

EL PLURALISMO RADICAL DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIETAL: LA FRAGMENTACION CONSTITUCIONAL

THE RADICAL PLURALISM OF THE SOCIETAL CONSTITUTIONALISM: THE CONSTITUTIONAL FRAGMENTATION

Ángel J. Rodrigo*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PLURALISMO JURÍDICO Y EL CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL. III. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIETAL COMO UNA TEORÍA SOCIOLÓGICA DEL CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL. IV. NO SIEMPRE MÁS CONSTITUCIONALISMO SOCIETAL ES MÁS CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL.

RESUMEN: En este trabajo se parte del presupuesto de que el pluralismo jurídico es un reto para el constitucionalismo y se defiende que es posible armonizar el pluralismo jurídico, político y social existente en la comunidad internacional con el enfoque metodológico del constitucionalismo internacional, como demuestran las obras de algunos autores de diferentes ciencias sociales. Aún más, se destaca que dicha armonización es una exigencia para la viabilidad del propio constitucionalismo internacional.

El pluralismo radical del constitucionalismo societal de G. Teubner es una concepción del constitucionalismo internacional que está basada en una teoría sociológica del constitucionalismo que tiene presupuestos epistemológicos diferentes a los tradicionales y que produce nuevos resultados: la constitucionalización societal no es sino un conjunto de fragmentos constitucionales que regulan las actividades de los sujetos constitucionales (públicos y privados) mediante normas constitucionales entre las cuales, dada su enorme variedad, pueden surgir frecuentes conflictos interconstitucionales.

Asimismo, se afirma que el constitucionalismo societal de G. Teubner tiene importantes limitaciones para poder ser reconciliado con el constitucionalismo internacional porque cada uno de los fragmentos constitucionales tienen su propia racionalidad, en algunos casos difícilmente compatible con el interés público internacional. Esta pluralidad de fragmentos constitucionales no siempre supone un refuerzo del constitucionalismo internacional ya sea en su dimensión sustantiva o sea en la formal. Al revés, supone

Fecha de recepción del original: 17 de marzo de 2014. Fecha de aceptación de la versión final: 2 de mayo de 2014.

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universitat Pompeu Fabra. Este trabajo fue realizado durante mi estancia como Visiting Fellow durante el curso 2012-2103 en el Lauterpacht Centre for Internacional Law de la Universidad de Cambridge. Para ello fui destinatario de una ayuda para estancias de movilidad de profesores e investigadores seniores en centros extranjeros, incluido el programa Salvador de Madariaga 2012 del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Asimismo, este trabajo forma parte de un proyecto de investigación más amplio sobre *Cosmopolitismo y constitucionalismo en la sociedad internacional. Propuestas cosmopolitas y constitucionalistas para la gobernanza global*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref. DER2011-27420) para el periodo 2011 a 2014.

una devaluación del mismo que lo conduce a la irrelevancia. En conclusión, se defiende que el constitucionalismo societal no es siempre más constitucionalismo internacional sino que puede ser mucho menos.

ABSTRACT: This paper starts from the assumption that legal pluralism is a challenge for constitutionalism and argues that it is possible to harmonize the existing legal, political and social pluralism in the international community with the methodological approach of international constitutionalism, as it's evidenced by the works of some authors from different social sciences. Moreover, it is stressed that such harmonization is a requirement for the viability of international constitutionalism itself.

The radical pluralism of societal constitutionalism of G. Teubner is a conception of international constitutionalism based on a sociological theory of constitutionalism that has different epistemological assumptions and produces new results: the societal constitutionalization is nothing but a set of constitutional fragments governing the activities of constitutional subjects (public and private) through constitutional rules among which, given its enormous variety, frequent interconstitucionales conflicts may arise.

It also states that the societal constitutionalism of G. Teubner has important limitations to be reconciled with international constitutionalism because each constitutional fragments have their own rationality, in some cases hardly compatible with the international public interest. This constitutional plurality of fragments does not always mean a strengthening substantive or formal dimension of international constitutionalism. Conversely, it implies a devaluation that leads to irrelevance. In conclusion, it is argued that the societal constitutionalism is not always more international constitutionalism but may be much less.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo internacional, Constitucionalismo societal, Conflictos interconstitucionales, Fragmentación constitucional, Pluralismo jurídico, Pluralismo radical.

KEYWORDS: *Constitutional fragmentation, Inter-constitutional conflicts, Legal pluralism, International constitutionalism, Radical pluralism, Societal constitutionalism.*

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto examinar algunas de las exigencias que el pluralismo jurídico, social y político plantea al constitucionalismo internacional y, en especial, describir y analizar de forma crítica la propuesta pluralista radical contenida en la obra de G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*.¹

Para este fin, el trabajo se estructura en tres partes. En la primera se analizan las relaciones entre el pluralismo jurídico y el constitucionalismo internacional; en la segunda se describe de forma sintética y sistematizada la propuesta de *constitucionalismo societal* entendida como una teoría sociológica del constitucionalismo internacional; y, en la tercera, se analizan de forma crítica las

¹ G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, trad. G. Nordury, Oxford, Oxford University Press, 2012.

limitaciones y los riesgos que esta propuesta tiene para el constitucionalismo internacional.

En este trabajo se parte del presupuesto de que el pluralismo jurídico es un reto para el constitucionalismo y se defiende que es posible armonizar el pluralismo jurídico, político y social existente en la comunidad internacional con el enfoque metodológico del constitucionalismo internacional, como demuestran las obras de algunos autores de diferentes ciencias sociales (P.S. Berman, M. Risse, J. Klabbers, A. Peters o A. Hurrell, entre otros). Aún más, se destaca que dicha armonización es una exigencia para la viabilidad del propio constitucionalismo internacional.

Asimismo, se afirma que el pluralismo radical del constitucionalismo societal de G. Teubner tiene importantes limitaciones para poder ser reconciliado con el constitucionalismo internacional. Dicho pluralismo radical da como resultado un universo de fragmentos constitucionales que tienen su propia racionalidad, en algunos casos difícilmente compatible con el interés público internacional. Esta pluralidad de fragmentos constitucionales no siempre supone un refuerzo del constitucionalismo internacional ya sea en su dimensión sustantiva o sea en la formal. Al revés, supone una devaluación del mismo que lo conduce a la irrelevancia. En conclusión, se defiende que el constitucionalismo societal no es siempre más constitucionalismo internacional sino que puede ser mucho menos.

II. EL PLURALISMO JURÍDICO Y EL CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL

El Derecho internacional no es sólo un conjunto cada vez más amplio de normas jurídicas sino que puede ser entendido también como una forma de pensamiento y de organización del mundo.² Para contribuir a este fin, el constitucionalismo internacional puede aportar algunas herramientas metodológicas, jurídicas y políticas que pueden facilitar la comprensión y explicación de una comunidad internacional cada vez más universal, interdependiente y diversa.

El constitucionalismo internacional tiene una doble dimensión: una jurídica y otra política. En otros términos, es a la vez un enfoque metodológico y un programa político. De una forma sintética, y aun a riesgo de distorsionar en alguna medida la noción, se puede entender por *constitucionalismo internacional* el enfoque metodológico que pone el énfasis en determinadas características formales, materiales o funcionales de las normas jurídicas internacionales con el propósito de limitar e institucionalizar el poder, de proteger determinados valores e intereses generales de la comunidad internacional, de ordenar el sistema jurídico internacional y de reconocer derechos fundamentales a los individuos. En cuanto perspectiva de análisis, el constitucionalismo internacional no ofrece un modelo acabado sino que proporciona una determinada forma de analizar e

² J. Klabbers, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. xx (traducción propia).

interpretar el Derecho internacional y la comunidad internacional. En este sentido, algunos autores señalaron que sería "un proceso permanentemente abierto".³

Además, el constitucionalismo internacional es un programa político "que aboga por la aplicación de principios constitucionales tales como el estado de derecho, la separación de poderes y el equilibrio de poderes (*checks and balances*), la protección de los derechos humanos y la democracia en la esfera jurídica internacional en orden a mejorar la eficacia y la equidad del ordenamiento jurídico internacional".⁴

Uno de los principales retos que tiene el constitucionalismo internacional tanto desde el punto de vista metodológico como del político es la necesidad de explicar de forma coherente el pluralismo jurídico, político, social y ético que existe en la comunidad internacional. Este desafío consiste en encontrar respuestas a la discutida posibilidad de acomodar y ordenar la diversidad de intereses de todo tipo, de racionalidades, de autoridades públicas, de ordenamientos jurídicos y aun de constituciones, sean nacionales o internacionales. En las diversas ciencias sociales se pueden encontrar posiciones encontradas.

1. Pluralismo y constitucionalismo como modelos antagónicos

Algunos autores contraponen el constitucionalismo y el pluralismo como dos modelos antagónicos que ofrecen respuestas diferentes a los problemas que se plantean en el derecho postnacional. N. Krisch, entre ellos, reconstruye el constitucionalismo como un modelo basado en valores sustantivos y en una visión estructural del carácter jerárquico que gobernaría el orden político por medio de la *rule of law* y que tendría importantes dificultades para operar como marco jurídico que gobierna el espacio postnacional. Por contra, el pluralismo sería una alternativa estructural que daría una mejor respuesta a la diversidad social y a la fragmentación institucional y jurídica porque está basado en una relación heterárquica entre las diferentes capas de normas que regulan el espacio postnacional. Se argumenta que el pluralismo ofrecería una mejor capacidad de adaptación al cambio, proporciona un espacio para la contestación y para dar visibilidad a nuevas voces y demandas y que es útil para constituir equilibrios y contrapoderes (*checks and balances*) en el orden postnacional.⁵

2. El constitucionalismo internacional pluralista

No obstante, en este trabajo se defiende que constitucionalismo y pluralismo no son visiones estructurales antagónicas. En las diferentes ciencias sociales hay un buen número de autores que, con explicaciones diferentes, postulan que es posible reconciliar

³ Th. Cottier y M. Harthing, "The Prospects of 21st Century Constitutionalism", *Max Planck UNYB*, 2003, p. 283.

⁴ A. Peters, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", *Leiden Journal of International Law*, 2006, vol. 19, pp. 579-610, en particular, p. 583 (traducción propia).

⁵ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, en especial, cap. 1, 2 y 3, pp. 3-105.

universalismo y localismo o cosmopolitismo y territorialismo estatalista. Este es el caso, entre otros, en la Filosofía Política de la concepción de la justicia global de M. Risse por medio del *internacionalismo pluralista*⁶ o en la Teoría del Derecho de P.S. Berman y su propuesta del *cosmopolitismo pluralista* que se examina de forma sintética aquí.

El pluralismo sería un hecho social que caracteriza actualmente a la comunidad internacional que tiene consecuencias normativas que se pueden explicar de distintas formas. Algunos autores atribuyen a la pluralidad de actores e instituciones (las comunidades interpretativas) y de normas que pueden ser aplicables en la comunidad internacional, al pluralismo del ordenamiento jurídico internacional en definitiva, un papel creador de derecho (jurisgenerativo).⁷

P.S. Berman afirma que vivimos en "un mundo de múltiples comunidades normativas superpuestas" y que dicha superposición de autoridades normativas produce hibridez⁸ (*hybridity*) jurídica. Este autor defiende que antes que disolver la hibridez jurídica es preferible gestionarla. Para ello, propone combinar dos posiciones teóricas, el cosmopolitismo y el pluralismo jurídico, para elaborar un marco metodológico que denomina *cosmopolitismo pluralista*. Éste favorece "prácticas, instituciones y mecanismos institucionales que proporcionan oportunidades a las voces plurales".⁹ Berman sugiere seis principios que proporcionan un conjunto de criterios que ayudan a valorar las formas en las que los diferentes sistemas jurídicos interactúan. El primero es que no es necesario resolver el problema de hibridez sino que es preferible poner el énfasis en la diversidad y en el pluralismo. El segundo principio del cosmopolitismo pluralista es que los conflictos son inevitables y hay que intentar gestionarlos a través de mecanismos procedimentales, instituciones y prácticas en "un espacio social compartido". El tercero es que los encargados de adoptar las decisiones deben hacer frente a las cuestiones de afiliaciones múltiples a diferentes comunidades. El cuarto principio es el reconocimiento del valor sistémico de la tolerancia recíproca y de la buena voluntad. El quinto principio es que la perspectiva cosmopolita pluralista no necesita ni la acomodación ni la aceptación de las comunidades y prácticas no liberales. Y el sexto principio es que el enfoque cosmopolita pluralista se sitúa en un término medio entre el territorialismo soberanista y el universalismo.¹⁰ Este autor defiende que el pluralismo es un hecho social en la comunidad internacional que puede dar origen a una *hibridez jurídica* que es preferible gestionar antes que rechazar, negar o silenciar. Para ello, además de los principios mencionados, propone algunos mecanismos, instituciones y prácticas como son, entre otras, las interacciones jurídicas dialécticas, el

⁶ M. Risse, *On Global Justice*, Princeton, Princeton University Press, 2012.

⁷ Una primera aproximación dentro de la *New Haven School* fue la de R. Cooper, "The Supreme Court, 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative", *Harvard Law Review*, 1983, vol. 93, pp. 4-68, en particular, pp. 43-46. Una versión más actual de esta perspectiva del pluralismo en el Derecho internacional es la de P.S. Berman, "A Pluralist Approach to International Law", *The Yale Journal of International Law*, 2007, vol. 32, pp. 301-329.

⁸ El término *hibridez* como una cualidad de híbrido será admitido por la RAE en la 23ª ed. de su Diccionario. Vid. <http://www.lemma.rae/drae/?val=hibridez> (visitada el 11 de marzo de 2014).

⁹ P.S. Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 10-15.

¹⁰ P.S. Berman, *op. cit.*, 2012, Cap. 5, pp. 141-151.

margen de apreciación, la autonomía limitada de los regímenes internacionales, los acuerdos de puerto seguro, etc.¹¹ En suma, constitucionalismo y pluralismo no son necesariamente modelos explicativos antagónicos y excluyentes sino que es posible reconciliar ambos en grado diferente según ámbitos, actores, problemas o materias.

El pluralismo del constitucionalismo internacional se puede entender en dos sentidos: uno descriptivo (en sentido débil) como referencia a la diversidad de aproximaciones que existen en la doctrina de las diversas ciencias sociales que se ocupan del tema (Derecho internacional, Derecho constitucional, Teoría Política o Filosofía Política);¹² y el otro epistemológico (en sentido fuerte) como una característica imprescindible para poder dar respuesta al pluralismo jurídico, político, social y ético que existe en la comunidad internacional.

El punto de partida es que el Derecho internacional se ha transformado en un sistema jurídico pluralista porque la proliferación de regímenes especiales, de instituciones de gestión de los mismos y de tribunales internacionales no habría supuesto su fragmentación sino que sería el reflejo del pluralismo social existente en la comunidad internacional.¹³ Este nuevo sistema jurídico pluralista aceptaría “un conjunto de elecciones normativas igualmente legítimas y diferentes de instituciones y tribunales pero lo hace dentro del contexto de un sistema universal”.¹⁴ En suma, el enfoque pluralista del Derecho internacional no implica necesariamente una visión estructural alternativa del mismo.

Aunque no es el objeto central de este trabajo, siquiera como referencia conviene conocer que la doctrina iusinternacionalista ha defendido con diferentes argumentos que sólo es posible el constitucionalismo internacional si se trata de un constitucionalismo pluralista que dé cabida a la diversidad de concepciones e intereses que existen en el orden social internacional y dé respuestas jurídicas en un entorno de multiplicidad de ordenamientos jurídicos y de normas constitucionales. A. Hurrell reivindica la necesidad de un ‘pluralismo normativo’ en el constitucionalismo que permita una mayor participación no sólo de Estados sino también de actores no estatales y que contribuya a

¹¹ *Ibid*, Cap. 6, pp. 152-189.

¹² A. J. Rodrigo, "El pluralismo del constitucionalismo internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2013, Vol. 29, pp. 61-109. Algunas de las diferentes aproximaciones examinadas en dicho trabajo son A. Peters, M.J. Aznar e I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010; J. Klabbbers, A. Peters y G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; Ch.E.J. Schwöbel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.

Tiene especial interés también la obra editada por J.L. Dunoff y J.P. Trachmann (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, que ya fue objeto de una reseña previa en el *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2011, vol. XXVII, pp. 658-661.

¹³ O. Casanovas, *Unity and Pluralism in Public International Law*, The Hague, Kluwer, 2001; y A. Rodrigo y C. García (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la comunidad internacional*, Madrid, Tecnos, 2011.

¹⁴ W.W. Burke-White, "International Legal Pluralism", *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25, pp. 963-979, en particular, p. 977 (traducción propia).

una seria reducción de la desigualdad.¹⁵ N. Walker defiende un ‘pluralismo constitucional epistémico’, cuyo punto de partida es el reconocimiento de que la autoridad legítima puede derivar de una pluralidad de fuentes y que es conscientemente heterárquico. Su propuesta es un meta-constitucionalismo consistente en un dialogo entre autoridades constitucionales.¹⁶ J. Klabbbers y otros defienden la imprescindible necesidad de un constitucionalismo pluralista dadas la diversidad de concepciones políticas y morales que existen en la comunidad internacional y de posibles respuestas jurídicas a ellas. Por ello, propone un constitucionalismo *lite* en el ámbito internacional que, además de los requisitos clásicos del constitucionalismo, exigiría a los que ocupan posiciones de poder que lo ejerzan y se comporten de manera responsable.¹⁷

III. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIETAL COMO UNA TEORÍA SOCIOLÓGICA DEL CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL

Una explicación absolutamente diferente de las relaciones entre el constitucionalismo y el pluralismo es la obra de G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Se trata de una de las manifestaciones más radicales (extremas) del pluralismo del constitucionalismo internacional. Esta obra desarrolla algunos de los trabajos previos del autor y lleva a cabo una exposición sistematizada del constitucionalismo societal en el ámbito transnacional. Se trata de una concepción del constitucionalismo internacional que está basada en una teoría sociológica del constitucionalismo que tiene presupuestos epistemológicos diferentes a los tradicionales y que produce nuevos resultados: la constitucionalización societal no es sino un conjunto de fragmentos constitucionales que regulan las actividades de los sujetos constitucionales (públicos y privados) mediante normas constitucionales entre las cuales, dada su enorme variedad, pueden surgir frecuentes conflictos interconstitucionales. La obra contiene seis capítulos en los que presenta la cuestión constitucional en los términos de la teoría social (I) y se examina la fragmentación social y constitucional existente dentro del Estado nacional y en el ámbito transnacional (II) y la pluralidad de sujetos constitucionales (III). La obra analiza también las funciones, procesos y estructuras de la pluralidad de normas constitucionales transnacionales (IV) y el efecto horizontal de los derechos fundamentales en el plano

¹⁵ A. Hurrell, *On Global Order. Power, Values, and the Constitution of International Society*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

¹⁶ N. Walker, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, 2002, vol. 65, pp. 317-359.

¹⁷ J. Klabbbers, “Constitutionalism Lite”, *International Organization Law Review*, 2004, N° 1, pp. 31-58; y “Possible Islands of Predictability: The Legal Thought of Hannah Arendt”, *Leiden Journal of International Law*, 2007, pp. 1-23; también A. Peters, “The Merits of Global Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, vol. 16, N° 2, pp. 397-411, en particular, pp. 403-404; G. Ulfstein, “The Relationship Between Constitutionalism and Pluralism”, *Goettingen Journal of International Law*, 2012, vol. 4, N° 2, pp. 575-583; y L. Viellechner, “Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalism and Pluralist Approaches to the Globalization of Law”, *Goettingen Journal of International Law*, 2012, vol. 4, N° 2, pp. 599-623.

Con otra perspectiva también U. Petersmann, *International Economic Law in the 21st Century. Constitutional Pluralism and Multilevel Governance of Interdependent Public Goods*, Oxford, Hart, 2012.

transnacional (V). Y, por último, se exponen las posibles estrategias para hacer frente a las colisiones interconstitucionales (VI).

Los problemas planteados en los últimos años en el ejercicio del poder no sólo por los Estados sino también por los operadores privados como las multinacionales exige plantear en nuevos términos la 'cuestión constitucional', según Teubner. El debate sobre el constitucionalismo ha dejado de ser un terreno exclusivo de la Filosofía Política, de la Teoría de las Relaciones Internacionales o del Derecho para ser objeto también de la Teoría Social por medio de una nueva perspectiva de análisis y de otras herramientas analíticas. Para dicha teoría, la política internacional y el Derecho internacional tienen problemas para explicar los límites y las nuevas demandas del constitucionalismo internacional.

1. La fragmentación societal como causa de un nuevo constitucionalismo

G. Teubner sitúa el origen de la cuestión constitucional en el proceso de diferenciación societal y funcional que se está produciendo en todas las sociedades. Se trata de un problema que no está causado por la globalización sino por la previa "fragmentación del conjunto social y la autonomización de fragmentos durante el apogeo del Estado nación", pero que la globalización ha agravado.¹⁸ Esta dinámica social exige reformular la cuestión constitucional no sólo dentro de los Estados sino también en el plano transnacional.

Si las constituciones estatales tenían la doble función de constituir el poder político y de limitarlo bajo la *rule of law*, desde el punto de vista sociológico, estas dos funciones no pueden ser limitadas a la política. La causa, según Teubner, es que "otros órdenes sociales autónomos se constituyen a sí mismos en paralelo con la política y son dependientes del Derecho constitucional para su estabilidad. Bajo la diferenciación funcional, no existen ya normas sociales que sean igualmente válidas para todas las instituciones sociales. Esto crea la demanda para su constitucionalización independiente".¹⁹ Este autor afirma que las constituciones existen en cualquier parte de una sociedad: "no sólo *ubisocietas, ibi ius*, como Grocio dijo una vez, sino *ubisocietas, ibiconstitutio*. Órdenes creados por sí mismos se han desarrollado en numerosos espacios de la sociedad y son estabilizados por el derecho constitucional".²⁰ La agenda del constitucionalismo societal no es la 'creación' sino más bien la 'transformación' de un orden constitucional preexistente para limitar las externalidades negativas de la dinámica social desarticulada (*unleashed*).²¹

2. Los presupuestos epistemológicos del constitucionalismo societal

El concepto de *constitucionalismo societal* fue elaborado por David Sciulli para superar las limitaciones del neocorporativismo al reducir la sociedad a la relación entre la

¹⁸ G. Teubner, *op. cit.*, 2012, pp. 5-6.

¹⁹ *Ibid*, pp. 17-18 (traducción propia).

²⁰ *Ibid*, p. 35 (traducción propia).

²¹ *Ibid*, p. 11.

política y la economía en la que el Estado opera como intermediario de los diversos intereses, pero que ignoraba otros sectores sociales que existen en ella: educación, ciencia, deporte, tecnología, universidades, corporaciones privadas, etc. Si el neocorporativismo acaba politizando las instituciones económicas (asociaciones, sindicatos, etc.) y perdían su autonomía, el constitucionalismo societal permitiría institucionalizar procedimientos que garantizan la autonomía de tales formaciones colegiales y les proporciona legitimidad pública, garantía política y seguridad jurídica.²²

El constitucionalismo societal, según G. Teubner, se basa en dos presupuestos epistemológicos básicos: el primero, la defensa del constitucionalismo más allá del Estado nación, es decir, de un constitucionalismo transnacional; y el segundo, el que su objeto no es sólo el poder público sino también la constitucionalización y el ejercicio del poder privado. El 'nacionalismo metodológico' sería un obstáculo epistemológico para el constitucionalismo societal ya que no explicaría la existencia, funcionamiento y autonomía de la pluralidad de subsistemas constitucionales que operan tanto en el interior de los Estados como en el plano transnacional. La coexistencia de estos sistemas autónomos con los Estados, sus límites territoriales y sus normas constitucionales es una fuente de tensión que el constitucionalismo liberal tradicional no puede explicar. Su tesis, como expone con claridad en otro trabajo, es que "somos testigos de la emergencia de una multiplicidad de constituciones civiles más allá del Estado nación. Pero la constitución de la sociedad global no está siendo concebida exclusivamente dentro de instituciones representativas de la política internacional ni puede tomar forma en una constitución unitaria global que abarque todas las áreas de la sociedad."²³

El segundo presupuesto epistemológico del constitucionalismo societal es que tiene como objeto no sólo la política, la constitución y el ejercicio del poder público, como ocurre en el ámbito liberal clásico, sino también otros sectores autónomos de la sociedad global de carácter privado: la economía, por supuesto, pero también órdenes sociales alrededor de la ciencia, la tecnología, la educación, la salud, los medios de comunicación, etc.²⁴

3. La fragmentación constitucional: el constitucionalismo societal como fragmentos constitucionales

El resultado de la aplicación de estos presupuestos epistemológicos a la sociedad global es que sólo existirían "islas constitucionales" no sólo de los Estados sino también de otros órdenes sociales autónomos de carácter no estatal que coexistirían entre ellos. Sería un nuevo fenómeno no sólo de carácter teórico sino también de carácter empírico,

²² D. Sciully, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxistic Critical Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

²³ G. Teubner, "Fragmented Foundations. Societal Constitutionalism beyond the Nation State", en P. Dobner y M. Loughlin (eds.), *op. cit.* 2010, pp. 327-341, en particular, p. 329 (traducción propia).

²⁴ G. Teubner, "Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?", en C. Joerges, I-J. Sand y G. Teubner (eds.), *Constitutionalism and Transnational Governance*, Oxford, Hart, 2004, pp. 3-28.

"la autoconstitucionalización de órdenes globales sin un Estado" que habrían desarrollado sus propias normas constitucionales. La constitución de cada sistema social sería un proceso vivo de autoidentificación como tal con la asistencia del Derecho (p. 71). Como concluye este autor, "este tipo de Derecho constitucional, hecho con fragmentos globales, sería menos dependiente del poder de los Estados, menos marcado por las políticas estatales y las ideologías de los partidos políticos. Su independencia relativa, sin embargo, sería reemplazada por una nueva dependencia del poder específico de las constelaciones de intereses dentro de los fragmentos globales".²⁵ Si el constitucionalismo sólo puede ser aplicado a fragmentos de la sociedad global, la idea de una constitución global unitaria debe abandonarse para prestar atención a los conflictos entre fragmentos constitucionales. El derecho constitucional global sería únicamente un conjunto de normas que tendrían por objeto la resolución de conflictos interconstitucionales.²⁶

4. Los sujetos constitucionales transnacionales

El constitucionalismo societal, en cuanto teoría sociológica del constitucionalismo, supone un cambio importante en elementos básicos del constitucionalismo tradicional: en primer lugar, la constitución debe desconectarse de la estatalidad, lo que permite que regímenes específicos transnacionales puedan ser candidatos para la constitucionalización; en segundo lugar, la constitución debe ser desacoplada de la política institucionalizada, lo que permite también a otros ámbitos de la sociedad civil global ser candidatos a sujetos constitucionales; y, por último, la constitución debe dejar de ser un medio del poder para poder tener otros fines constitucionales.²⁷

La cuestión es, por tanto, según G. Teubner, quiénes pueden ser sujetos constitucionales transnacionales. Aunque se trata de una noción diseñada para el Estado nación también puede utilizarse para otros sistemas sociales de la sociedad civil y transnacional de carácter no estatal; en suma, para la institucionalización del sector privado. Para que esto sea posible, G. Teubner ha reconfigurado dos de los elementos tradicionales básicos que permiten reconocer la cualidad de sujeto constitucional: la distinción entre poder constituyente y poder constituido y la noción de identidad colectiva. En el primer caso, utiliza la teoría de sistemas de N. Luhmann²⁸ y explica la distinción como un fenómeno de comunicación social. El 'poder constituyente' sería 'el potencial comunicativo', "un tipo de energía social, literalmente como un 'poder' que, vía normas constitucionales, es transformado en 'poder constituido', pero que permanece como algo permanentemente irritante para el poder constituido".²⁹ En el caso de la identidad colectiva, Teubner postula la necesidad de abandonar la falsa promesa del

²⁵ G. Teubner, *op. cit.*, 2012, pp. 53-54 (traducción propia).

²⁶ *Ibid*, p. 13.

²⁷ *Ibid*, p. 60.

²⁸ Cfr. N. Luhmann, *Social Systems*, Stanford, Stanford University Press, 1995; y *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004; y C. Mattheis, "The Systems Theory of Niklas Luhmann and the Constitutionalization of the World Society", *Goettingen Journal of International Law*, 2012, vol. 4, Nº 2, pp. 625-647.

²⁹ G. Teubner, *op. cit.*, 2012, pp. 61-66.

constitucionalismo de transformar un grupo de individuos en un actor colectivo con una identidad colectiva, como pudiera ser el caso del Estado. Defiende que otros sistemas sociales se gestionan sin actor colectivo ni identidad colectiva sino a través de la ‘autofundación comunicativa’ con la organización no formal del sistema en su conjunto, como pone de manifiesto la *lexmercatoria* que facilita la constitucionalización del régimen transnacional sin necesidad de actores colectivos.³⁰

La conclusión de este autor es que son sujetos constitucionales transnacionales no sólo los Estados nacionales tradicionales sino también las organizaciones internacionales, los regímenes transnacionales e incluso sistemas sociales autónomos transnacionales (por ejemplo el ICAAN).

5. Las normas constitucionales transnacionales

G. Teubner defiende no sólo la juridificación de los regímenes internacionales sino también su constitucionalización. Es decir, distingue entre normas ordinarias y constitucionales y sostiene que los sujetos constitucionales transnacionales, incluidos los regímenes transnacionales, tienen capacidad para desarrollar normas constitucionales porque cumplen cuatro requisitos: tienen funciones constitucionales, existen espacios de constitucionalización, desarrollan procesos constitucionales y crean estructuras constitucionales.³¹

Las normas constitucionales de los sujetos constitucionales, como las de los Estados nación, desempeñan dos tipos de funciones constitucionales: constitutivas y limitativas. Cada constitución parcial tiene sus propias reglas constitutivas que constituyen el orden social autónomo correspondiente. Pero, además, tales sujetos constitucionales tienen también normas constitucionales limitativas para su conducta, para evitar un crecimiento patológico y para permitir la sostenibilidad del sistema.

Las normas constitucionales transnacionales proporcionan a los sistemas sociales en los que operan espacios (*arenas*) para garantizar la posibilidad de disenso y expresar la diferenciación interna de tales sistemas.

Asimismo, las normas constitucionales tienen por objeto regular los procesos que permiten la doble reflexividad de los sistemas sociales. La constitucionalización, afirma G. Teubner, “es primeramente un proceso social y sólo en segundo lugar un proceso jurídico”. Así, sólo será posible hablar de constitución de un sistema social cuando se dé en él la doble reflexividad: la reflexividad autoconstitutiva como sistema social, sea en el ámbito político, económico o en cualquier otro sector; y la reflexividad del Derecho para reforzar la autoconstitucionalización social.³² Sólo será posible hablar de una constitución de un sistema social si, además de las normas primarias que representan su juridificación, existen normas jurídicas secundarias que son las que proporcionan el carácter constitucional a tales sistemas. Una constitución “no puede ser reducida a un

³⁰ *Ibid*, 66-72.

³¹ *Ibid*, 73-123.

³² *Ibid*, pp. 103-105.

fenómeno jurídico o a un fenómeno social”. Es siempre un doble fenómeno que depende de la existencia de normas jurídicas secundarias que suplementan la reflexividad social y le dan estabilidad a las instituciones.³³

Por último, las normas constitucionales crean estructuras constitucionales para estabilizar las funciones y procesos en los espacios existentes en cada sistema social. El punto final de la constitucionalización de tales sistemas sociales es la creación de códigos constitucionales autónomos que se caracterizan por ser meta-códigos binarios e híbridos. Son meta-códigos porque operan en el meta-nivel por encima del código ordinario legal/ilegal. Son binarios porque su estilo de análisis es alternativo: constitucional/inconstitucional. Y, además, son híbridos porque son no sólo jurídicos sino que también tienen la naturaleza política, económica, cultural, educativa, etc. según las funciones del sistema social.

6. Los conflictos inter-constitucionales

El constitucionalismo societal proporciona una descripción de las relaciones transnacionales en el contexto de la globalización como fragmentos constitucionales, que tienen sus propia racionalidad, que funcionan de manera independiente y que, en la práctica dan lugar a conflictos constitucionales entre regímenes transnacionales con gran frecuencia. Tales conflictos suelen ser de cuatro tipos: normas de dos o más regímenes del mismo entorno son aplicables al caso (derechos humanos y derecho internacional humanitario); la posibilidad de que el tribunal de un régimen pueda aplicar normas de otro (el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC y normas de protección del medio ambiente); una misma controversia es planteada ante dos órganos de solución de diferencias de regímenes diferentes; y una interpretación diferente de una misma norma por órganos diferentes (CIJ y TPY respecto del grado de control del Estado para que le pueda ser atribuida la conducta de actores no estatales).³⁴

En la sociedad internacional, según G. Teubner, no hay una autoridad centralizada por lo que la resolución de conflictos entre regímenes sólo puede ser heterárquica y no jerárquica. La resolución de controversias heterárquicas se puede dar, según este autor, de dos formas: internalizando las disputas en las decisiones de los regímenes o externalizándolas por medio de negociaciones entre regímenes. El pluralismo constitucional necesita elegir entre estas aproximaciones meta-constitucionales para resolver tales conflictos. La primera opción refuerza la fragmentación dentro de cada régimen. Y la segunda, la externalización, exige un régimen de cooperación para su solución en el cual el papel del Derecho es estructurar procedimientos jurídicos y no jurídicos de cooperación que permitan la participación de otros intereses y de racionalidades divergentes.³⁵

Los conflictos más frecuentes son los conflictos entre regímenes transnacionales y los conflictos interculturales. En el caso de los conflictos entre regímenes transnacionales,

³³ *Ibid*, pp. 105-107.

³⁴ *Ibid*, pp. 150-151.

³⁵ *Ibid*, pp. 152-154.

dadas las limitaciones de las técnicas tradicionales tanto del Derecho internacional público como del Derecho internacional privado, G. Teubner propone la aplicación de un *orden público transnacional* que desempeñaría no sólo un papel correctivo sino también dominante, que su finalidad no estaría basada en buscar la ‘conexión especial’ o ‘la aplicabilidad inmediata’ sino el interés público global.³⁶ Este enfoque estaría dando lugar a un conjunto de normas sustantivas de Derecho constitucional transnacional que no sería aplicado por una autoridad jerárquica central a todos, sino por cada uno de los regímenes en sus correspondientes conflictos. El principio de este meta-derecho constitucional que tiene por objeto la resolución de conflictos inter-constitucionales sería el principio de sostenibilidad. El principio de sostenibilidad, más allá de la protección del medio ambiente, sería aplicable a las relaciones de todo tipo (sociales, naturales, humanas) entre regímenes y tendría una función limitativa. Y, además, dado el crecimiento de regímenes es necesario intensificar la sostenibilidad de cada uno de ellos reforzando la ‘solidaridad orgánica’ de cada uno de ellos hacia los demás.³⁷

IV. NO SIEMPRE MÁS CONSTITUCIONALISMO SOCIETAL ES MÁS CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL

La diversidad de aproximaciones sobre el constitucionalismo internacional demuestra, por un lado, la importancia del punto de vista, es decir, del enfoque metodológico utilizado; y, por otro lado, la diferencia de los resultados según la perspectiva de análisis utilizada. Todo ello es una prueba de que el constitucionalismo internacional es todavía un concepto ‘esencialmente controvertido’ sobre el que no existe una versión única.

No obstante, puede afirmarse que la constitucionalización de la comunidad internacional y del Derecho internacional está teniendo lugar ya; que el constitucionalismo internacional no es sólo una promesa para el futuro sino un enfoque metodológico y una agenda política para el presente con los propósitos de limitar, regular e institucionalizar el poder público y de contribuir a la protección de intereses generales de la comunidad internacional por medio del Derecho internacional público. El reto es examinar con mayor profundidad en qué consiste, qué consecuencias concretas tiene y explorar las posibilidades (actuales o nuevas) para dar forma jurídica en el Derecho internacional a los objetivos del constitucionalismo internacional.

El constitucionalismo internacional, si quiere ser relevante como un enfoque metodológico para la interpretación y la gobernanza de la comunidad internacional, necesita explicar y acomodar el pluralismo jurídico, político, social y ético que en ella existe. Una de las propuestas más radicales en este sentido es la del *constitucionalismo societal* examinada en este trabajo. La obra de G. Teubner en la que expone de forma sistemática el constitucionalismo societal es enormemente estimulante desde el punto de vista intelectual para los juristas. Mediante la apertura de la perspectiva de análisis a

³⁶ *Ibid*, p. 157.

³⁷ *Ibid*, pp. 171-173.

todos los sistemas sociales autónomos, sitúa a toda la sociedad en primer plano y no sólo al Derecho. Este cambio de punto de vista de la teoría social respecto a la ciencia jurídica ofrece una visión global que puede ayudar a comprender cuál es la posición relativa y las funciones del Derecho en la sociedad. En este sentido, se trata de una obra absolutamente recomendable para un jurista y el complemento imprescindible para otras concepciones más formalistas del Derecho. Ahora bien, en mi opinión, esta concepción del constitucionalismo tiene importantes inconvenientes para el Derecho internacional.

El constitucionalismo societal tiene por objeto cualquier sistema social autónomo, tenga carácter público o privado. La ampliación del constitucionalismo societal a los órdenes sociales privados, que tienen una racionalidad diferente a la de los públicos, entraña importantes riesgos para la autonomía, la unidad y la universalidad del Derecho internacional público. En primer lugar, algunos casos de constitucionalismo societal, en particular, aquéllos en los que no se ejerce poder público sino que son sistemas sociales de carácter privado, pueden suponer un fuerte embate a la autonomía del Derecho internacional ya que su racionalidad depende de la defensa de intereses particulares. En estos casos, tales intereses privados ven el Derecho como un instrumento más para conseguir sus propios objetivos y en ningún caso como un ordenamiento autónomo del que se derivan límites. Esta preocupación encuentra eco en el propio G. Teubner que se pregunta si, en estos casos, el Derecho podrá mantener su autonomía.³⁸

En segundo lugar, el constitucionalismo societal, entendido como un conjunto de fragmentos constitucionales que tienen su propia racionalidad, pone en cuestión la unidad del Derecho internacional y no sólo por su conclusión de abandonar la idea de una constitución global. En mi opinión, los sistemas sociales autónomos y sus constituciones fragmentarias operan en un sistema global que, teniendo en cuenta su evolución, su grado de sociabilidad y la existencia de intereses colectivos cualitativamente diferentes de los intereses estatales, lo podemos calificar como una comunidad internacional.³⁹ Algunas de las relaciones que en ella se dan están reguladas por el Derecho internacional, en el que se pueden identificar algunas normas primarias y secundarias que por su contenido y funciones podemos calificar como constitucionales.⁴⁰ Estas normas constitucionales proporcionan la unidad del Derecho internacional. El propio Teubner, ante la dificultad de resolver los conflictos entre regímenes internacionales propone la aplicación de una especie de 'orden público transnacional' basado en el interés público global que pueda ser aplicado por encima de los diferentes regímenes.

³⁸ *Ibid*, p. 54.

³⁹ Vid. el estudio interdisciplinar de Derecho internacional público y de Relaciones Internacionales de la doctrina española coordinado por C. García y E. Vilariño, *Comunidad internacional y sociedad internacional después del 11 de septiembre de 2001*, Gernika, UCM/UPF/UPV, 2005.

⁴⁰ A.J. Rodrigo y C. García, "La vuelta a la teoría por medio del diálogo científico", en la obra de la que son editores, *Unidad y pluralismo... op. cit.*, 2011, pp. 28-40; también M. Aznar, "En torno a la unidad sistémica del Derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2007, vol. LIX, nº 2, pp. 563-594.

En tercer lugar, la consideración de los sistemas sociales como autónomos regulados por normas constitucionales de carácter constitutivo y limitativo parece incompatible con la existencia de normas universales obligatorias para todos los sujetos y aplicables en todos los regímenes internacionales. En la ciencia del Derecho internacional, estos sistemas sociales constituyen los denominados regímenes internacionales y es opinión dominante que tales regímenes sólo tienen una autonomía limitada. Una de las principales características de los regímenes autónomos "es su intención de excluir totalmente la aplicación del Derecho internacional general sobre la responsabilidad del Estado, en particular el recurso a las contramedidas por un Estado lesionado".⁴¹ Pero, como afirma A. Remiro, si un régimen es autosuficiente no es internacional porque está en contra de su propia naturaleza y porque su validez y continuidad depende tanto de las normas generales primaria y secundarias del Derecho internacional general, incluidas las de *iuscogens*.⁴² Son estas normas universales obligatorias las que resultan aplicables para completar un sistema social, un régimen internacional, en casos de fracaso del mismo y para establecer los límites formales y sustantivos a dichos sistemas sociales.

En cuarto lugar, la concepción del constitucionalismo societal de G. Teubner distingue entre la juridificación de un sistema social, que depende de la creación de normas primarias, y la constitucionalización del mismo, que la proporciona la existencia de normas secundarias. Hacer depender el carácter constitucional de los regímenes transnacionales de la existencia de normas secundarias es reducir la constitución a una concepción únicamente formal y procedimental de la misma. Más allá de cada sistema social, más allá de cada 'fragmento constitucional' existen normas de carácter sustantivo que protegen valores esenciales de la comunidad internacional, que tienen carácter constitutivo para dicho régimen y una función limitativa para todos los regímenes transnacionales. El derecho internacional constitucional no puede quedar reducido a un conjunto de meta-normas que tengan por finalidad resolver los conflictos entre fragmentos constitucionales.

Y, por último, el constitucionalismo societal, en cuanto herramienta analítica, tiene por motivos ya señalados importantes limitaciones para explicar la dimensión jurídica de los "fragmentos constitucionales" tanto respecto a cada uno de ellos como, sobre todo, respecto a las relaciones que mantienen entre ellos en un marco más general como es el de la comunidad internacional. El constitucionalismo societal tiene, fundamentalmente, un carácter descriptivo de un conjunto de "fragmentos constitucionales" que pueden ser interpretados también como un indicio de la necesidad de intensificar y adaptar el constitucionalismo internacional.

En suma, el pluralismo radical del constitucionalismo societal da como resultado un universo de fragmentos constitucionales que tienen su propia racionalidad, en algunos casos difícilmente compatible con el interés público internacional. Esta pluralidad de fragmentos constitucionales no siempre supone un refuerzo del constitucionalismo

⁴¹ B. Simma y D. Pulkowski, "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *EJIL*, 2006, Vol. 17, N° 3, pp. 483-529, en particular, pp.493 y 495.

⁴² A. Remiro, "La noción de regímenes internacionales en el Derecho internacional público", en A.J. Rodrigo y C. García (eds.), *op. cit.*, p. 169.

internacional ya sea en su dimensión sustantiva o sea en la dimensión formal. Como se acaba de señalar, en algunas ocasiones existe el riesgo de que más constitucionalismo societal sea menos constitucionalismo internacional.