

DOCTRINA

## Faro normativo cosmopolita y constitucionalización interna en el derecho internacional: Una mirada al *ius constitutionale commune* latinoamericano desde el pluralismo dialógico

*Cosmopolitan regulatory beacon and internal constitutionalization in international law: A look to the ius constitutionale commune un Latin America from dialogic pluralism*

Vicente Vicari Gana 

Universidad de Chile

**RESUMEN** En un escenario posnacional, la necesidad de contar con estructuras de gobernanza global capaces de afrontar los retos contemporáneos a través de una gestión que va más allá de la lógica westfaliana, estadocéntrica y voluntarista tiene como contrapartida la necesidad de contar con un marco normativo de derecho público capaz de regular y legitimar a las instituciones internacionales encargadas de conducir dicha gestión. En atención a este desafío normativo, en este trabajo se examina el proyecto cosmopolita kantiano y su renovación habermasiana, se indaga en la posibilidad de una constitucionalización del derecho internacional y se revisa la propuesta de Armin von Bogdandy acerca del derecho internacional como un nuevo derecho público centrado en los ejercicios de autoridad pública y su legitimidad democrática. Para aterrizar estas cuestiones, se da una mirada al escenario regional latinoamericano y el surgimiento de un derecho común latinoamericano como parte de un proceso de constitucionalización interna de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con el afán de contribuir al fortalecimiento y legitimidad del trabajo de este tribunal internacional, se entregan algunas claves a la luz del pluralismo dialógico y el pluralismo constitucional.

**PALABRAS CLAVE** Cosmopolitismo, constitucionalización, nuevo derecho público, *ius constitutionale commune* latinoamericano.

**SUMMARY** In a post-national scenario the need for global governance structures capable of facing contemporary challenges through management that goes beyond Westphalian, state-centric and voluntary logic, has as a return the need to have a regulatory framework of public law capable of regulating and legitimizing the international institu-

tions responsible for conducting such management. In view of this normative challenge, this work examines the cosmopolitan Kantian project and its Habermasian renewal, explores the possibility of a constitutionalization of international law, and revises Armin von Bogdandy's proposal in relation to international law as a new public law focused on the exercises of public authority and its democratic legitimacy. To land these issues, a look is given to the Latin American regional stage and the emergence of a *ius constitutionale commune* Latinoamericano as part of internal constitutionalization process of the Inter-American Court of Human Rights. In order to contribute to the strengthening and legitimacy of the work of this international court, some keys are delivered in the light of dialogic pluralism and constitutional pluralism.

**KEYWORDS** Cosmopolitanism, constitutionalization, international public law, *ius constitutionale commune* latinoamericano.

## Introducción

Difícilmente se puede contradecir la afirmación de que vivimos en una época de transformaciones. Esto es particularmente cierto con relación al derecho, la comunidad y las relaciones internacionales (Habermas, 2015: 138). Muestra de ello es el diagnóstico efectuado por Jürgen Habermas: atravesamos por un momento de *transición* desde el derecho internacional hacia un *derecho cosmopolita* (Chernilo, 2007: 186; Núñez, 2018: 1.134; Velasco, 2016a: 466).

En este estado de tránsito, que las instituciones tradicionales estén desapareciendo y las nuevas no terminen de emerger, ha generado incertidumbre (Sánchez-Bayón, 2014: 1.022). Los nuevos desafíos emergentes para la humanidad, como la globalización, un sistema capitalista desenfrenado con sus «poderes salvajes» (Ferrajoli, 2016: 272), las migraciones masivas, el vertiginoso cambio climático (Linares, 2011), han generado la necesidad de afrontarles a través de una gobernanza que va más allá de los Estados nacionales (Habermas, 2015: 138).

Asistimos a un proceso de apertura que, junto con socavar y deslegitimar el axioma de la soberanía estatal —sustento de la ficción del Estado nación como unidad jurídica todopoderosa e independiente—, ha conducido al surgimiento de un orden mundial y una comunidad internacional esencialmente interdependiente. Así, dejamos atrás la constelación nacional para avanzar a lo que Habermas denomina *constelación posnacional* (Habermas, 2015: 1141.; Velasco, 2016b: 530).

Es en esta nueva constelación donde ha crecido un modelo de gobernanza global, un sistema de gestión internacional de asuntos de interés público a través de entidades de naturaleza híbrida, formales e informales, que actúan en un sistema multinivel, regidas por un dogma de eficiencia que carece de legitimidad suficiente (von Bogdandy, 2011: 98-101).

Así, la observación que Habermas (2015: 142) formula sobre el concepto de gobernanza global, considerándolo como «un término eufemístico para el carácter no democrático de la institucionalización de las relaciones internacionales de la que hemos sido testigos hasta ahora», trae como contrapartida otra observación: el derecho tiene un rol protagónico y todavía pendiente en el proceso de legitimación democrática de dicha estructura institucional (von Bogdandy, 2011).

Un evento relativamente reciente puede resultar ilustrativo del estado actual de la gobernanza global y de los desafíos a los que hoy nos enfrentamos. Hace no más de dos años, la selva amazónica —el bosque tropical más grande del planeta— ardía con una intensidad inédita y con repercusiones globales inciertas. De un lado, el presidente francés Emmanuel Macron declaraba «nuestra casa está en llamas», se instalaba en la agenda del G7 la necesidad de abordar el problema y se aprobaba un fondo financiero destinado a combatir los incendios.<sup>1</sup> De otro, el presidente de Brasil Jair Bolsonaro, enfrascado en una disputa de índole personal con el mandatario francés,<sup>2</sup> acusaba de colonialista la discusión de los temas amazónicos sin la participación de los países de la región y, escudándose en la sacrosanta soberanía estatal, rechazaba los fondos internacionales.<sup>3</sup>

Así, ante una catástrofe que a todas luces requería de esfuerzos internacionales para ser afrontada, la soberanía estatal de base *ius privatista* y voluntarista operó como un escudo de (des)protección, que dejó en evidencia cómo pueden llegar a tornarse difusas las líneas divisorias entre la gestión de asuntos de interés público para la humanidad y los enconos personales de ciertos mandatarios de turno. Igualmente, no puede obviarse el origen de la ayuda internacional voluntariamente ofrecida: el G7, un foro de negociación y cooperación informal en el que participan los países más poderosos del mundo y cuya sola agrupación en una entidad de esa naturaleza es síntoma, siguiendo a Habermas (2015), de una sobrecarga de las instituciones existentes para afrontar los retos globales.

En un contexto de pandemia y crisis global, difícilmente se puede organizar una mejor respuesta para combatir las llamas que año a año arderán en el bosque amazónico.<sup>4</sup> El vacío normativo para enfrentar desafíos de esta envergadura es evidente,

---

1. «“Nuestra casa está en llamas”: Macron se une a la protesta por los incendios del Amazonas y dice que el G7 lo discutirá», *CNN en español*, 22 de agosto de 2019, disponible en <https://cnn.it/326oChQ> e «Incendios en el Amazonas: el G7 aprueba un fondo de US\$22 millones para ayudar a combatir el fuego» *BBC News Mundo*, 26 de agosto de 2019, disponible en <https://bbc.in/3q3nbLW>.

2. «La Amazonia se vuelve un asunto personal entre Bolsonaro y Macron», *ABC Internacional*, 28 de agosto de 2019, disponible en <https://bit.ly/3egR2Lh>.

3. «Bolsonaro acusa a Macron de “colonialista” por incluir los incendios en la Amazonia en la cumbre del G-7», *República*, 23 de agosto de 2019, disponible en <https://bit.ly/32bRZ55>.

4. «El Amazonas está a punto de volver a arder: “Si no hacemos nada será peor que en 2019”», *El Confidencial*, 19 de junio de 2020, disponible en <https://bit.ly/3Fmil2X>.

aunque en términos estrictos, siguiendo a Ferrajoli (2005: 42), no se trata de «una ausencia de derecho, a todas luces imposible, sino de un vacío de derecho público». Urge un marco jurídico definido y legitimado democráticamente, capaz de encausar la gestión de esta y otra clase de amenazas.

En relación con este complejo escenario, la constitucionalización del derecho internacional ha sido presentada como un camino adecuado para avanzar en el desarrollo de un marco jurídico legítimo que regule las complejas estructuras de la gobernanza global y la gestión de los nuevos desafíos desde la esfera internacional (Azócar, 2008; Habermas, 2015; Peters, 2015).

Con todo, hablar de constitucionalización del derecho internacional puede generar expectativas peligrosamente altas y existen importantes críticas en contra de este enfoque (Peters, 2015). Algunas, advierten los riesgos de avanzar hacia un gobierno global y tecnocrático, desentendido de las demandas de legitimidad democrática; otras, refieren a que su concreción puede ser genuinamente antipluralista desde el punto de vista cultural, teniendo así una naturaleza hegemónica (Peters, 2015; von Bogdandy, 2011).

En atención a esos aspectos, en este trabajo se propone un modo específico de abordar una posible constitucionalización del derecho internacional, esta es, su constitucionalización interna guiada por el faro normativo del proyecto cosmopolita. Para acercar esta propuesta al escenario regional se revisará desde una perspectiva crítica y constructiva algunos aspectos de la dinámica de constitucionalización interna de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) —estrechamente relacionada con el surgimiento de lo que en doctrina ha sido propuesto como un *ius constitutionale commune* latinoamericano— y se planteará, sobre esa base, algunas reflexiones de cara a las demandas de legitimidad que surgen con relación a su labor. En última instancia, se busca que las y los lectores consideren la vía de la constitucionalización interna guiada por el faro normativo cosmopolita como funcional al avance hacia un horizonte de derecho verdaderamente cosmopolita.

El trabajo se estructura de la siguiente forma: i) se hará una breve contextualización sobre la constitucionalización en el derecho internacional; ii) se explorará la renovación del proyecto cosmopolita kantiano propuesta por Jürgen Habermas; iii) se revisará la propuesta eminentemente jurídica de Armin von Bogdandy y su relación con la constitucionalización interna del derecho internacional, entendido como nuevo derecho público; iv) se abordará el caso regional desde la perspectiva del trabajo de la Corte IDH y su constitucionalización interna; v) y en último lugar, se expondrán unas breves reflexiones finales.

## El punto de partida para hablar de constitucionalización en el derecho internacional

El constitucionalismo es un programa jurídico y político sustancial (y no solo formal) que promueve la orientación del derecho hacia el derecho constitucional y no solo a un documento que pueda ser llamado *constitución*; es decir, a determinados contenidos y principios considerados fundamentales (Peters, 2014: 248).

Según Brunkhorst, el constitucionalismo como paradigma se caracteriza por la limitación del poder (Núñez, 2018: 1147) y, si bien su desarrollo ha acontecido predominantemente bajo la realidad de los Estados nacionales, la contención exitosa del despotismo como esencia o mayor logro del Estado constitucional (Habermas, 2015: 138), puede ser trasplantada a la escena internacional, no sin ajustes previos (Gutiérrez, 2010), para domesticar y juridificar las relaciones en un escenario que desde el punto de vista de la filosofía política contractualista nace como una «sociedad salvaje, aún en estado de naturaleza» (Ferrajoli, 1998: 174).

El punto de inflexión para la constitucionalización del derecho internacional se sitúa tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial y el literal estallido del orden westfaliano de las relaciones internacionales (Lobo, 2010). En aquel momento, las mayorías nacionales con antecedentes democráticos intachables dieron pie a regímenes fascistas y totalitarios que ejercieron el poder público ilimitado del Estado domésticamente en contra de minorías y externamente en contra de otros Estados nacionales. Ello develó el germen absolutista inherente a la formación del Estado moderno y las relaciones internacionales surgidas con la Paz de Westfalia (Lobo, 2018: 87).

La esencia del germen absolutista (la carencia de límites sustanciales al poder) es justamente contraria a la del constitucionalismo. Así, el desarrollo de límites formales al interior de las comunidades nacionales, como la democracia de las mayorías, no resultó suficiente para extirpar los riesgos de su presencia. Con todo, desde el punto de vista externo, estos riesgos eran connaturales a las relaciones internacionales. Ellas se basaban en el derecho a la guerra o *ius ad bellum* que, siguiendo a Habermas (1997: 63), difícilmente podría ser considerado como derecho en términos estrictos pues resultó ser expresión del libre arbitrio de los Estados en un estado alega de relaciones entre ellos.

Pues bien, con la Declaración Universal de Derechos Humanos —caracterizada por Lobo (2011) como una cicatriz con significancia moral y aleccionadora en el propio rostro de la humanidad y por Ferrajoli (1998) como una constitución embrionaria internacional— los derechos humanos se irguieron como un límite sustancial al poder público estatal.

Surge así el derecho internacional de los derechos humanos como subsistema jurídico que acoge dicho núcleo constituyente de respeto a la dignidad humana, se gene-

ra un progresivo compromiso convencional de los Estados para su resguardo, nacen estructuras jurisdiccionales de carácter internacional encargadas de hacer efectivo dicho compromiso (Nash, 2005) y se irradia una nueva cultura jurídica centrada en los derechos humanos en una doble dirección, desde el derecho internacional hacia los ordenamientos internos y viceversa (Herrera, 2014).

Con todo, como señala Peters (2015: 121), la aceptación formal de tratados universales que consagran valores constitucionales no representó el fin, sino más bien el comienzo de la constitucionalización del derecho internacional.

Este proceso, actualmente en marcha, debe atender a las características particulares de la comunidad internacional. Así, como todo trasplante, el constitucionalismo en el derecho internacional requiere de importantes adaptaciones. Una de las más importantes está justamente en comprender las distintas legitimidades democráticas que pueden alcanzar las estructuras supranacionales en contraste con estructuras locales, que ya existen en los Estados nacionales (Habermas, 2016: 311).

Ahora, el punto de partida ya no es solo el Estado, se suma la persona humana y su subjetividad jurídica capaz de dotar de legitimidad la estructura estatal y también la internacional. Una propuesta particularmente sensible con este último aspecto, consciente de la necesidad de contar con estructuras internacionales legítimas y partidaria de una constitucionalización del derecho internacional, será revisada a continuación.

### **El faro normativo del cosmopolitismo kantiano y su renovación habermasiana para el siglo XXI**

Advirtiendo ya la contradicción basal en el desarrollo del Estado moderno —la negación del estado de naturaleza hacia adentro y su afirmación hacia afuera (Ferrajoli, 1998: 175)— Immanuel Kant rescató hace más de doscientos años la vieja tradición cosmopolita, inaugurada con la filosofía estoica y que propone la igualdad fundamental de las personas (Chernilo, 2007: 178; Velasco, 2016a: 455), para efectuar una gran innovación: vincularla al proyecto de un nuevo orden jurídico universal capaz de regular las relaciones internacionales salvajes a través del derecho (Chernilo, 2007: 181-182).

La propuesta kantiana introduce la noción de un derecho de la humanidad propiamente cosmopolita, cuyo núcleo se encuentra en el principio de la hospitalidad, referente al trato que debe recibir el forastero en tanto individuo que hace evidente la condición humana de diversidad cultural. Ello uniría a todas las personas a través de un mínimo común denominador humano y obliga a tratar al forastero como uno de los nuestros (Chernilo y Mascareño, 2005).

Como muestra Chernilo (2007: 185), esta aproximación jurídica es una consecuencia normativa de la filosofía moral universalista de Kant, pese a que no logra deshacerse por completo de la carga metafísica plasmada en la idea providencial de una naturaleza humana conocida e inmutable.

Por otro lado, y en términos prácticos, su propuesta institucional de juridificación de las relaciones internacionales con forma de una república mundial, adaptada luego a una federación voluntaria de Estados, no deja de basarse en algunos conceptos errados. Por ejemplo, la obligación de pensar en una constitución para el plano internacional, asimilándola a una constitución de un Estado, según Habermas (2016: 304) lo deja en un callejón sin salida.

Con todo, el principal valor de la propuesta de Kant está en depositar en el derecho y la juridificación de las relaciones internacionales la confianza para alcanzar una situación cosmopolita y anticipa la idea contemporánea de constitucionalización de las relaciones internacionales, como refiere Habermas (2016: p. 303).

El cosmopolitismo kantiano constituye así un verdadero faro normativo para cualquier proyecto actual de regulación jurídica del escenario internacional que ponga atención a las demandas de legitimidad y que tome como punto de partida al individuo humano, sin que esto signifique excluir necesariamente a los Estados.

En pleno siglo XXI, su renovación es posible hallarla en el pensamiento de Habermas (Chernilo, 2007: 185; Habermas, 1997; von Bogdandy, 2011: 439), quien pretende explícitamente proseguir con el proyecto kantiano y apoyar así el tránsito desde un derecho internacional centrado en los Estados nacionales, hacia un derecho cosmopolita que incluya además de estos y en primer lugar a los seres humanos, tanto en su calidad de ciudadanos de un determinado Estado, como en su calidad de ciudadanos del mundo y de un régimen institucional cosmopolita (Núñez, 2018: 1148; Velasco, 2016a: 462).

Habermas es así deudor de la idea kantiana de una constitución cosmopolita (Velasco, 2016a: 463) y actualmente se muestra partidario de una constitucionalización del derecho internacional (Velasco, 2016b: 541), siendo identificado su proyecto como un verdadero constitucionalismo cosmopolita (Núñez, 2018).

La propuesta del filósofo toma nota y es particularmente sensible a las condiciones reales del mundo contemporáneo, considerando ciertas tendencias favorables al tránsito hacia una situación cosmopolita, las que se observan tanto en elementos normativos como fácticos, siguiendo la sistematización efectuada por Núñez (2018: 1.134-1.135). Respecto de los primeros, podrían ser referidas la existencia de características constitucionales en la Carta de las Naciones Unidas, la pérdida del monopolio interpretativo de Occidente o la creación de órganos jurisdiccionales internacionales para el resguardo de los derechos humanos. En cuanto a los segundos, se puede mencionar la existencia de desafíos globales que requieren de respuestas globales y la interdependencia entre los Estados para garantizar los derechos. Estos elementos darían cuenta de que el constitucionalismo cosmopolita es igualmente necesario como posible (Núñez, 2018: 1.151).

Siguiendo a Chernilo (2007: 186), la renovación habermasiana del proyecto kantiano es llevada a cabo, por un lado, a través del reverdecimiento de la filosofía uni-

versalista que sirve de base al proyecto cosmopolita de Kant y, por otro, a través de una reformulación contemporánea de su propuesta institucional.

En cuanto a lo primero, Habermas con su noción de razón comunicativa anclada discursivamente supera, en gran medida, los lazos metafísicos kantianos (Chernilo, 2007: 185). Esto repercute en que, no obstante coincidir con Kant en la importancia que le entrega al derecho de la humanidad —cuyo equivalente contemporáneo son los derechos humanos, según Habermas (Chernilo y Mascareño, 2005)—, Habermas entiende que los derechos humanos, si bien comparten con las máximas morales una validez universal, aspiran también a contar con validez jurídica y a ser considerados derecho positivo (Chernilo, 2007: 186; Habermas, 1997: 82) y por tanto solo pueden imponerse como consecuencia de un proceso de origen democrático (Núñez, 2018: 1.137).

Se trata, por tanto, de un cosmopolitismo que solo puede acreditarse desde adentro y que debe dar cuenta argumentativamente de la pertinencia y plausibilidad de su propia pretensión normativa (Chernilo, 2007: 185).

En cuanto a lo segundo, si bien Habermas destaca que Kant prescindiera de la idea de una república mundial —por el riesgo despótico de generar una *leviatán hobbesiano* global capaz de anteponer la seguridad a la libertad de las personas—, advierte un vínculo normativo demasiado débil en su federación voluntaria de Estados. Con todo, reconoce que dicha opción constituye un avance normativo en tanto permitiría proteger la especificidad de formas particulares de vida colectiva, sin disolver las comunidades sociopolíticas existentes (Chernilo, 2007: 187-189).

En concreto, Habermas (2016: 307) opta por un sistema institucional y jurídico multinivel, que busca la superación de la lógica westfaliana Estado-céntrica y no su supresión (Velasco, 2016b: 531), y es que entiende que en la tradición liberal «la constitución no tiene la función de constituir una autoridad política de la nada, sino únicamente delimitar los poderes existentes» (Habermas, 2016: 304). Si bien busca evitar los problemas que vienen aparejados con la «etiqueta unificadora del gobierno mundial» (Habermas, 2016: 307), su idea es articular una política mundial sin un gobierno mundial, rompiendo con la analogía entre constitución política nacional y mundial (Velasco, 2016b: 536-537).

Considera así que la legitimidad y efectividad de una institucionalidad cosmopolita depende del soporte efectivo de marcos jurídicos anclados en distintos niveles (Chernilo, 2007: 191), cuyas instituciones ejerzan una autoridad pública en consonancia con sus respectivos recursos de legitimidad (von Bogdandy, 2011: 440), los que, si bien son generados con fuente propia en cada nivel, no lo hacen de manera autosuficiente, y requieren de complementariedad y conexión a través de distintas cadenas de legitimación compartidas (Núñez, 2008: 1.152; Velasco, 2016b: 542).

¿Cuáles son esos niveles? ¿Qué legitimidad y labores les correspondería? Al respecto, Habermas (2016: 307) se refiere a tres escenarios y tres tipos de actores colectivos.

Primero, la escena supranacional con una organización mundial que actúe en campos bien definidos, el aseguramiento de la paz y los derechos humanos (Habermas, 2016: 308), campos que por gozar de una amplia legitimidad (von Bogdandy, 2011: 440) debiesen ser conducidos a través de una toma de decisiones conforme a procedimientos eminentemente jurídicos (Velasco, 2016b: 541). En este sentido, ve una reforma pendiente a la ONU (Habermas, 2016: 309) en dirección a su cosmopolitización y democratización, conformándose en una comunidad tanto de Estados como de ciudadanos cosmopolitas (Velasco, 2016b: 537). Como dicha organización no adopta un carácter estatal, seguirá dependiendo de que aquellos que detentan el monopolio de la fuerza —los Estados— se subordinen a sus decisiones (Núñez, 2018: 1.140).

Esto último no es algo descabellado, Habermas (2015: 139) observa que está ocurriendo actualmente a nivel regional en la Unión Europea cuando las cortes constitucionales dan prioridad al derecho europeo por sobre el nacional y lo denomina como un desplazamiento en los pesos relativos de los componentes que constituyen el derecho moderno: de un lado la exigibilidad, asociada tradicionalmente al monopolio estatal del uso de la fuerza, y de otro, el reconocimiento de su legitimidad u obediencia. Este desplazamiento del peso pareciera desmitificar que el reconocimiento de la legitimidad de un sistema jurídico y su obediencia dependen del monopolio coercitivo del Estado.

Un segundo nivel estaría en la escena transnacional, hoy ocupada por organizaciones internacionales que idealmente debiesen evolucionar hacia regímenes continentales o regionales capaces de abordar los problemas de política interna mundial, entre ellos, temas energéticos o medioambientales. Esto, en adición a los esfuerzos actuales de coordinación (no esencialmente política) en torno a problemas técnicos como los riesgos transfronterizos (Habermas, 2016: 307-308).

En esta plataforma de intermediación entre el primer y tercer nivel, la legitimidad vendría de la mano de ejercicios de política y negociación entre distintos actores, desde donde emane de verdad el poder comunicativo (Núñez, 2018: 1.140; Velasco, 2016b: 541).

En tercer lugar, estaría el nivel nacional de los Estados, los que tendrían que ocuparse de cuestiones de política interior vinculadas a la solución de los niveles de desigualdad social, que serían aquellos ámbitos donde los Estados manejan mayores márgenes de acción e implementación (Núñez, 2018: 1.141), debiendo responder a una legitimidad que sería entera y exigentemente democrática (Velasco, 2016b: 541). Este sería el nivel más importante de legitimación de una sociedad mundial constitucionalizada, ya que sus mayores niveles de legitimidad democrática podrían ser transmitidos a través de cadenas de legitimación activadas debido a una interacción complementaria con los otros niveles.

Es más que evidente la preocupación de Habermas por los requerimientos de legitimidad democrática necesarios para la regulación de un sistema cosmopolita. En este sentido, la importancia preponderante que adquiere el nivel nacional como el más exigido democráticamente es muestra de ello. Dado que resulta medular en su pensamiento la noción de democracia, directamente relacionada con la autodeterminación de los pueblos y la existencia de mecanismos de control participativos (Núñez, 2018: 1.141; Velasco, 2016b: 540), reconoce que actualmente se generan déficits de legitimidad, que conceptualiza como agujeros de legitimidad (Velasco, 2016b: 539-540), debido al inevitable quebranto de la participación ciudadana en relación con los niveles superiores en pos de una gestión eficiente.

Tras constatar que no está en el horizonte la pronta superación de esa carencia, descarta la factibilidad actual de una democracia planetaria en sentido estricto (Velasco, 2016b: 540). Como señala Velasco (2016b: 540-541), esto no implica para Habermas renunciar a la introducción de canales participativos y deliberativos en el ámbito global que induzcan a la progresiva emergencia de un sentimiento de pertenencia a una ciudadanía común. Así, uno de los puntos prioritarios sería afrontar la despolitización y evitar las formas tecnocráticas o elitistas de gobierno, para lo cual resulta necesario generar nuevas formas de autocontrol democrático.

Siguiendo a Peters (2015: 133), el constitucionalismo constituye una alternativa jurídica que, por un lado, moraliza y, por otro, empodera la política en el escenario internacional.

El constitucionalismo empodera la política pues permite la legalización de problemas políticos, así como también permite la politización del derecho, en tanto opere de un modo opuesto a su entendimiento jerárquico de clausura del debate y, por el contrario, lo nutra desde distintas perspectivas y desarrolle un potencial crítico constructivo, en vez de uno obstructivo (Peters, 2015: 132-135). Esta conexión con la política contribuiría a evitar un desacople del derecho con relación a las cadenas políticas de legitimación y con ello se evitarían los riesgos de la tecnocracia o el elitismo.

En relación a su efecto moralizador, Habermas apunta a una autocomprensión jurídico-moral traducida en el marco normativo a la idea de derechos humanos (Núñez, 2018: 1.146) cuyos graves incumplimientos despiertan la misma indignación moral alrededor del mundo y forma una comunidad de ciudadanos cosmopolitas que, como agentes de la comunidad internacional (von Bogdandy, 2011: 440), sientan sus lazos no sobre el interés político de autoafirmación de una determinada comunidad política de identidad local —como sucedería al interior de los Estados—, sino que sobre un sentimiento de pertenencia común basado en lazos de solidaridad transnacional (Núñez, 2018: 1.145-1.146). La constitucionalización del escenario internacional sobre la base de los derechos humanos como principios jurídicos podría contribuir desde el derecho a generar dicho sentimiento de pertenencia.

Martti Koskenniemi ha advertido los riesgos de una constitucionalización de naturaleza hegemónica (von Bogdandy, 2011: 443); sin embargo, también ve virtudes en un constitucionalismo de enfoque universalizante que permita con una mentalidad constitucionalista coherente con el proyecto kantiano (Lobo, 2018: 102) y con un vocabulario constitucional «transformar el sufrimiento individual en un objetivo ilícito que no solo concierna a la víctima sino a todos» (Peters, 2015:134). En ese sentido tendría que entenderse la necesidad que refiere de «dar mayor poder a aquellos grupos privados de sus derechos que se encuentran en su mayor parte fuera de las instituciones internacionales» (von Bogdandy, 2011: 411).

Justamente una constitucionalización que se inserta en esta última línea se destacará en relación con el surgimiento de un *ius constitutionale commune* latinoamericano. Pero antes de ello, se explorará la esclarecedora propuesta que aporta la mirada eminentemente jurídica de Armin von Bogdandy, sobre distintos aspectos tratados hasta aquí.

### **La constitucionalización interna en el derecho internacional como parte de un enfoque de derecho público**

Como parte de una amplia propuesta a través de la cual busca desarrollar la idea del derecho internacional como un derecho verdaderamente público, o como un nuevo derecho público, y lograr con ello aproximarse jurídicamente al fenómeno de la gobernanza global, von Bogdandy (2011) contempla una específica forma de abordar la constitucionalización en el derecho internacional.

El autor es partidario de lo que denomina *constitucionalización interna* del derecho internacional, esto es, una dinámica de constitucionalización que se basa en el documento constitutivo de cada institución internacional, con el objeto de permitirle desarrollar instrumentos, procedimientos y limitaciones jurídicas de sus actividades, en relación con las especificidades del régimen en que se inserta (p. 114). Se trata de una estrategia que ha sido también denominada *microconstitucionalización* (Peters, 2015: 125) o *sectoral constitutionalization* (Kleinlein, 2012: 4). Esta dinámica refiere a un proceso constitucionalizante que acontece más allá de las fronteras del Estado nación, en el seno de distintas instituciones internacionales, de modo paralelo y asimétrico, por medio de la interacción entre estas instituciones y los distintos actores que forman las comunidades jurídico-políticas funcionales, que se generan en torno a ellas. Es distinta entonces a una macroconstitucionalización o constitucionalización general y uniforme de la totalidad del derecho internacional.

¿Cómo debiese desarrollarse esta estrategia de constitucionalización? Siguiendo a von Bogdandy (2011: 113), debiese llevarse a cabo con sensibilidad constitucional, vale decir, nutriéndose del constitucionalismo desarrollado dentro de los Estados en donde se ha subrayado la importancia de principios como la libertad individual o la

autodeterminación colectiva, evitando incurrir en analogías simplistas con el derecho interno. En otras palabras, el trasplante del que se habló en la primera sección debe cuidarse de caer en la analogía doméstica, que para estos efectos implicaría asimilar el escenario internacional al nacional, desatendiendo sus particularidades estructurantes.

Es importante señalar que este autor no es partidario de una reconstrucción general del derecho internacional a la luz del constitucionalismo (von Bogdandy, 2011: 424). Si bien comparte con el enfoque constitucionalista la preocupación sobre ciertos principios fundamentales, se muestra alejado del entendimiento que sugiere una jerarquización del orden internacional o la búsqueda de su cierre a través de razones últimas que a su juicio son inalcanzables (von Bogdandy, Goldmann y Venzke, 2017: 129).

Más bien, esta estrategia de constitucionalización forma parte de lo que denomina *enfoques internos* al derecho. Así, su propuesta se nutre también de las perspectivas del derecho administrativo global y del derecho institucional internacional (von Bogdandy, 2011: 112). La relevancia de estos enfoques internos está en que permiten a los juristas participar en la construcción de un marco normativo que posibilite la formulación de juicios de legalidad sintonizados con las demandas de legitimidad. Veamos esto de mejor manera.

Lo que en última instancia busca von Bogdandy (2011: 102-103) es evitar un régimen de gobernanza global tecnocrático, unidimensional bajo el principio de la eficiencia, regido por un funcionalismo a ciegas que afecte los derechos de las personas sin que exista como contrapartida, una regulación jurídica capaz de constituir y limitar el poder de las estructuras de gobernanza global. Para ello, es necesario contar con un derecho que opere como canalizador de las demandas de legitimidad —que pesen sobre la gestión de asuntos públicos en el campo internacional— a través de argumentos de legalidad.

El logro de una sintonía entre legitimidad y legalidad podría permitir que en aquellos casos en que existan dudas importantes acerca de la legitimidad de algunos actos de gestión pública internacional —como sucede con las listas de presuntos terroristas elaboradas por el Consejo de Seguridad de la ONU, por ejemplo— estos sean envueltos en un marco de derecho que posibilite la traducción en términos jurídicos de las dudas de legitimidad y, por tanto, se pueda considerar su legalidad o ilegalidad (von Bogdandy, 2011: 101-102, 111, 305).

Para lograr esto, von Bogdandy (2011: 103) efectúa una innovación conceptual con el objeto de concebir teóricamente la autoridad pública más allá de su desarrollo tradicional —identificado con el poder público estatal— y adaptarla al escenario internacional contemporáneo. De este modo, promueve un enfoque de derecho público que envuelva los ejercicios de autoridad pública internacional desde una perspectiva amplia, en relación a aquellos actos que requieren de justificación normativa por afectar el derecho a la libertad personal y la autodeterminación colectiva (von Bogdandy y Venzke, 2013: 100).

En este orden de ideas, concibe la autoridad como la capacidad legal de determinar a otros y de reducir sus libertades; esto es, configurar unilateralmente su situación jurídica o *de facto*, y, al ejercicio de autoridad, como la materialización de esa capacidad, sea a través de un acto jurídicamente vinculante o a través de un acto que, sin serlo, determine unilateralmente a otro condicionándolo a través de una presión cuya intensidad sola pueda ser resistida con dificultad (von Bogdandy, 2011: 103-104; von Bogdandy, 2014b: 73).

De otro lado, lo público e internacional se vincula en su propuesta con que el ejercicio de autoridad se efectúe sobre la base de una competencia atribuida por un acto internacional común adoptado por autoridades públicas —como Estados o comunidades supranacionales—, y que persiga un objetivo definido por estas mismas autoridades como de interés público (von Bogdandy, 2011: 105-106).

Con la ampliación del concepto de autoridad, esta propuesta permite abarcar actos de *soft law* o de estándares no estrictamente vinculantes como pueden ser los instrumentos de evaluación de política económica nacional del Banco Mundial, por ejemplo, dentro de los cuáles se destaca el informe *Doing Business* —un ranking de países organizado según variables que facilitarían la actividad empresarial—, que partir de criticados cambios metodológicos, aumentó la clasificación de Chile «durante el gobierno conservador de Piñera y [...] se redujo considerablemente durante el posterior gobierno de izquierda de Bachelet» (von Bogdandy y Ebert, 2018: 378-379).

Igualmente, con esta propuesta el autor engloba tanto entidades formales, instituciones internacionales con personalidad jurídica, así como también entidades informales, sin personalidad jurídica, pero que ejercen autoridad pública (von Bogdandy, 2011: 106-107), como el foro de negociación y cooperación informal G7, ya referido introductoriamente. La idea es que cualquier acto de gestión pública, ya sea administrativa o intergubernamental, que realicen instituciones internacionales debe ser considerado como un ejercicio de autoridad pública si es que afecta a individuos, asociaciones privadas o empresas, Estados u otras instituciones públicas (von Bogdandy, 2011: 97).

Si en la constelación posnacional la preocupación habermasiana de legitimidad pone en un lugar central la interacción y complementariedad entre los distintos ordenamientos y niveles de un orden cosmopolita, la traducción que es posible hallar en la propuesta de von Bogdandy (2014b) es que un problema de legitimidad de una autoridad pública se transmite y afecta también la legitimidad de las decisiones de otras autoridades públicas en distintos niveles.

Sobre esa base, adquieren gran relevancia los principios jurídicos que pueden cumplir un rol especial en la tarea de otorgar legitimidad a las decisiones de las autoridades públicas, entre ellos, la protección de los derechos humanos, el Estado de derecho o la democracia (von Bogdandy, 2014b: 66).

Estos principios, anclados en distintos ordenamientos, entregan según von Bogdandy (2014b: 66) la posibilidad de crear puntos de referencia para discursos comunes que logren legitimar y respaldar los ejercicios de autoridad pública de un modo interactivo y multinivel. La práctica de un discurso jurídico desde distintos niveles a través de estos principios resultaría así deseable dado su potencial constructivo (von Bogdandy, 2014b).

Sin embargo, surge una interrogante práctica —y no solo teórica— respecto a qué ordenamiento jurídico en específico ha de servir de base para un entendimiento generalizado de estos principios, puesto que si bien son compartidos y se encuentran arraigados en distintos ordenamientos y niveles, el hecho de que su contenido específico sea variable puede generar conflictos a raíz de una interacción sobre la base de entendimientos divergentes de ellos (von Bogdandy, 2014b: 66, 104). Entonces, tienen también un potencial conflictivo.

Las reflexiones que buscan dar respuesta a este problema práctico se encuentran cautivas, según von Bogdandy (2014b; 106-107), de las teorías del *monismo* y el *dualismo* que, habiendo sido desarrolladas hace más de cien años, ya no tendrían la capacidad de proponer soluciones plausibles para este tipo de interrogantes contemporáneas, considerándolas así el autor unos *zombis* intelectuales (von Bogdandy, 2011: 288).

Por un lado, el dualismo, que parte de la premisa de que normas internacionales y normas nacionales regulan materias distintas, se encuentra desconectado de la realidad en que muchas normas internacionales regulan cuestiones internas que también son objeto de regulación por normas nacionales (von Bogdandy, 2014a: 18). Por otro, el monismo con su noción de un orden piramidal de las normas, tanto en su vertiente que aboga por la primacía del derecho internacional como en aquella que da prevalencia al derecho interno, no resulta compatible con una experiencia plural y diversa de los distintos entendimientos normativos y con ello de los principios jurídicos en cuestión (Acosta, 2016: 19; von Bogdandy, 2011: 289).

Ante esta situación, la respuesta que ofrece von Bogdandy (2011; 289) es la del *pluralismo jurídico*, en tanto concepto que no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos como la del dualismo, sino que por el contrario promueve una interacción entre ordenamientos jurídicos diversos, lo que desde el punto de vista constitucional conlleva que ninguna constitución representaría ahora un universo en sí mismo, sino que más bien formaría parte de un *pluriverso* normativo.

Lo común a las perspectivas pluralistas es que rechazan el paradigma de la jerarquía como mecanismo que define la relación entre ordenamientos distintos (von Bogdandy, 2014a: 20). Ellas se dividen en dos campos, por un lado, las del pluralismo radical que entienden que los conflictos derivados de la interacción son «de poder y por ende difícilmente pueden ser abordados desde la lógica jurídica» y por otro

lado, las del pluralismo dialogal, que parten «desde un punto de vista diametralmente opuesto: la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones usualmente desarrollan relaciones jurídicas estables a pesar de su independencia normativa», lo que implica que los conflictos fundamentales son la excepción y que la regla más bien consiste en un trabajo conjunto y fructífero (von Bogdandy, 2014b: 109).

En este orden de ideas, el diálogo entre ordenamientos y sus instituciones es fundamental. Como se propondrá en la siguiente sección, su desarrollo a través de una dinámica pluralista dialogal se encuentra íntimamente vinculada a la idea de *pluralismo constitucional* y *diálogo deliberativo*. Antes de ello, siguiendo a von Bogdandy (2014b: 109) conviene advertir que el concepto de diálogo «no está muy elaborado y puede ser malinterpretado cuando se piensa que supone una relación amistosa entre las instituciones de los varios ordenamientos». En ese sentido, el autor contrasta el concepto de diálogo con el de interacción y refiere tenazmente a que: «hubo interacción entre los Estados Unidos y la Unión Soviética también en los momentos más críticos de la guerra fría, pero no hubo diálogo porque no había una responsabilidad compartida y asumida para un proyecto común» (von Bogdandy, 2014b: 109).

Al inclinarse por la regla y no por la excepción —esto es, por la efectiva posibilidad de cooperación entre instituciones ancladas en distintos niveles—, von Bogdandy (2014b: 110) toma un camino en que estrechar vínculos entre los distintos discursos normativos en relación a los principios jurídicos, que son capaces de dotar de legitimidad los ejercicios de autoridad en el escenario postnacional, resulta «tan probable como necesario», para lo cual señala, sería «útil identificar la esencia común de estos principios», dentro de los cuales considera la protección del núcleo esencial de los derechos humanos.

En suma, la constitucionalización interna —basada en el documento constitutivo de cada institución internacional para permitirle el desarrollo de instrumentos, procedimientos y limitaciones jurídicas de sus actividades y siempre considerada como parte de una estrategia *iuspublicista* más amplia de desarrollo del derecho internacional— debiese orientarse hacia ciertos principios jurídicos que permitan a las instituciones internacionales justificar normativamente sus ejercicios de autoridad. Esa búsqueda podrá ganar en legitimidad y cooperar con la construcción de discursos jurídicos comunes, si es que es efectuada desde la óptica del pluralismo dialogal.

En la siguiente sección se explorará esta cuestión en relación con el espacio jurídico latinoamericano y los resultados de un proceso directamente vinculado con las ideas que se han venido trabajando. Como se verá, pese a que este ha tenido notables resultados, se enfrenta actualmente a importantes desafíos. La idea será abordar esta cuestión desde una perspectiva crítica y constructiva.

## **Constitucionalización interna de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *ius constitutionale commune* latinoamericano y desafíos a la luz del pluralismo dialógico**

En su calidad de tribunal internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —institución internacional cuya labor es guiada por la Convención Americana de Derechos Humanos como documento constitutivo— despliega importantes ejercicios de autoridad pública internacional, a través de su función jurisdiccional contenciosa y su jurisprudencia consultiva, en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos.

Sin perjuicio de la incidencia que su jurisprudencia pueda tener fuera del sistema interamericano de derechos humanos (Burgorgue-Larsen y Montoya, 2013), el impacto de la Corte IDH en el espacio jurídico latinoamericano (Urueña, 2018) —en relación con los Estados, los ordenamientos constitucionales domésticos y sobre todo en relación con los individuos—, ha sido particularmente fuerte y ha dado impulso a lo que von Bogdandy (2015) y otras autoras y autores latinoamericanos han concebido como un *ius constitutionale commune*. Se trata de un derecho común, estrechamente vinculado a un constitucionalismo transformador de raíces regionales, que busca un cambio en la realidad política y social latinoamericana a través de la construcción de un marco jurídico que permita la realización de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos (von Bogdandy y otros 2017).

En consonancia con lo planteado en la sección anterior, este *ius constitutionale commune* se ha generado justamente a partir de discursos jurídicos convergentes, relacionados con el núcleo esencial de protección de los derechos humanos, discursos que, si bien cuentan con anclaje universal, han sido desarrollados desde una perspectiva latinoamericana (von Bogdandy, 2015). Destacan así, importantes avances en materias de lucha contra la impunidad, a través de la prohibición de amnistías (Morales, 2016); derechos de grupos vulnerables como niños y mujeres (García, 2017: 100); reconocimiento de los derechos de grupos tradicionalmente discriminados y excluidos de la institucionalidad, como los pueblos indígenas (Aguilar, 2010) y las personas migrantes (von Bogdandy 2015).

Con todo, su impacto no solo ha sido jurídico, también ha generado un lenguaje común, que antes no existía, para nutrir los debates políticos y públicos en torno a temas conflictivos en Latinoamérica (von Bogdandy, 2015).

Es importante entender que este derecho común ha surgido como parte de un proceso de apertura de los Estados latinoamericanos al derecho internacional, con especial sensibilidad al derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, siguiendo a Morales (2014: 242-243), es que el constitucionalismo en el sistema interamericano de derechos humanos y la internacionalización de las constituciones de la región ha sido denominada humanización, emergiendo a la inversa que en Europa,

en donde el punto de partida o convergencia estuvo en la integración económica, hablándose así de europeización.

Ahora bien, sin perjuicio de que el *ius commune* latinoamericano esté estrechamente vinculado a la interacción entre los jueces constitucionales domésticos y la Corte IDH, el foco de este análisis está puesto en esta última. Como ya se adelantó al inicio de este artículo, aquí se sostiene que el trabajo de la corte puede ser analizado también como reflejo de un proceso de constitucionalización interna o microconstitucionalización, en que el mismo tribunal ha delimitado y encausado sus ejercicios de autoridad pública a través del auto entendimiento que ha desarrollado de su misión con base en la Convención Americana de Derechos Humanos como documento constitutivo.

Distintas manifestaciones de esta dinámica de constitucionalización son posibles de mencionar. Como primer ejemplo, puede referirse que, sobre la base de la convención y sus normas de interpretación, la Corte IDH ha creado la figura del *corpus iuris* interamericano (Acosta, 2015: 46; von Bogdandy, 2015: 31), un cuerpo normativo conformado por tratados de protección de los derechos humanos distintos a la convención (Morales 2014: 280). A través de esta creación, el tribunal internacional ha ampliado la base normativa positiva respecto de la cual se pronuncia, lo que a su vez le ha permitido ampliar el alcance garantista de los derechos contenidos en su documento constitutivo, con efectos vinculantes para los Estados miembros del sistema interamericano de derechos humanos. Otro ejemplo, es el diseño que la corte ha realizado de un mecanismo para lograr la supervisión de cumplimiento de sus sentencias, una facultad que ha entendido como inherente a sus funciones y que ha favorecido el diálogo con las autoridades nacionales en ese espacio (Acosta, 2015: 48).

Comentario aparte merece el instrumento denominado *control de convencionalidad*, pues el entendimiento que sobre este se sostenga, determinará el espacio que pueda tener el desarrollo de dinámicas pluralistas dialógicas, en el sentido de lo desarrollado en la sección anterior.

La doctrina del control de convencionalidad, no exenta de ambigüedades en su desarrollo jurisprudencial, ha sido impulsada por la corte sobre la base de preceptos convencionales y principios generales del derecho de los tratados (Acosta, 2015). Evidentemente, este no es el espacio para detallar esta figura, de copioso —y a veces confuso— desarrollo doctrinal, «cuyo alcance exacto todavía se desconoce» (von Bogdandy, 2015: 34), no obstante, para efectos de este trabajo, basta con entender que se trata de una herramienta que tiene como objetivo final la búsqueda de compatibilidad de los actos o normas estatales en relación con la garantía de los derechos humanos y que cabría su aplicación también a los jueces constitucionales domésticos con lo que ha sido llamado como «control difuso de convencionalidad» (Ferrer, 2011).

Como señala García (2017: 94), se trata de un instrumento de manejo delicado en el que von Bogdandy (2015) ve una evidente dimensión constitucional. Dependiendo

del entendimiento que se tenga, este podría cuadrarse tanto con una mirada monista de primacía del derecho internacional como con una perspectiva pluralista dentro del espacio jurídico latinoamericano, en los términos en que se referirá más abajo.

Desde aquí se entiende que se trata de una herramienta en desarrollo, al igual que el proceso en curso de constitucionalización interna de la corte, un proceso de calibración de sus ejercicios de autoridad llevado a cabo fundamentalmente con relación al principio de protección de los derechos humanos.

Ahora bien, pese a que por su naturaleza pueda considerarse inherente al trabajo de la Corte IDH desarrollar instrumentos y limitar sus ejercicios de autoridad, justamente sobre la base del principio de protección de los derechos humanos, de dicha situación no se obtiene automáticamente el alcance de un activo legitimatorio suficiente que le permita justificar en términos democráticos su actividad. Aun cuando el principio de protección de los derechos humanos goza de un gran potencial para legitimar las actividades de las instituciones internacionales —y dentro de ellas también los tribunales internacionales—, el efectivo desarrollo de este potencial no depende únicamente de que un órgano oriente sus actividades en atención a principios jurídicos de estas características. Debido a los distintos entendimientos que pueden haber de ellos, es necesario que se genere una convergencia con los discursos de otras autoridades públicas sobre la base de la interacción en clave dialógica.

Para profundizar y siguiendo a von Bogdandy y Venzke (2012), la justificación democrática de los ejercicios de autoridad pública de los tribunales internacionales no puede derivar *únicamente* del criterio tradicional del consentimiento estatal, cristalizado en un tratado, ni tampoco de una narrativa funcionalista que atienda exclusivamente a los objetivos y valores que estos resguardan. Así, que la corte sea un tribunal internacional de derechos humanos no la exime de esta última observación; es más, dada la dimensión constitucional de su trabajo (Burgogue-Larsen, 2014), se hace particularmente relevante.

Hallándose la fuente de legitimidad de los ejercicios de autoridad pública estrechamente vinculada a las dinámicas de interacción con otras autoridades, es deseable que la fuerza transformadora que ha demostrado la Corte IDH y su proceso de constitucionalización interna —plasmado en el desarrollo de instrumentos, procedimientos y límites de su actuar orientados por el principio de protección de los derechos humanos—, siga avanzando cuidadosamente con una dinámica pluralista y dialogal, principalmente en lo que se refiere a los jueces constitucionales y los respectivos ordenamientos de los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¿Qué significa esto en el escenario latinoamericano? Hay que partir de la base de que el sistema interamericano de derechos humanos puede entenderse como un escenario de pluralismo constitucional. Este último constituye un modelo con pretensiones descriptivas y normativas, que se identifica con la interacción no jerarqui-

zada y por tanto heterárquica entre ordenamientos jurídicos que se reconocen mutuamente legitimidad no obstante poseer cada uno su propia constitución (Acosta, 2015; Bustos, 2012; Torres, 2013).

En este orden de ideas, y en directa referencia a la metáfora de *zombis intelectuales* —planteada por von Bogdandy para caracterizar al monismo y dualismo—, Acosta (2016) defiende la existencia de un pluralismo constitucional en la región, entendiéndolo como un *Frankenstein* jurídico conformado por partes de aquellos zombis o muertos vivientes. Así, toma del dualismo la existencia de ordenamientos distintos —aunque no estancos—; del monismo, su interconexión—pero sin pretensiones de unicidad ni jerarquía—; y agrega al *Frankenstein* un nuevo corazón que le permita moverse, resultando central para ello el diálogo entre los jueces nacionales y los jueces interamericanos (Acosta, 2016).

Si concebimos al pluralismo constitucional como el correlato constitucional del pluralismo jurídico dialogal propuesto por von Bogdandy, es posible sostener que la traducción normativa de las exigencias derivadas de optar por una actividad de justificación de la autoridad pública internacional a través del diálogo, estriba en la necesidad de desarrollar herramientas que permitan un efectivo proceso *iusgenerativo* colectivo de rasgos heterárquicos. Así, el diálogo entre cortes aparece como una herramienta potencialmente funcional a este objetivo.

Este diálogo debiese ser desarrollado sobre la base de una estructura deliberativa (Bustos, 2012), con argumentaciones que busquen convencer a otras autoridades (von Bogdandy, 2014a) y con conciencia institucional acerca de la necesidad de articularse en virtud de la existencia de un objetivo común de protección de los derechos de las personas (Acosta, 2017). Con todo, como señala von Bogdandy (2014a: 15), al «no existir más últimas palabras» el diálogo no implica siempre armonía y si bien esto «no deja de producir miedos y angustias», se trata de un escenario positivo si las cortes entienden que hoy tienen una responsabilidad común tanto para la aplicación como el desarrollo del derecho.

Una de las razones que permite afirmar la conveniencia del desarrollo de un diálogo de estas características, radica en que, a través de su ejercicio, los jueces interamericanos pueden compartir con jueces domésticos heterárquica y retroalimentativamente contribuyendo a liberar «al orden jurídico internacional de cargas legitimatorias que *no siempre* estará en posición de aguantar» (von Bogdandy y Venzke, 2013: 127). Estas ideas pueden funcionar como buenos argumentos para que la herramienta del control de convencionalidad se desarrolle a la luz de una perspectiva pluralista y no monista.

Por lo demás, el vocabulario constitucional del *Ius Commune* latinoamericano, como lenguaje de este diálogo, tiene la ventaja de hallarse conectado con temas altamente políticos (von Bogdandy, 2015), que permiten abrir frentes de justificación para una construcción jurídica que no se encuentre totalmente desacoplada de la

política, contribuyendo así a paliar el déficit democrático del derecho desarrollado por la Corte IDH, en tanto, al igual que el resto de los tribunales internacionales, no cuenta con un poder legislativo funcional como contraparte (von Bogdandy y Venzke, 2013).

Así, una constitucionalización interna de la Corte IDH sobre la base del diálogo, la interacción con jueces domésticos en un escenario de pluralismo y a través de un vocabulario constitucional que no esté desconectado de la política, puede funcionar, en términos de Peters (2015), compensatoriamente respecto a la carencia de un poder legislativo funcional. La existencia de una corte internacional cuyas decisiones y creaciones jurídicas impactan tanto a individuos como a la autodeterminación colectiva de las comunidades jurídico políticas nacionales, debe necesariamente ser cubierta por un manto de derecho público. A la existencia de funciones más allá del Estado, debe entonces seguirle el constitucionalismo como paradigma de constitución y limitación del poder. La propuesta de este trabajo es que dicho proceso avance conforme a una clave dialógica, heterárquica y deliberativa.

Para que la Corte IDH no pierda su fuerza ni su valioso ímpetu transformador, pareciera ser necesario que atienda conscientemente alguna de las pistas que saltan a propósito de los aspectos aquí comentados; esto, lógicamente, si es que le preocupa —dada su condición de tribunal internacional— la inherente necesidad que tiene de buscar mayores justificaciones democráticas a sus ejercicios de autoridad y no ser «víctima de su propio éxito» (von Bogdandy y Venzke, 2013: 129).

## Reflexiones finales

El cosmopolitismo kantiano depositó en el derecho y la juridificación de las relaciones internacionales la confianza para avanzar hacia un horizonte cosmopolita de respeto de la igualdad fundamental de las personas y sus derechos. A la luz del escenario contemporáneo, Habermas ha revitalizado, leal y críticamente, el proyecto juridificante de Kant. Lo ha hecho a través de un reverdecimiento de su filosofía y el diseño de una arquitectura institucional multinivel adaptada al escenario posnacional.

La imposibilidad de contar con una democracia planetaria, en sentido estricto, lleva a Habermas a entender que es necesario generar nuevas formas de autocontrol democrático, que permitan, a través de canales deliberativos, inducir a un sentimiento de pertenencia de una ciudadanía cosmopolita basada en lazos de solidaridad transnacional. Para ello, se hace necesario un lenguaje de enfoque universalista pero inclusivo. El constitucionalismo, como fórmula de limitación del poder en un sistema multinivel, puede proveer un vocabulario que cumpla con estas características en la medida que sea entendido desde una perspectiva constructiva y pluralista.

El *ius commune* constitucional que se ha generado en Latinoamérica ha mostrado una especial sensibilidad con los grupos vulnerables y excluidos. Precisamente, ese es el vocabulario jurídico-constitucional que puede permitir el desarrollo de un lenguaje político y social coherente con la preocupación de Koskenniemi de adoptar una mentalidad constitucional que logre transformar el sufrimiento individual en un objetivo ilícito que concierna a todos y que, por tanto, induzca a la solidaridad transnacional y el sentimiento de pertenencia cosmopolita que preocupa a Habermas. No obstante, las dinámicas constitucionalistas deben ser trasplantadas cuidadosamente al escenario internacional.

En este sentido resulta esclarecedora la propuesta eminentemente jurídica de von Bogdandy (2011: 424), quién ha reconocido que «La paz perpetua de Kant continúa siendo un faro de orientación normativa en estos tiempos tan confusos» y además sostiene que la renovación habermasiana del cosmopolitismo kantiano presenta una base teórica innovadora y sólida que entrega buenas razones para seguir luchando por un proyecto universalista (von Bogdandy y Dellavalle, 2009: 29).

A pesar de ello, el publicista alemán es cauto y como parte de una propuesta de derecho público que busca canalizar las demandas de legitimidad a través de argumentos de legalidad, se centra en los ejercicios de autoridad pública y no en una reconstrucción general del derecho internacional a la luz del constitucionalismo. De todas formas, apoya la constitucionalización interna de las instituciones internacionales y promueve un enfoque pluralista y dialogal, que permita la construcción de discursos jurídicos convergentes sobre la base de principios con potencial legitimador.

La constitucionalización interna de la Corte IDH y la autodelimitación que ha efectuado de su labor, ha generado una dinámica transformadora responsable en gran medida del surgimiento del *ius commune* interamericano en derechos humanos. Sin embargo, considerando su calidad de tribunal internacional, debe continuar con su proyecto transformador atendiendo las naturales demandas de legitimidad democrática que puedan surgir con relación a sus ejercicios de autoridad pública. En este sentido, el pluralismo dialogal, el pluralismo constitucional y el diálogo entre cortes con rasgos deliberativos parecieran entregar pistas para que este encomiable trabajo no se vea deslegitimado.

El faro normativo cosmopolita muestra un camino al que hay que apuntar, pero para avanzar a pasos firmes hacia un cosmopolitismo que se forje desde adentro es necesario resignificar en términos plurales y dialógicos los acuerdos que se adopten, incluso en relación con los principios jurídicos que gozan de mayor potencial legitimador. Naturalmente lo que sigue, es asumir esta responsabilidad y desarrollar su potencial conscientemente.

## Referencias

- ACOSTA ALVARADO, Paola. (2015). *Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel. Memoria para optar al grado de doctora*. Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Disponible en: <https://bit.ly/3za2q5v>.
- . (2016). «Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno». *Estudios Constitucionales*, 14 (1): 15-60. Disponible en: <https://bit.ly/3sQCxGN>.
- . (2017). «Ius Commune interamericano: Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo». En Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores). *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión* (pp. 371-384). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2010). «Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas». En Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coordinadores). *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina? Tomo II* (pp. 3-84). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- AZÓCAR, Gabriela (2008). «Del origen del derecho internacional público a la discusión sobre su constitucionalización». *Persona y Sociedad*, 22 (1): 27-39.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2014). «La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional». En Héctor Fix Fierro, Armin von Bogdandy y Mariela Morales Antoniazzi (coordinadores). *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos* (pp. 421-457). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence y Nicolás Montoya Céspedes (2013). «El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos». En George Rodrigo Bandeira Galindo, René Uruña y Aída Torres Pérez (coordinadores). *Protección Multinivel de Derechos Humanos: Manual* (pp. 187-210). Red de Derechos Humanos y Educación Superior. Disponible en: <https://bit.ly/34aoajb>.
- BUSTOS GISBERT, Rafael (2012). «XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 95: 13-63.
- CHERNILO, Daniel (2007). «Universalismo y cosmopolitismo en la teoría de Jürgen Habermas». *Estudios Públicos*, 106: 175-203. Disponible en: <https://bit.ly/3eCsnBi>.
- CHERNILO, Daniel y Aldo Mascareño (2005). «Universalismo, particularismo y sociedad mundial: Obstáculos y perspectivas de la sociología en América Latina». *Persona y Sociedad*, 19 (3): 17-46.

- FERRAJOLI, Luigi (1998). «Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global». *Isonomía*, 9: 173-184. Disponible en: <https://bit.ly/3FD67Tw>.
- . (2005). «La crisis de la democracia en la era de la globalización». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39: 37-51. Disponible en: <https://bit.ly/3Jt6r9Q>.
- . (2016). «El futuro de la filosofía del derecho». *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39: 255-263. Disponible en: <https://bit.ly/31hGGbm>.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011). «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano». *Estudios Constitucionales*, 9 (2): 531-622. Disponible en: <https://bit.ly/3JtoSLu>.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2017). «La “navegación americana” de los derechos humanos: Hacia un *ius commune*». En Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores). *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión* (pp. 55-136). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- HABERMAS, Jurgen (1997). «La idea kantiana de paz perpetua: Desde la distancia histórica de doscientos años». *Isegoría*, 16: 61-90. Disponible en: <https://bit.ly/32KHGF9>.
- . (2015). «Un alegato a favor de la constitucionalización del derecho internacional». En Jorge Luis Fabra Zamora y Leonardo García Jaramillo (coordinadores). *Filosofía del derecho constitucional: Cuestiones fundamentales* (pp. 137-148). Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas.
- . (2016). «¿Es posible una constitución política para la sociedad mundial pluralista?». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 50: 303-315. Disponible en: <https://bit.ly/3qEYAoj>.
- HERRERA, Daniel. (2014). «Del estado de derecho liberal moderno al estado constitucional de derecho actual». *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 2: 11-41.
- KLEINLEIN, Thomas. (2012). «Between myths and norms: Constructivist constitutionalism and the potential of constitutional principles in international law». *Nordic Journal of International Law*, 81 (2012): 79-132. Disponible en: <https://bit.ly/33XUgBt>.
- LINARES SALGADO, Jorge Enrique (2011). «Del colonialismo al cosmopolitismo: Hacia una ética cosmopolita». *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 16 (54): 127-138. Disponible en: <https://bit.ly/3zc4KsA>.
- LOBO FERNÁNDEZ, Juan Francisco (2010). «Adiós a Westfalia: Hacia la “constitución” de un derecho cosmopolita». *Estudios Internacionales*, 167: 55-73. Disponible en: <https://bit.ly/3zeSGql>.
- . (2011). «De la negación de la voluntad de poder. Fundamento moral de los derechos humanos: De su incorporación en el mundo de la vida a la justificación de su pretensión». *Derecho y Humanidades*, 18: 197-211. Disponible en: <https://bit.ly/3HijWTo>.

- . (2018). «¿No hay lugar para el derecho internacional? Crítica a la forma del derecho de Fernando Atria». *Revista de Estudios de la Justicia*, 28: 77-107. Disponible en: <https://bit.ly/3mM5NKJ>.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014). «El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: Una perspectiva sudamericana». En José M. Serna de la Garza y Armin von Bogdandy (coordinadores). *Soberanía y Estado en América Latina y Europa* (pp. 233-282). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- . (2016). «Interamericanización a la luz del pluralismo dialógico: Un aporte al *ius constitutionale commune*». *Inter-American and European Human Rights Journal*, 9 (1): 138-162.
- NASH ROJAS, Claudio (2005). «La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿Continuidad o cambio?». En María Dora Martinic y Mauricio Tapia (directores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación* (pp. 1.151-1.192). Santiago: LexisNexis.
- NÚÑEZ DONALD, Constanza (2018). «Habermas y el constitucionalismo cosmopolita: una reconstrucción argumentativa». *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 15 (48): 1.129-1.159. Disponible en: <https://bit.ly/3pEO2Pi>.
- PETERS, Anne (2014). «El constitucionalismo como conquista global». En Jorge Alguacil González-Aurioles e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (coordinadores), *Constitución: norma y realidad* (pp. 247-256). Madrid: Marcial Pons.
- . (2015). «Los méritos del constitucionalismo global». En Jorge Luis Fabra Zamora y Leonardo García Jaramillo (coordinadores). *Filosofía del derecho constitucional: Cuestiones fundamentales* (pp. 119-135). Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio (2014). «Fundamentos de derecho comparado y global: ¿Cabe un orden común en la globalización?». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 47 (141): 1.021-1.051. Disponible en: <https://bit.ly/31aCb22>.
- TORRES PÉREZ, Aida (2013). «En defensa del pluralismo constitucional». En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García (coordinadores). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales* (pp. 457-480). Ciudad de México: Tirant lo Blanch. Disponible en: <https://bit.ly/3eCIMFD>.
- URUEÑA, René (2018). «Después de la fragmentación: ICCAL, derechos humanos y arbitrajes de inversiones». En Armin von Bogdandy, Pedro Salazar Ugarte, Mariela Morales Antoniazzi, y Franz Christian Ebert (coordinadores). *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: De la tensión al diálogo* (pp. 59-84). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- VELASCO, Juan Carlos (2016a). «Cosmopolitismo plurinacional: Variaciones actuales de un tema kantiano». En Roberto Rodríguez Aramayo, José Francisco Álvarez, Francisco Maseda y Concha Roldán Panadero (editores), *Diálogos con Javier Muguerza: Paisajes para una exposición virtual* (pp. 453-472). Madrid: CSIC.
- . (2016b). «La política en la constelación postnacional: Una aproximación habermasiana del Estado». *Pensamiento*, 72 (272): 523-543. Disponible en: <https://bit.ly/3sLWrlV>.
- VON BOGDANDY, Armin (2011). *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- . (2014a). «Ius constitutionale commune latinoamericanum: Una aclaración conceptual». En Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (coordinadores). *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos* (pp. 3-23). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- . (2014b). «Los principios fundamentales después de la apertura del Estado: Un estudio desde la perspectiva alemana». En Armin von Bogdandy y José M. Serna de la Garza, *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa* (pp. 61-110). México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- . (2015). «Ius constitutionale commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador». *Revista Derecho del Estado*, 34: 3-50. Disponible en: <https://bit.ly/3eE3bu4>.
- VON BOGDANDY, Armin y Sergio Dellavalle (2009). «Universalism renewed: Habermas theory of international order in light of competing paradigms». *German Law Journal*, 10 (1): 5-30.
- VON BOGDANDY, Armin y Franz Christian Ebert (2018). «El Banco Mundial frente al constitucionalismo transformador latinoamericano: Panorama general y pasos concretos». En Armin von Bogdandy, Pedro Salazar Ugarte, Mariela Morales Antoniazzi, y Franz Christian Ebert (coordinadores). *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: De la tensión al diálogo* (pp. 355-395). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- VON BOGDANDY, Armin e Ingo Venzke (2013). «¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación normativa». En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García (coordinadores). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales* (pp. 83-129). Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- VON BOGDANDY, Armin, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flavia Piovesan y Ximena Soley (2017). «Ius constitutionale commune en América Latina: Un enfoque regional del constitucionalismo transformador». En Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coor-

dinadores). *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión* (pp. 17-51). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

VON BOGDANDY, Armin, Matthias Goldmann e Ingo Venzke (2017). «From public international to international public law: Translating world public opinion into international public law». *The European Journal of International Law*, 28 (1): 115-145.

## Reconocimiento

Este trabajo fue seleccionado para su discusión en las «Jornadas de Jóvenes Investigadoras/es» organizada por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social el 2020.

## Sobre el autor

VICENTE VICARI GANA es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y ayudante *ad honorem* del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios, entre 2019 y 2021. Su correo electrónico es [vvicarig@gmail.com](mailto:vvicarig@gmail.com).  <https://orcid.org/0000-0003-2828-1388>.

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

([acastro@derecho.uchile.cl](mailto:acastro@derecho.uchile.cl))

SITIO WEB

[rej.uchile.cl](http://rej.uchile.cl)

CORREO ELECTRÓNICO

[cej@derecho.uchile.cl](mailto:cej@derecho.uchile.cl)

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial  
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo  
estuvieron a cargo de Tipografía  
([www.tipografica.io](http://www.tipografica.io))