos liberales en relación con el rol del derecho en la gobernanza global.

Dicho rol no sería un factor de restricción del poder de los estados (*rule of law*), sino más bien una herramienta por medio de la cual los estados más poderosos imponen las reglas (el autor lo llama *rule through law*). Afirma que la

²⁶ Rubinfeld, *op. cit.*

²⁷ Stein, *op. cit.*, p. 491.

²⁸ Véase Allot, Philip, *Economic New Order for a New World*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Alvarez, Jos, “International Organizations: Then and Now”, *The American Journal of International Law*, vol. 100, núm. 2, abril, pp. 324-347.

²⁹ Kennedy, *op. cit.*, pp. 6-7

³⁰ Rajkovic, *op. cit.*

gobernanza es una construcción social en donde las técnicas jurídicas de poder son centrales en la construcción de la “verdad social” y, en consecuencia, de las conductas consideradas adecuadas.

Como se puede observar, las críticas al constitucionalismo desde los enfoques pluralistas son variadas, pero apuntan casi siempre a la necesaria relación entre el poder y las normas en la esfera internacional, sobre el modo de gobernar y dictar reglas en ese ámbito. Sin embargo, al momento de analizar la construcción teórica de los autores y trabajos relacionados con el pluralismo jurídico, la tarea no es sencilla, tomando en cuenta que los trabajos que se inspiran en dicho enfoque no son sencillos de reunir bajo un mismo paraguas teórico.

En general, dichos trabajos parten de un diagnóstico común según el cual, si bien es imposible negar una institucionalización creciente del sistema internacional, se observa una multiplicación de normas como consecuencia natural de la pluralidad del sistema internacional, compuesto por actores diversos dotados de posiciones muchas veces divergentes que se ven reflejadas en esa fragmentación y multiplicidad de normas e instituciones internacionales.

A partir de ese diagnóstico, la corriente pluralista va desplegándose en sus muchas vertientes. En ella se encuentran trabajos que analizan desde el extensamente estudiado conflicto entre normas jurídicas, hasta la situación en la que normas, actores e instituciones interactúan en una compleja red de regímenes. De hecho, muchos comparten el diagnóstico de que el derecho internacional está compuesto de fragmentos de actividad normativa e institucional. Particularmente, desde fines de la Segunda Guerra Mundial, las instituciones y las normativas internacionales fueron multiplicándose para dar cuenta de una creciente complejidad en las relaciones que requerían reglas cada vez más especializadas.

Esta situación se ha intensificado sin duda con el fenómeno de la globalización. El debate ganó más visibilidad y también generó una inquietud general a partir del caso Tadic de 1999. La Sala de Apelaciones del tribunal penal especial para la ex Yugoslavia (TPIY) decidió cambiar el criterio adoptado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Nicaragua de 1986, sobre la responsabilidad del Estado por actos de grupos privados en conflictos armados. Además, indica que “en derecho internacional, cada tribunal es un sistema autónomo (salvo que se disponga lo contrario)”.³¹

Inquietados por decisiones como Tadic y los desarrollos a los cuales nos hemos referido, diversos jueces de la CIJ, particularmente Robert Jennings, Stephen M. Schwebel y Gilbert Guillaume, empezaron a alertar sobre los peligros que, a su juicio, encierra el fenómeno. Ponen énfasis, como era de

³¹ Rodiles, Alejandro, “La fragmentación del derecho internacional: riesgos u oportunidades para México”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 9, enero, 2009.

esperarse, en la fragmentación institucional. Coincidiendo con la preocupación de los jueces de La Haya —y también en consecuencia a ésta—, el tema “fragmentación del derecho internacional” se introdujo a largo plazo dentro del programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en 2000.³²

Sin embargo, la fragmentación en la esfera internacional tiene raíces sociológicas anteriores. Uno de los primeros teóricos del fenómeno de fragmentación fue Niklas Luhmann.³³ Mientras teorizaba sobre el concepto de sociedad mundial, construyó una hipótesis según la cual el derecho global experimentaría una fragmentación radical, no sobre líneas territoriales, sino sobre la base de sectores sociales. La razón sería la transformación de expectativas normativas (moral, política, derecho) en expectativas cognitivas (economía, ciencia, tecnología), que tendría lugar durante la migración de sociedades organizadas nacionalmente hacia sociedades globales. En este escenario, los conflictos que predominan ya no son entre Estados, sino entre grupos de normas de diferentes sectores sociales globales.

A este respecto, surgen perspectivas que complejizan el derecho internacional y su lugar en el sistema internacional. En primer lugar, se da lugar a una tendencia que permite observar el derecho internacional desde una perspectiva social, donde el Estado no es el único actor del sistema con capacidad normativa.³⁴ Asimismo, la multiplicación de los temas en la agenda internacional incrementó la demanda de regímenes internacionales, entendidos como complejos normativos más amplios que engloban normas, procedimientos, principios y procesos de tomas de decisiones.³⁵ En ese punto, el fenómeno de la fragmentación normativa empieza a relacionarse más estrechamente con la idea de pluralismo jurídico y de regímenes.

Acerca del enfoque de regímenes, los trabajos de Keohane y Krasner³⁶ son casi siempre el fundamento para la ampliada visión sobre los conjuntos normativos. Según dichos autores, las instituciones internacionales proliferaron rápidamente en el período de la posguerra debido a que la multiplicación de los problemas en la agenda internacional llevó a una mayor demanda de regímenes internacionales. El término *régimen* se define como un conjunto de normas, principios, reglas y procedimientos de toma de decisiones, implí-

³² Koskenniemi, Martti y Leino, Päivi, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 3, septiembre, 2002, pp. 553-579; Rodiles, Alejandro, *op. cit.*

³³ Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004.

³⁴ Dupret, Baudouin, “Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica”, *European Journal of Legal Studies*, núm. 1, European University Institute, 2012.

³⁵ Krasner, Stephen, “Structural Causes and Regimen Consequences”, *International Organization*, núm. 36, 1982, pp. 185.

³⁶ Keohane, Robert, *After Hegemony. Cooperation and Discord in the World of Political Economy*, Princeton University Press, 1984; Krasner, Stephen, *International Regimes*, Cornell University Press, 1983.

bitos o explícitos, alrededor del cual las expectativas de los actores convergen en un determinado campo de las relaciones internacionales.³⁷

Para Keohane,³⁸ los regímenes facilitan los acuerdos porque aumentan las posibilidades de anticipar los costos de la violación de las reglas, por proveer información fiable a los actores. Los regímenes se desarrollan en situaciones donde los actores tienen intereses comunes e intereses en conflicto sobre temas múltiples que se solapan. Las externalidades se manejan por medio de la negociación y el intercambio (*bargain*).

Más recientemente, la creciente densidad de las instituciones internacionales, conjuntamente con un carácter más intrusivo de las normas internacionales hacia el interior de las fronteras del Estado, ha aumentado la complejidad de la gobernanza global. Por lo tanto, algunos autores, sobre la base de los trabajos de Keohane y Krasner, intentan explicar esa cada vez más compleja gobernanza global. Allí intervienen agencias nacionales e internacionales, expertos, organizaciones transnacionales, todos involucrados en intrincados procesos de toma de decisiones, creación de normas e implementación en un complejo de regímenes internacionales.³⁹

Estas definiciones son más abarcadoras dado que consideran como inherentes a los regímenes, los actores y los procedimientos de toma de decisiones, además de las normas y los principios. Consideran procedimientos relativos a la negociación y la producción de las normas jurídicas (no solamente su implementación). Además, consideran los diferentes actores involucrados en el régimen, sean estatales o no, sean instituciones, grupos transnacionales, burocracias nacionales, árbitros, especialistas, sociedad civil, entre otros. Esto implica una comprensión más crítica sobre la dimensión estratégica de la fragmentación.⁴⁰ Es necesario entender cómo interactúan los diferentes elementos relacionados con el derecho internacional y la gobernanza global, cuáles son los regímenes que se encuentran más enraizados en la sociedad internacional, y cuáles son los campos de convergencia y divergencia entre los diferentes regímenes.

La perspectiva de los regímenes supone la existencia de grupos normativos en el sistema internacional, lo cual caracteriza la visión del pluralismo jurídico. La corriente del pluralismo jurídico ha sido entendida como uno de los conceptos clave en la visión posmoderna del derecho. Manifiesta la coexistencia de espacios legales superpuestos, interconectados e interrelacionados.⁴¹

³⁷ Krasner, Stephen, *op. cit.*

³⁸ Keohane, Robert, *op. cit.*, pp. 97.

³⁹ Alter, Karen y Meunier, Sophie, "The Politics of International Regime Complexity", *Perspectives on Politics*, vol. 7, núm. 1, 2009, pp. 13-24; Raustiala, Kal y Victor, David, "The Regime Complex for Plant Genetic Resources", *International Organization*, núm. 58, 2004.

⁴⁰ Young, Margaret, *Regime Interaction in international Law. Facing Fragmentation*, New York, Cambridge University Press, 2012.

⁴¹ Ianello, Pablo, "Pluralismo Jurídico", en Jorge Luis Fabra Zamor y Álvaro Núñez Vaquero (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I, México, UNAM, 2014. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875>

La corriente del pluralismo jurídico hace referencia propiamente a la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes en un mismo espacio temporal. Por un lado, niega el monopolio jurídico del Estado; por otro, acepta la descentralización del derecho estatal.⁴² De esta forma, el pluralismo jurídico describe un caleidoscopio⁴³ que incluye, entonces, tanto el clásico “derecho duro” de los Estados (leyes y tratados internacionales) como las formas novedosas de “derecho blando” (por ejemplo, los códigos de conducta empresariales y las recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos).⁴⁴

Como se puede observar, el pluralismo jurídico se vincula con el enfoque de los regímenes en la descripción, el fenómeno de fragmentación y la multiplicación normativa en el sistema internacional. En ese sentido, al describirlo disminuye la importancia (o deseabilidad) de brindar jerarquía entre diferentes (sub)sistemas. Muchos autores pluralistas aducen que no existe una “metarracionalidad” que pueda invocarse para ordenar el creciente número de instituciones y normas internacionales. Asimismo, el pluralismo evita el énfasis desmedido en la norma y la jerarquía, para dar lugar a formas más múltiples de organización que otorguen más espacio a la política, los actores y al intercambio más “heterárquico”⁴⁵ entre diferentes órdenes jurídicos.⁴⁶

Fischer-Lescano y Teubner⁴⁷ también sostienen que un orden jurídico jerarquizado no es viable, pues la fragmentación del sistema internacional y del derecho internacional no es más que un reflejo de la diferenciación funcional de la sociedad global, proceso que el derecho, como subsistema social, ya no puede frenar. Los autores afirman además que las causas de esa fragmentación son políticas, en las tensiones que subyacen las negociaciones y la elaboración de normas en el sistema internacional. La mejor manera de manejar dicha situación es no seguir insistiendo en jerarquizar las normas y las instituciones, tarea que además tiene pocas oportunidades de éxito, sino “politizar” el conflicto de normas, o sea, considerar la variable política en las negociaciones entre diferentes actores colectivos. Esto se debe llevar a cabo evitando el otro extremo: considerar norma y política como lo mismo. En

⁴² Fariñas, María José, *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 36.

⁴³ De Sousa Santos, Boaventura, y García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Bogotá, Colciencias - Instituto Colombiano de Antropología e Historia - Universidad de Coimbra CES - Universidad Nacional de Colombia - Siglo del Hombre, 2001.

⁴⁴ Rodríguez Garavito, César, *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2001, pp. 74.

⁴⁵ Mientras que el concepto de jerarquía se define como el orden de determinados elementos según su valor, el de heterarquía presenta una organización horizontal y bidireccional, que genera así una ausencia de poder de unos sobre otros aunque se haga presente la influencia entre pares.

⁴⁶ Kricsh, Nico, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of International Law*, Oxford University Press, 2010.

⁴⁷ Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004.

cambio, se debe mirar a la relación estructural entre derecho y poder en la construcción y la multiplicación de las normas.

Por su parte, Engisch⁴⁸ manifiesta que el papel central de la noción de un orden legal unitario es dogmático; los juristas deben ver la realidad empírica del orden legal menos unitario que sus construcciones intelectuales. En este mismo sentido, se expresa que tratar de conceptualizar el sistema del orden legal particular como un sistema formal o como un sistema axiomático-deductivo es una pérdida de tiempo.

Dado lo anterior, vale decir que el enfoque pluralista no sólo observa la existencia de múltiples (sub)sistemas jurídicos como algo propio de la actual configuración del sistema internacional, sino que rechaza la necesidad de ordenarlos jerárquicamente. En ese sentido, se contrapone al enfoque constitucionalista desde el punto de vista tanto descriptivo como prescriptivo.

Otro enfoque que da fundamento a la fragmentación es el derecho administrativo global (el llamado *Global Administrative Law*), cuyos autores resaltan la importancia y la variedad de las prácticas administrativas en la implementación y la elaboración de regímenes regulatorios internacionales. Mayormente, su objetivo es analizar el uso y los límites en el ejercicio del poder en marcos transnacionales, sistematizar y racionalizar los resultados de las regulaciones transfronterizas en términos de gobernanza global.⁴⁹ La fortaleza de este enfoque es que tiene un punto de vista más amplio de los procesos internacionales, en particular porque pone atención en las entidades privadas y de carácter mixto, que en general quedan afuera de los análisis más convencionales del derecho y las relaciones internacionales.

De todas maneras, existen algunos desafíos para analizar la fragmentación desde la perspectiva de los regímenes o el pluralismo legal. En primer lugar, la sobrevaloración de los regímenes como sistemas especializados crea “mini-soberanías” y puede dificultar la visión del sistema internacional de manera abarcadora.⁵⁰ En segundo lugar, la diferenciación funcional de los regímenes aumenta los costos de transacción y fomenta tendencias hegemónicas en el interior de cada régimen.⁵¹

⁴⁸ Simma, Bruno, y Pulkowski, Dirk, “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 3, 2006, p. 483.

⁴⁹ Ming-Sung, Kuo, “Between Fragmentation and Unity: The Uneasy Relationship Between Global Administrative Law and Global Constitutionalism”, *San Diego International Law Journal*, vol. 10, 2009, p. 439. Marks, Susan, “Naming Global Administrative Law”, *New York University of International Law and Politics*, vol. 37, 2005, p. 995.

⁵⁰ Young, *op. cit.*; Albert, Mathias, “Beyond Legalization: Reading the Increase, Variation and Differentiation of Legal and Law-Like Arrangements in International Relations Through World-Society Theory”, en Brüttsch, Christian, y Leverkühl, Dirk, *Law and Legalization in Transnational Relations*, Londres, Routledge, 2007.

⁵¹ Benvenisti, Eyal y Downs, George, “The Empire’s New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law”, *Stanford Law Review*, núm. 60, 2007, pp. 595; Teubner, Gunther y Korth, Peter, “Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society”, en Young, Margaret (ed.), *Regime Interaction in international Law. Facing Fragmentation*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012; Koskeniemi, *op. cit.*

Koskenniemi⁵² también advierte sobre las amenazas del giro hacia un enfoque de regímenes. El autor afirma que esto se manifiesta en una tecnificación de los problemas globales. La llamada interacción de regímenes sería entonces parte de un viraje hacia la gestión que resalta la naturaleza técnica de los problemas sociales, dando a la eficiencia un valor predominante y reduciendo el tema a un enfoque de problema-solución. El derecho internacional pasa a ser una herramienta y se retira de la discusión el dilema ideológico clave de la ciencia jurídica, a saber, la lucha entre política y técnica, entre poder y reglas.

Según el autor, la interacción de regímenes transmitiría una falsa idea de que la coordinación entre regímenes asegura el buen funcionamiento del todo. Esto se debe, en particular, a que el ejercicio de coordinación requiere evaluación y jerarquía, en cuyo caso, algunas preferencias serán subordinadas a otras. En este punto, la única diferencia con la teoría constitucionalista es que ésta construye o quiere construir reglas que determinen el alcance o la asignación de autoridad entre diferentes sistemas jurídicos,⁵³ por medio de instituciones o constituciones.

Sin embargo, para el autor, el pluralismo jurídico sigue siendo la opción más aceptada entre los juristas. En esa misma dirección apunta Susan Strange⁵⁴ desde la economía política internacional, quien afirma que la teoría de los regímenes ofusca y oscurece las relaciones de interés y de poder que impactan en los asuntos internacionales. La autora afirma que la teoría no sólo es confusa en su terminología (por el uso del término *régimen*), sino que está sesgada por ciertos valores como la búsqueda del orden y de la estabilidad, que no son universales y reflejan un deseo de perpetuar el estatus quo y evitan preguntas políticas que deben formularse antes de empezarse a analizar la realidad internacional.

La fragmentación también la estudian algunos juristas dedicados a analizar los desafíos técnico-jurídicos que plantea esa multiplicación normativa: el conflicto de jurisdicciones, los fallos contradictorios, entre otros. En ese sentido, la inflación normativa que se observó con el proceso de globalización fue innegable y provocó un aumento importante en la preocupación por la fragmentación, que se expresó en el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas. En 2003, este organismo nombró como presidente del Grupo de Estudios a Martti Koskenniemi. En 2006, dio a conocer el informe “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional” (en

⁵² Koskenniemi, *op. cit.*, pp. 305.

⁵³ Dunoff y Trachtman, *op. cit.*, pp. 34.

⁵⁴ Strange, Susan, “Cave! Hic Dragones: A Critique of Regime Analysis”, *International Organization*, vol. 36, núm. 2, 1982, pp. 479-496.

adelante, “el informe” o “el documento”⁵⁵. El documento hace un análisis del tema y brinda consejos prácticos para enfrentar conflictos de normas.

El informe manifiesta que el fenómeno de la fragmentación es una de las características de la reciente vida internacional. Rescata el concepto de diferenciación funcional, donde se observa una creciente especialización de partes de la sociedad y su consiguiente autonomización. Esto sucede a nivel tanto nacional como internacional. Una paradoja bien conocida de la mundialización es que, si bien ha conducido a una creciente uniformación de la vida social en todo el mundo, también ha conducido a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas de acción social y estructuras especializadas y relativamente autónomas.⁵⁶

El informe también reconoce que la fragmentación es inevitable y una tendencia natural en el derecho internacional, un reflejo de los propósitos y preferencias de los sujetos en una sociedad plural (mundial). El marco del Informe es La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, dentro del cual se evalúa la fragmentación. Además, se resalta la analogía con el conflicto de normas para resolver los desafíos planteados por ese fenómeno. A partir de él se ofrecen herramientas técnico-jurídicas de gestión de los conflictos.

Una de las críticas que se hace al informe es que fue demasiado conservador en sus sugerencias, que no innovó en las fuentes jurídicas y herramientas utilizadas en la solución de los conflictos normativos y que se dedicó a la fragmentación sustantiva y no a la institucional. Esto es entendible, tomando en cuenta que el informe fue elaborado por una institución del sistema de las Naciones Unidas y la valoración sobre la multiplicación de instituciones sería políticamente delicada. En ese sentido, se observa la influencia de la técnica jurídica que por momentos se aleja del pluralismo y vuelve a hacer hincapié en los problemas derivados de la administración de normas y sistemas.

El debate sobre la fragmentación se traslada al análisis de las organizaciones internacionales de diferentes maneras. En general, se habla de fragmentación al analizar la relación entre el derecho internacional general y sus diferentes ramas: el derecho del comercio y el ambiental internacionales. Se indaga cómo esas ramas se relacionan con el derecho internacional general en un contexto de conflicto de normas. En el marco de ese enfoque, algunos estudios detallan cómo los tribunales internacionales especializados han aplicado principios de derecho internacional consuetudinario y general para interpretar los acuerdos específicos.⁵⁷

⁵⁵ Doc. A/CN.4/L.702, 18 de Julio de 2006.

⁵⁶ CDI, *op.cit.*, pp. 11-12.

⁵⁷ Pauwelyn, *op. cit.*

Asimismo, algunas organizaciones plantean desafíos adicionales como en el caso de la relación entre la OMC y los acuerdos comerciales regionales. Considerando el sistema internacional de comercio como aquél conformado por una institución central multilateral (OMC), y una red de acuerdos preferenciales a nivel regional, en un *spaghetti bowl*,⁵⁸ en muchos de los casos se considera a la OMC y los acuerdos regionales como competidores al tiempo que se señala el conflicto de jurisdicción y normas como uno de los principales desafíos para la coherencia del sistema del comercio internacional. De hecho, el alcance de los acuerdos comerciales regionales es tan amplio y la fragmentación que produce es tan significativa, que cabe preguntarse si la regla y la excepción no se invierten y dichos acuerdos no pasan a ser la regla y el comercio multilateral la excepción.

4. CONCLUSIONES

El primer debate que despertó mi interés al momento de iniciar el trabajo fue la discusión sobre el constitucionalismo internacional, un enfoque liberal que posee fuerte influencia del pensamiento kantiano. En cierta medida, el constitucionalismo describe de manera convincente varias de las tendencias observadas en el sistema internacional desde fines de la Segunda Guerra Mundial.

De hecho, si bien sus raíces kantianas datan de fines del siglo XVIII, lo cierto es que el debate sobre el denominado constitucionalismo internacional emergió con fuerza a partir de la segunda mitad del siglo XX con la creciente interacción entre las esferas nacional e internacional, la creación del nuevo orden internacional y sus instituciones, el desarrollo de los procesos de integración económico-comercial y más recientemente con el fenómeno de la globalización, hacia fines del siglo XX.

Allí, algunos valores y procedimientos esencialmente constitucionales (democracia, derechos humanos, separación de poderes) empezaron a migrar a la esfera internacional bajo influencia del surgimiento de otros actores en la escena internacional, como las ONG o las organizaciones internacionales. Hacia fines del siglo XX y principios del siglo XXI, el constitucionalismo ganó fuerza con el auge del pensamiento neoliberal.

La corriente constitucionalista observa y describe esa tendencia de constitucionalización en el sistema internacional y la defiende ante la necesidad de dotarlo de mayor coherencia y previsibilidad y contribuir así a la seguridad jurídica en las relaciones internacionales. El constitucionalismo internacional reconoce un rol activo al derecho internacional en el proceso de globalización. De esta manera, se logra migrar de las bases tradicionales del derecho

⁵⁸ Bhagwati, Jagdish, "U.S. Trade Policy: The Infatuation with Free Trade Agreements", *Discussion Paper Series*, núm. 276, 1995.

internacional —voluntad contractual de los Estados, responsabilidad internacional— hacia conceptos más vinculantes como *jus cogens*, obligaciones *erga omnes*, entre otros.

Sin embargo, y tomando en cuenta que el auge de este debate es relativamente reciente, la literatura es vasta pero todavía muy imprecisa en el análisis de los fenómenos relacionados con procesos de constitucionalización en el sistema internacional. Entre las principales dificultades se encuentra la falta de precisión terminológica, la confusión entre conceptos, categorías de análisis elegidas, cierto nivel de endogeneidad entre algunas de las dimensiones de análisis o de circularidad entre una y otra dimensión.

En ese sentido, se observa que el debate es muy amplio. Superpone lo fáctico y lo normativo, lo jurídico y lo político en el intento por analizar los cambios recientes ocurridos en el sistema internacional y comprender mejor los procesos de gobernanza global, donde el derecho internacional y su creciente armonización se entienden en clave de una creciente constitucionalización.

De cualquier manera, el constitucionalismo internacional es un campo controvertido. De hecho, autores como Gill⁵⁹ y Lang⁶⁰ definen el constitucionalismo como la dimensión jurídica de un movimiento más amplio: el neoliberalismo. En ese sentido, así como defiende los derechos humanos, la democracia y el reconocimiento de crímenes internacionales, el constitucionalismo también defiende los valores del libre mercado y otros conceptos de base liberal. Además, al hacerlo supone (y en algunos casos impone) el consenso alrededor de esos valores, cuya universalidad es como mínimo blanco de discusiones.

De hecho, el auge del debate constitucionalista se dio en un momento singular del ámbito internacional, en medio de altos niveles de consenso alrededor del paradigma neoliberal. Si bien es cierto que en muchos casos ese consenso fue fruto de la necesidad que generaron las crisis internas (como la deuda en América Latina, por ejemplo), el nivel de euforia que generó la caída del muro de Berlín y el auge de la globalización hicieron posible una serie de reformas del sistema internacional, como la reformulación del sistema multilateral de comercio con la creación de la OMC.

En ese punto, surge otra literatura que hace un diagnóstico diferente del escenario internacional; afirma que en realidad el derecho internacional ha sufrido un creciente proceso de fragmentación. En el nuevo orden internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial empiezan a funcionar y a reproducirse innumerables instituciones y tratados que regulan los más variados aspectos de la vida internacional y cuyo resultado es una creciente fragmentación institucional y legislativa.

⁵⁹ Pureza, *op. cit.*

⁶⁰ Lang, Andrew, *World Trade Law after Neoliberalism: Reimagining the Global Economic Order*, Oxford University Press, 2011.

Estos ven la fragmentación normativa e institucional como un problema que se debe resolver por medio de técnicas que involucran algún grado de jerarquización, de coordinación de regímenes. Muchos de esos autores dedicados al estudio de la fragmentación, reconocen también que, al mismo tiempo, se crean consensos mínimos que permiten la convivencia de los Estados en la comunidad internacional y el nuevo orden contribuye a una creciente uniformización de la vida social.

Desde esta perspectiva, se podría afirmar que la fragmentación y el constitucionalismo van de la mano y se encuentran íntimamente relacionados. De alguna manera, la creciente presencia del constitucionalismo en el debate internacional es el resultado, en cierta medida, de la fragmentación del derecho internacional y la preocupación que genera. Tomando prestadas palabras de Koskenniemi y Leino⁶¹ y adaptándolas, hay una suerte de “ansiedad posmoderna” que lleva a muchos autores a defender la necesidad de un proceso de constitucionalización, ante el peligro inminente traído por la fragmentación del derecho internacional como multiplicación de normas, regímenes y tribunales.

Sin embargo, para muchos críticos de dicha manera de describir y analizar el derecho y las relaciones internacionales, tanto la perspectiva del constitucionalismo como la de la fragmentación (entendida como un problema por resolver) están dotadas de un objetivo político claro: hacer prevalecer determinada visión del mundo, disfrazándola de términos como voluntad de la sociedad internacional, *rule of law*, valores compartidos, bien común, coordinación de regímenes, gobernanza global, entre otros.

Surge así una literatura más pluralista que da lugar a las diferencias, sin necesidad de brindar soluciones que apuntan a la centralización o jerarquización. Considera la fragmentación como un fenómeno natural del derecho internacional, donde están en juego diferentes actores con visiones divergentes y muchas veces contrapuestas, que interactúan en la construcción de las normas internacionales. Vale decir, lo que subyace a las normas internacionales es la realidad compleja de intereses, actores y capacidades diferentes, divergentes. Dicha realidad posee muchas versiones, que se reescriben al ritmo de las disputas de poder, una y otra vez.

61 Koskenniemi, Martti y Leino, Päivi, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 3, septiembre, 2002, pp. 553-579.