



# HACIA LA GENERALIZACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA INTERNACIONAL

TOWARDS THE GENERALIZATION OF INTERNATIONAL DEMOCRATIC PARTICIPATION

FABIÁN LILLO BARRA

## ABSTRACT

Al entender que el Derecho internacional responde a una realidad de poder cristalizada en premisas normativas positivadas nos permite hacer un análisis respecto a cómo este actúa materialmente y qué supuestos da por hecho para lograr con sus cometidos. En oposición a esto, se hace un análisis respecto al Derecho internacional de los derechos humanos y cómo estos responden históricamente a dinámicas de opresión, y que, al contrario del Derecho internacional público, no está condicionado a resguardar una realidad en dinámica teleológica, sino que a habilitar un sistema que justifique sus propias premisas por medio de interacciones dialécticas. Por esto se busca una forma de conciliar el poder material, el sistema normativo formal en sus diversos niveles y la función habilitante de los derechos humanos.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho internacional de los derechos humanos - Derecho Internacional Público - Argumentación Jurídica - Gobernanza multinivel - Constitucionalismo Cosmopolita - Dinámicas de poder.

## INTRODUCCIÓN

Frente a un mundo donde la participación social y política está directamente ligada a la idea de derechos humanos (desde ahora DDHH), es de vital importancia entender cómo las condiciones materiales de los sujetos de estos derechos deben ser garantizadas para llegar a una generalización de estos. Si entendemos que los DDHH tienen como garante a los Estados por medio de los mecanismos establecidos por el régimen contemporáneo internacional con pretensión universal, entramos en un conflicto debido a la naturaleza material fáctica que rige las premisas normativas del Derecho internacional público (desde ahora DIP). Se hace un análisis respecto a cómo los DDHH funcionan como habilitantes en la discusión jurídica, separando el ámbito de descubrimiento y justificación en el derecho, acompañado por un examen respecto si se dan las condiciones en el ámbito internacional para que esta habilitación sea efectiva. Se plantea la necesidad de volvernos a enfocar en el fundamento de los derechos, comprendiendo que las dinámicas cristalizadas en el DIP responden a una realidad distinta. Es necesario entonces pensar en un sistema que permita la justificación discursiva por medio de los DDHH en el concierto supranacional dando sentido a su estructura en los distintos niveles.

## II. DEL DERECHO INTERNACIONAL EN GENERAL

En el presente trabajo entenderemos como Derecho internacional público al conjunto de normas y principios que rigen a sus sujetos para asegurar su coexistencia y facilitar su cooperación recíproca, enmarcado como un correlato jurídico hacia la comunidad internacional. Esta definición considera la naturaleza normativa sobre los sujetos de Derecho internacional

público, además de reconocer la naturaleza histórica y práctica que tiene el DIP que se explicará más adelante.

El DIP posee un carácter excepcional en muchas materias —como sus sujetos, forma de aplicación y fuentes—, pero como Derecho que es, este no aparece ni se moldea de forma espontánea, ni es inmutable ni atemporal, el Derecho responde y se adapta a las sociedades, y este Derecho responde a la comunidad internacional. En esta misma línea, Georg Shwarzenberger (1960) nos indica con claridad “la comprensión de las funciones que realiza cualquier sistema legal, nacional o internacional, reside en la estructura de su fondo social”.

Durante su evolución el Derecho internacional ha vivido un cambio en su paradigma, ingresando como sujetos de sí las organizaciones internacionales y las personas. Esto genera un modelo de sujetos actuando en desigualdad con pretensiones y objetivos distintos.

Es de mayor relevancia en el contexto moderno reconocer que el Derecho internacional (desde ahora DI) importa cierto nivel de esperanza para una sociedad que desde el siglo XX se ha mostrado vertiginosamente violenta, o al menos así para quienes creen en una sociedad donde la vida humana y su desarrollo en sociedad es aquel fin por el cual el Derecho existe, pero esta esperanza se nubla rápidamente con el hecho de conocer sobre las situaciones actuales, donde la realidad supranacional no se condice con lo que uno espera sea el objetivo de las normas con alcance internacional. Expresándose también, de forma un poco más inadvertida con el auge de discursos anti-DDHH, despolitización y desconexión institucional con las comunidades locales también ponen en jaque la integridad del DI.

El Derecho internacional parece ser el único sistema lo suficientemente capaz de hacer frente a grandes problemáticas del siglo XXI —como el cambio

climático, el terrorismo internacional o dinámicas de opresión económica de origen privado transnacional—. Pero mientras no avancemos a una generalización de los derechos de participación teniendo en cuenta las dinámicas de poder real de los participantes del concierto supranacional, no podemos avanzar en un sistema que responda a las realidades contemporáneas por medios justificables y no a la mera cristalización de dinámicas de poder.

### III. DOCTRINA, DISCURSO, DEMOCRACIA

El Derecho internacional, a pesar de su carácter excepcional en muchas materias, sigue correspondiendo a una rama del Derecho, que como expresamos más arriba, no existe en el vacío ni un espacio atemporal.

La idea del Derecho internacional —para el canon mayoritario— nace como una respuesta a los Estados modernos (sin perjuicio de la existencia de normas pre-estatales existentes entre proto Estados), que en ejercicio de su soberanía formal eran capaces de llegar a acuerdos, tratados y resolver conflictos de forma pacífica, evitando por medios normativos legales llegar a usar autotutela como medio para hacer cumplir sus pretensiones, positivando así desde sus necesidades en 1) una esfera social, en el contexto de la conformación de los Estados-Naciones y la superación del feudalismo europeo; y 2) como económicos en cuanto a una eficiencia para el comercio y la consolidación de un centro de poder económico conciso dentro de la comunidad europea medieval, entrega claridad Schwarzenberger:

Directo era el interés de los príncipes, empapados en concepciones mercantilistas del comercio internacional, en concluir tratados comerciales con las potencias extranjeras. El propósito de estos tratados era

lograr una apreciable libertad de comercio. Aunque las normas empleadas para asegurar este fin variaban de acuerdo con las circunstancias, las normas de tratamiento consuetudinario, recíproco, nacional y de nación más favorecida que surgían resultaban razonablemente estables.

### 3.1. Del Contexto de Descubrimiento y Justificación

Entonces podemos decir que, en primera instancia, la configuración del Derecho internacional y la conformación de los Estados como agentes de este responde al perfeccionamiento doctrinal de las normas según las necesidades específicas de la época, así concretizando su poder de forma directa con sus subordinados y manteniendo una posición de poder relativo frente a terceras fuerzas institucionales emergentes —siendo este el contexto de descubrimiento del Derecho internacional—. Al final de cuenta, esto implica que es una respuesta a un fenómeno social específico que nos provee premisas normativas hacia la comunidad internacional siendo un reconocimiento positivo de una subordinación de hecho.

En respuesta a esto, con la conformación de los Estados-Nación como base institucional, encontramos el origen de los derechos humanos como los conocemos, ocurriendo un proceso denominado positivación, donde se transforman los derechos morales que responden a antiguas concepciones naturalistas (en primer lugar religiosas) que justifican el cambio orgánico-político de la época incluyendo la conformación del Estado como reflejo de una cesión de derechos preexistentes y la irrupción de los derechos políticos para la naciente burguesía —consolidando un control político frente a la figura estatal asegurando su naciente poder económico—.

El proceso de positivación transforma esta realidad cristalizándola positivamente, abandonando el origen naturalista, para que ahora la validez se encuentre en el reconocimiento dentro de un mismo sistema normativo, y que donde gracias a la necesidad de dotar con ideas a los derechos, se origina un sistema democrático liberal. Es dentro de este contexto que encontramos a los derechos civiles de participación que van a habilitar a los sujetos para ser partícipe del Derecho y moldear la institucionalidad de lo que es a lo que debe ser (sin perjuicio de los límites nacientes del constitucionalismo), o al menos así en términos formales. Esto se acompaña de un proceso de generalización de derechos que busca eliminar las contradicciones de hecho preexistentes, acercando al poder político a aquellos subordinados bajo la sociedad burguesa, expresándose claramente en el derecho de asociación y el sufragio universal, teniendo como consecuencia lo siguiente:

La incidencia de esa participación en la formación de los órganos públicos encargados de expresar la voluntad estatal, a través del Derecho, y también permitirá superar la idea excluyente de que en la formación del interés general debían participar solamente los sectores económica y culturalmente independientes.

Esto a su vez legitima y justifica la aparición de los derechos económicos, sociales y culturales como respuesta a la subordinación política y económica de la misma sociedad burguesa. Se entiende que para asegurar un efectivo funcionamiento de los derechos civiles y políticos se necesita una sociedad con una seguridad económica suficiente para satisfacer necesidades básicas de todos los sujetos del Derecho y, a su vez, para asegurar condiciones

económicas básicas se necesita habilitar a las personas con derechos políticos para velar (y argumentar) a favor de sus intereses materiales, intentando así purgar las dinámicas de hecho a la que las premisas formadoras del sistema jurídico responden.

Esta distinción del contexto de descubrimiento y justificación del Derecho Internacional y el doméstico, si bien engorrosa, permite distinguir cómo se crean las premisas normativas formadoras de ambas ramas, donde por un lado tenemos una realidad fáctica a nivel internacional, donde el poder político está inseparablemente relacionado con la capacidad normativa del sujeto, puesto a que la política cristaliza, contraría, se adelanta, integra, matiza, confirma e incluso habilita la aplicación de las premisas normativas existentes, como respuesta de situaciones de hecho y a favor de quien posea el mayor capital político y perpetuando este mismo. De forma paralela en el Derecho doméstico intenta generar una justificación lógica de sus premisas — de nuevo, de forma primordialmente formal—, a través de la participación política de sus sujetos.

Es aquí donde radica un problema. La idea de los derechos como habilitantes políticos existe en un nivel primordialmente estatal, responden a la idea de Estado y están enraizados a ellos. Esto se plantea como especialmente problemático cuando notamos que la institucionalidad internacional no solo no siempre responde a la figura de Estado, sino que además es sumamente complicado la creación de normativa redistributiva de este poder político frente a entidades con concentración de este desde sujetos de Derecho internacional formalmente iguales, pero materialmente subordinados. Prevalece de hecho la “idea excluyente de que en la formación del interés general debían participar solamente los sectores económica y culturalmente independientes”.

Existe el proceso de internacionalización que busca por medio de cuerpos legales que residen en la misma voluntad de los Estados obligarse, garantizar, proteger y establecer derechos para con las personas bajo el alero del Estado firmante. Si bien se logra la creación de la Organización de Naciones Unidas y otros organismos regionales, la protección de derechos es intra-Estatal, y las Organizaciones Internacionales creadas no van más allá de una igualdad y coordinación formal (y ni siquiera necesariamente).

### 3.2. Problemas con el Discurso

Al pensar el desarrollo de los DDHH como una respuesta ante dinámicas de subordinación que habilitan a los sujetos para participar en el debate normativo, se abre puerta a una justificación de la premisa normativa positiva por medio del discurso democrático validado formalmente por derechos políticos y realmente acreditados por derechos que aseguran una posición de poder material real al general de la población. Esta realidad se ha observado en cuanto al Derecho doméstico, pero en el DIP nos encontramos con un problema en tres distintos niveles.

A. Los argumentos en el discurso no afectan a la realidad normativa: Atienza nos habla de cómo la argumentación sirve como un suministro para los criterios para la producción del Derecho mismo y en conjunto también con el argumento prelegislativo —de índole político o moral—, derivan en la producción del Derecho en el debate legislativo. El cual volverá a ser analizado, sistematizado, ordenado y se tendrá en consideración su modo de aplicación por la misma dogmática argumentativa. Tomando esto en consideración e intentando extrapolar la idea al Derecho internacional, necesitamos prescindir del *legislador* en sentido estricto —pues no existe un congreso internacional—, pero en favor del argumento reemplazamos la idea por la de aquella entidad por la cual se desprende una norma de

aplicación o al menos pretensión universal. Teniendo esto en cuenta, la realidad internacional moderna funciona de tal manera que es la dinámica de poder lo que prevalece frente a conflictos o lagunas.

B. Los argumentos no se adaptan a la dogmática jurídica: En complemento a lo anterior Alexy nos habla de una pluridimensionalidad de la dogmática jurídica, en cuanto a su aplicación:

La dogmática tiene entonces tres tareas: (1) el análisis lógico de los conceptos jurídicos, (2) la reconducción de este análisis a un sistema, y (3) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas.

Además de plantear condiciones mínimas para que la dogmática se adecúe al argumento expresado. 1) Los argumentos deben estar basados en enunciados y no en *actividades*; 2) no deben ser meramente descriptivos de las normas; 3) tienen que formar un *todo coherente*; 4) funciona dentro de un marco de ciencia del Derecho institucionalizada; 5) tienen contenido normativo. Siendo las 5 condiciones necesarias, en el ámbito internacional, lo que se expresa positivamente en un principio tiende a ser descriptivo de situaciones de hecho como previamente se planteó, y más aún, es de gran dificultad formar un *todo coherente* con el Derecho doméstico, puesto que se justifica en premisas distintas.

C. No existen siquiera condiciones que permitan una relación de diálogo: Incluso si calamos más hondo, bajo la teoría de la acción comunicativa de Habermas, se entiende que una argumentación puede ser razonable sólo si se da por hecho las condiciones ideales del habla, para la construcción de

enunciados que se consideren “verdaderos”. Condición que desde el inicio real del Derecho internacional moderno se incumple al ser una positivación de una subordinación. Puesto que el poder político de los Estados no solo significa una presión real (coacción interna) si no que con el tiempo logra por medio de cuerpos normativos vinculantes como la costumbre internacional, modificar el estándar de vista *ex-ante* discusión del subordinado (coacción interna).

Teniendo estos tres puntos en consideración, no es posible concluir que la normativa que conforma el Derecho internacional sea realmente fruto de la justificación de sus premisas por medio de un sistema democrático auto legitimante. El Derecho internacional resulta como la expresión descriptiva de la realidad fáctica internacional intentando subsistir por su cuenta, cuyas premisas no se adaptan a un piso mínimo para justificarse dentro de su mismo sistema.

¿Esto implica la inutilidad del Derecho internacional? En absoluto no. El Derecho internacional existe, se sabe y se puede estudiar de forma positiva y sociológica, el problema no está relacionado con el ser del Derecho internacional, sino con su deliberada incapacidad de poder ser lo que *debe ser* según la expansión esperada de los derechos que intenta conferir a través del DIDH. El punto aquí —y que cualquier persona puede intuir sin leer lo planteado en este título— es que el Derecho internacional como lo conocemos es fundamentalmente antidemocrático. E incluso podemos decir que el Derecho internacional contemporáneo es un sistema teleológico que no responde a funciones ni premisas previas, sino que se condice con una función *ex-post* de origen histórico respecto a facilitar las dinámicas de poder en el mundo moderno.

#### IV. INSTITUCIONALIDAD INTERNACIONAL Y SOCIEDAD CONTEMPORANEA

El Derecho internacional tiene dos funciones teleológicas que podemos desprender de lo descrito de él hasta el momento, 1) Rigen a los sujetos para asegurar su coexistencia; 2) buscan facilitar la cooperación recíproca de los sujetos. Estas características representan un correlato directo a la conformación originaria del Estado en la modernidad que se han nombrado previamente, donde tenemos 1) una dimensión orgánica de Estados formalmente iguales y coordinados buscando constituirse normativamente; y 2) una dimensión funcional, donde el Estado busca cumplir funciones respecto a los intereses de donde recaiga su soberanía.

Esta realidad es expresada a través de un modelo realista hipotáctico, en el cual muestra el estadio inicial en el cual emerge el Derecho internacional. Emiliano Buis nos plantea esta fase pre-westfaliana de forma que concuerda con lo que mencionamos en el título anterior:

Hallamos un derecho escasamente sistematizado, carente de un fundamento teórico-científico (no existía una doctrina que lo describiera y explicara) y con un carácter esencialmente particular: se trataba de normas que carecían de validez universal pero que, en los vínculos entre comunidades vecinas, generaban derechos y obligaciones (en general a través de tratados bilaterales) para las partes involucradas, de acuerdo con las capacidades que cada una de ellas tenía para persuadir, defender sus intereses y proyectar sus puntos de vista.

Pero este Derecho que regulaba concentraciones de poder político prontamente se empezaría a cristalizar, y para poder ejecutarlo de manera eficiente era necesario garantizar la subsistencia orgánica Estatal, donde el poder político bruto ajeno no represente una amenaza para el ordenamiento jurídico del Estado. Entonces se genera el modelo paratático westfaliano, donde gracias a un ejercicio de ficción, se considera que los Estados son formalmente iguales, pudiendo ejercer su soberanía interna de forma ilimitada y no permitiendo medidas de *enforcement*, consolidando su capacidad jurídica para obligarse internacionalmente por medio de fundamentaciones voluntaristas justificadas en un sustrato natural que intenta justificar a los Estados en entidades soberanas.

Es frente a este poder ilimitado interno que existe dentro de los Estados que la noción de derechos nace como se explicó previamente, a través de un proceso de positivación y generalización, que habilita y transfiere la soberanía de la burguesía al pueblo o a la nación.

La ficción absoluta del paradigma westfaliano falló abruptamente. La idea de una sociedad formalmente de iguales, sin ningún tipo de *enforcement*, ni normativa coercitiva de ningún tipo, sumado al poder político fáctico existente y legitimado por la validez interna del Estado fue la fórmula perfecta para las atrocidades cometidas en la segunda guerra mundial. Respecto a la sociedad de las naciones, la falta de una base objetiva, y el sustento voluntarista de los Estados de igual manera influye en la falta de medidas que previeron de manera efectiva la guerra y sus costos humanos.

Los Estados que no estaban de acuerdo con el modo en que la Sociedad llevaba adelante las

negociaciones y regulaba las relaciones interestatales abandonaron su membresía y dejaron de lado las obligaciones asumidas. Ya no había un ordenamiento institucional sólido capaz de impedir un nuevo enfrentamiento armado de proporciones universales.

Koskenniemi nos presenta una explicación para este fenómeno. El Derecho tiene que fijarse en algo tangible, real, para poder evitar el subjetivismo jurídico y construcciones ilegítimas, en este momento se apelaba a la voluntad de los Estados. Ocurre que gracias al ejercicio ficticio de ignorar la realidad política que rodeaban a los Estados quedándonos solo y únicamente con una igualdad formal, además sin capacidad coercitiva, el Derecho deviene en ser sustantivamente utópico —entendido como ineficacia real—. El Derecho pierde su objetivo normativo y responde meramente a un *deber ser* aparente al liberarse de la lógica fáctica de subordinación, pero carece de potencial de concreción.

Finalmente llegamos al modelo contemporáneo internacional donde se puede definir como un sistema de coordinación y subordinación. En el cual se mantiene un sistema de contrapesos basado en el sistema westfaliano, reconociendo una igualdad formal entre los Estados para poder proteger jurídicamente su existencia, pero a la vez reconociendo el poder político y creando mecanismos con facultades coercitivas aplicables a los Estados a través del florecimiento institucional de las organizaciones internacionales como sujeto del Derecho internacional.

En esta misma línea es la Organización de Naciones Unidas la cual gracias a su pretensión de universalidad actúa como velo normativo internacional que ordena en gran medida ambas funciones del Derecho

internacional público (orgánica y funcional), a través de sus funciones que son el 1) mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; 2) fomentar las relaciones de amistad entre las naciones y 3) la cooperación internacional en la solución de problemas comunes, o sea básicamente resguardar el bienestar de los Estados y permitir las funciones del Derecho internacional público. La Organización de Naciones Unidas reconoce y perpetúa el poder político-militar existente en el momento de formación de manera explícita, reconociendo en su órgano más importante (pues es quien comparte la función de la organización misma, la conservación de la paz; además de generar resoluciones vinculantes) que es el Consejo de Seguridad, la figura de miembro permanente, siendo 5 Estados de los 15 pertenecientes del Consejo que no están a disposición democrática de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y que poseen capacidad de veto para las resoluciones aquí discutidas, con capacidad de concreción real de sus normas a partir de poder coercitivo. Estos 5 Estados son aquellos que expresaron su poder político beligerante durante la guerra, y en uso de este mismo, lo cristalizaron jurídicamente.

Podría argumentarse que, en realidad, todo el esqueleto institucional creado por la ONU tiene como base la voluntad concurrente de los Estados que, manifestando su consentimiento, se han obligado por la Carta, pero también es cierto que dicho acuerdo universal ha sido preparado y presentado a la comunidad internacional por los pocos Estados que, triunfantes en la guerra, pretendían conseguir el apoyo universal para ocupar un lugar de privilegio en la discusión de los asuntos de incumbencia para todos.

Entendemos entonces lo que algunos han llamado un sistema de cuasi subordinación, donde si bien existe un sistema “democrático” paratáctico en la asamblea general de las Naciones Unidas, existe un contra-relato donde prima la concentración de poder localizada en la Comisión de Seguridad, expresada en la concreción prioritaria de sus intereses y la posibilidad de negación de la correcta aplicabilidad del mismo Derecho cuando se les contraría a los mismos. Siendo entonces, por la capacidad coercitiva del Consejo, éste un tercero que subordina bajo su poder a otros Estados.

Teniendo esto en consideración, tenemos que considerar una tercera irrupción dentro de la subjetividad internacional —posterior al Estado y al Organismo Internacional—, que trae a la mesa a la misma persona humana como entidad capaz de percibir derechos y deberes internacionales.

Hoy día los individuos pueden ejercer derechos establecidos por el derecho internacional y acceder a instancias internacionales para el ejercicio y amparo de tales derechos; igualmente las personas pueden ser responsables de crímenes definidos por el derecho internacional y castigados por tribunales que aplican ese derecho, todo lo cual no es sino una constatación de atributos propios de la subjetividad internacional.

La irrupción de la subjetividad internacional del individuo obedece, desde luego, a la importancia y desarrollo que ha adquirido en los últimos años el derecho internacional de los derechos humanos.

Así es como el Derecho internacional se fragmenta, generando la ramificación del Derecho internacional de los derechos humanos (desde ahora DIDH), definido por Villán Durán de la siguiente forma:

Sistema de principios y normas que regula la cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el respeto a los derechos humanos universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismo para la protección de tareas derechos, los cuales se califican de preocupación legítimas de intereses fundamentales de la comunidad internacional.

¿Por qué es importante tener en cuenta esta definición? De aquí podemos desprender dos elementos esenciales para esta investigación, 1) la posición principal de los Estados como garantes, a pesar de sus condiciones de desigualdad material; 2) que esto sea guiado por medio de los intereses fundamentales de la comunidad internacional.

Como expresamos anteriormente, los derechos humanos o fundamentales nacen de manera intraestatal y corresponden a una respuesta a la subordinación política que implicaba, en primera instancia, las sociedades dentro del mismo cuerpo estatal. Esto primero de la mano de la incipiente burguesía en la modernidad, como luego del trabajador posterior a un proceso de generalización de los derechos, acercándonos a una igualdad material como garante de una igualdad formal y viceversa, habilitando al sujeto para participar en el poder político como estableciendo límites en su ámbito de aplicación.

A este proceso se le suma el proceso de internacionalización, que como expresamos previamente permite generar garantías a nivel internacional y expandirse en búsqueda de establecer estándares bajo distintos Estados. Se acompaña igualmente de un proceso de especificación que subsidia y actualiza el catálogo de derechos en vista del sujeto que se ve en una situación particular.

Entonces, desde la definición de Derecho internacional de los derechos humanos podemos de igual manera desprender un elemento de vital importancia, la primacía de la figura Estatal. No se plantea de cualquier forma, pues se reconoce —y se tiene que reconocer para ser coherente— la desigualdad real de poder que tienen los Estados, esto debido a que la idea de derechos responde de forma inicial a una subordinación producto de una concentración de poder. Es así como a través de su coordinación y normativa podemos dibujar la injerencia de organismos garantistas como órganos judiciales y de monitoreo, que se apoyan en una igualdad formal en el Estado, que buscan controlar las consecuencias de sus diferencias materiales *ex-post*.

Pero se hace evidente que existe una tensión entre la injerencia de los derechos conferidos por el Derecho internacional de los derechos humanos que ordenan un *deber ser* de un DIP que regula un *ser*. Es problemático, tanto para el Derecho interno como para la externalidad estatal el choque entre la funcionalidad pretendida y expansiva de los derechos frente al poder fáctico de diversos cúmulos de poder.

#### 4.1. El Problema Externo

El Derecho internacional público tiene por objetivo abogar por la subsistencia de sus sujetos, del cual responde con mayor fuerza la figura estatal. Esta forma de poder soberano producto de la modernidad responde a una dinámica de poder específica que no necesariamente se replica de la

misma manera hasta el día de hoy. Es innegable la existencia de su poder y capacidad coercitiva, pero el sistema legal que regula este poder no solo recae en la necesaria protección orgánica estatal, sino que es también miope en la integración de otras realidades normativas y fácticas que influyen en el concierto más allá de las fronteras. La generación orgánica de los organismos internacionales depende necesariamente de la fuerza ya institucionalizada del Estado, reconociendo un rol subsidiario del DIDH y de los mecanismos que buscan garantizarse, en esta misma línea Escobar caracteriza primeramente a este sistema de la siguiente manera:

1° Son sistemas de protección del individuo en sí mismo considerado, en su relación con el Estado y, en principio, tan solo frente al Estado. Las obligaciones de garantía de los derechos se dirigen, por tanto, al Estado y son las actividades imputables al Estado directa o indirectamente las sometidas a control y supervisión internacionales. No obstante, hay que destacar que en los últimos años se viene suscitando la problemática de la protección frente a actos propios de los particulares, aunque sin que ello se haya plasmado en normas específicas.

2.° Los sistemas internacionales son subsidiarios respecto de la protección de los derechos humanos a nivel interno y, por consiguiente, sólo operan tras la actuación de los sistemas internos. (...)

Y en adición a esto, en un texto más reciente, Pastor y Acosta nos plantean que en los diversos sistemas ya existentes de derechos humanos se

sigue igualmente la misma lógica, de forma positiva e inserta en la orgánica de las organizaciones:

En la actualidad existen cuatro sistemas diferentes. Por una parte el sistema, de pretensión universal, que se configura en el marco del aparato de Naciones Unidas y, por la otra, los sistemas regionales que se insertan en el marco del Consejo de Europa (CE), la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Organización para la Unidad Africana (OUA). Dichos andamiajes se caracterizan por:

- a. Ser sistemas de protección del individuo frente al Estado.
- b. Ser subsidiarios.
- c. Estar insertados en el marco de organizaciones internacionales. (...)

Con esto en consideración podemos problematizar en dos niveles siguiendo la idea de los derechos humanos como habilitantes para la justificación orgánica del sistema normativo.

A. Si damos por hecho que es el Estado aquel sujeto preponderante en la ecuación, y, por tanto, quien tiene las obligaciones de responder frente a este sistema, es necesario que el Estado sea capaz de justificar sus premisas normativas en el mismo. Esto por medio de una realidad democrática que permita condiciones ideales de diálogo interestatal, pues es gracias a su relación paratáctica formal que estos sistemas son construidos por medio de su *ius tractum*, lo que justifica su exigibilidad por medio del principio normativo del *pacta sunt servanda*. Si esto no ocurre de esta manera,

simplemente se seguirán premisas de hecho instauradas por la desigualdad material de los Estados. Es necesario un proceso de generalización de los derechos de los Estados, como paralelismo al proceso de generalización de los derechos de las personas dentro del Derecho doméstico, para asegurar un tránsito de una realidad normativa de fuerza a una realidad normativa de Derecho.

B. Contemporáneamente los cúmulos de poder o fuerza que representaban primordialmente los Estados, en los tiempos presentes no monopolizan el concierto de dinámicas de dominación. Realidades fácticas como el poder económico de las empresas supranacionales o el poder bélico del terrorismo internacional son ejemplos de ello. En complemento de esto, de igual manera las consecuencias materiales fácticas derivadas de entidades no tangibles distintivas del tiempo contemporáneo como puede ser el cambio climático, la inmigración o la desinformación masificada tampoco responden a la figura de Estado como responsable de la violación de los derechos afectados por estas fuerzas, y cada Estado es incapaz de garantizar su protección por sí mismo.

Es en razón de lo anterior que debemos volvernos a preguntar por el origen de los derechos fundamentales. El canon pragmático-escéptico que nos propone Bobbio responde nuevamente a una foto inamovible de las dinámicas de dominación. Entendiendo que su fundamento es 1) impráctico, pues históricamente no se ha correspondido el fundamento absoluto de los derechos con su aplicación, sino con una realidad política; 2) una discusión superada gracias a la Declaración Universal de Derechos Humanos. El punto primero de Bobbio se derrumba con el punto A desarrollado en el párrafo previo al anterior, pues aún dentro de lo planteado en esta concepción, es imposible llegar a un control jurídico-político en contra de las

concentraciones de poder ya cristalizadas sin prescindir del mismo sistema que garantiza los derechos; mientras que el punto segundo de Bobbio se cae por lo planteado en el punto B en el párrafo anterior, pues la Declaración Universal de los Derechos Humanos, subsumida en el régimen legal de las Naciones Unidas responde a la idea fija de Estado-Organismo-Individuo, el cual es insuficiente. Esto ha hecho que la caída pragmática de los derechos nos deje solo con el escepticismo respecto a lo fundamental de los derechos, facilitando discursos contrarios a ellos.

#### 4.2. El Problema Interno

Existe una incompatibilidad entre la realidad del Derecho interno basado en su propia justificación por medios discursivos-democráticos que reafirman o intentan acercar la igualdad material y formal de los sujetos, teniendo como habilitantes a los mismos derechos fundamentales, frente al Derecho teleológico del Derecho internacional público.

Piattoni (2019), en el marco del estudio de la integración europea, distingue tres premisas respecto de la relación Estado y las formaciones subnacionales en su configuración anterior al proceso de integración europea, en las cuales se puede observar una clara preponderancia de la fuerza interestatal regida por el DIP por sobre los mecanismos nacionales intraestatales.

Habían tres argumentos (*contentions*) sobre el intergubernamentalismo liberal: (I) Que los gobiernos podrían efectivamente custodiar la compuerta centro-periferia, así decidiendo a qué formaciones subnacionales se les podría dar el derecho de representarse por sí mismas en el proceso político de la

Unión Europea como portadores de intereses distintivos legítimos; (2) que ellos (los gobiernos) podrían custodiar la compuerta Estado-Sociedad, así reteniendo el poder de seleccionar que grupos sociales podrían ser enlistados como portadores legítimos de intereses privados o colectivos; y (3) que ellos (los gobiernos) podrían custodiar la compuerta doméstica-extranjera, así funcionando como los únicos representantes legítimos de los intereses domésticos, sea cualquiera su nivel o naturaleza.

Entonces se produce una pugna respecto a cuál debería ser la influencia de las formaciones subnacionales, la cual se puede expresar en si estos debiesen o no ser parte de premisas normativas en el sistema. Lo anterior implica en un fortalecimiento a la autonomía local como parte estructural del sistema normativo, promoviendo la creación de este tercer nivel orgánico más cercano al individuo, identificándose con el derecho a su autodeterminación en cuanto aviva las pretensiones regionalistas de autonomía.

La integración de estas premisas normativas de forma coordinada dentro de un sistema orgánico, en el cual coexisten entidades de nivel local, estatal y supraestatal, en donde estos cuerpos tienen capacidad deliberativa respecto a sus normas considerando la voluntad política de la persona como sujeto habilitado de actuación política, como reconocimiento de los poderes estatales preexistentes nos lleva al concepto de gobernanza multinivel o MLG (siglas de *multi-level governance* en inglés).

## V. JUSTIFICACIÓN E INTEGRACIÓN, UN CAMINO A LA GOBERNANZA MULTINIVEL

Frente a la idea de gobernanza multinivel que se ha establecido en la unión europea, puede considerarse como un paso en la dirección correcta para subsanar los problemas planteados previamente. En el sistema europeo, —a diferencia, por ejemplo, del sistema americano— existe una figura *sui generis* que permite de manera institucionalizada una integración normativa entre distintos niveles, generando un sistema uniforme con particularidades locales-nacionales.

La integración europea tiene su éxito en un control deliberado del poder económico y beligerante en su centro. Fue la misma necesidad de garantizar la coexistencia estatal posterior a la segunda guerra y la necesidad material de recomposición producto del precio de la misma la que genera la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Creando una transferencia de la concentración del potencial poder económico-beligerante hacia un acercamiento de una igualdad material.

En esta misma línea, Ferrajoli (2022) extrapola esta lógica al nivel supranacional, expresando este punto en la idea de la necesidad de diversas expansiones constitucionales. En las que radican dos primeras expansiones necesarias que responden a limitaciones del poder para luego avanzar hacia la garantía de derechos y bienes fundamentales.

Las primeras dos expansiones guardan relación con dos tipos de poder global —los poderes políticos y los poderes económicos— cuyo ejercicio sin límites ni vínculos da lugar a las violaciones por acción de los

derechos de libertad y de la paz, a las violaciones por omisión de los derechos sociales, a las agresiones a la naturaleza y a la explotación del trabajo.

Pero siguiendo en el estadio supranacional, para llegar a un sistema que permita justificar y legitimar la normativa orgánica a través de premisas que se justifiquen por medio de la acción dialéctica humana respaldada por el poder real de los Estados para su concreción se llega a la idea del constitucionalismo global orgánico. Esta idea ya ha sido planteada por autores como Schwöbel-Patel, pero en la búsqueda de generar un sistema orgánico que responde a premisas normativas capaces de justificar y ser justificadas en la realidad, se desprende del concepto de derechos humanos, puesto que responden a condiciones ideológicas no universales para la comunidad internacional en su totalidad.

Para la aproximación del constitucionalismo global orgánico, se debe abandonar la idea de dotar al constitucionalismo de un contenido sustantivo basado en derechos humanos, al tratarse de un concepto occidental basado en intereses liberales.

Pero, por otro lado, Rainer-Forst (2005) nos da a conocer una respuesta a la problemática del punto de partida universal que nos permite generar una visión constructivista del Derecho internacional manteniendo a los derechos humanos en su centro.

Ahora, quien quiera emprender el intento de desarrollar una concepción de los derechos humanos

que conserve el contenido nuclear de estos como derechos individuales que ningún hombre puede retener a otro hombre con buenas razones, sin exponerse a la crítica de que esa concepción es parcializada y de que no es aplicable o válida en sociedades no occidentales, debe tomar esa objeción en serio y entrar en un “discurso intercultural” sobre la justificación normativa de los derechos humanos.

Dentro de este discurso intercultural, toma la realidad de poder y subordinación que marca la existencia del Derecho internacional en sí mismo, y dibuja en base del Derecho —o facultad— fáctica de autonomía violada del sujeto subordinado, una premisa universal básica para la construcción del sistema normativo.

En todos esos conflictos concretos y luchas se puede encontrar cierta noción de autonomía que puede describirse, en primer lugar, de forma negativa: es la autonomía de personas que no han sido más ignoradas, que no han sido más subordinadas, que no han sido vistas por más tiempo como los simples medios para la preservación de ciertas instituciones y relaciones de poder.

Entonces, desde aquí, los derechos como respuestas a la dominación existente se justifica en el proceso de positivación garantizado con la generalización de estos bajo la dinámica presentada previamente. La justificación en sí misma representa un derecho básico al centro del resto de

derechos, pues los derechos humanos se basan en sí sobre la justificación de premisas normativas para su construcción y la del sistema normativo.

Si se entiende el derecho a la justificación como el núcleo de las demandas de derechos humanos, el cual representa la base para la construcción de derechos humanos específicos, esto no implica que todos los demás derechos deban ser “derivados” del derecho a la justificación.

Entonces nace la idea de un constitucionalismo supraestatal que justifique y sea justificado por medio de las habilitaciones de los derechos humanos, reconociendo por este medio a las dinámicas de poder y dominación. Llámese constitucionalismo cosmopolita.

Como recientemente Núñez nos dice “es posible sostener que la principal diferencia con el constitucionalismo cosmopolita es el rol que se asigna a los derechos humanos”. Si tomamos en cuenta la concepción constructivista de Forst. Es posible dilucidar cómo finalmente logramos satisfacer —teóricamente— los tres problemas discursivos planteados previamente. Pues 1) Estamos en un nivel donde el contexto de las premisas correspondería a una justificación de las mismas y no a su mero descubrimiento material; 2) Los argumentos se adaptan a los estándares de la dogmática jurídica y 3) Se avanzaría por medio de un proceso de generalización de los derechos de participación las condiciones ideales de habla.

## CONCLUSIONES

Es necesario, en primera instancia, para un análisis serio de la realidad normativa internacional, la distinción del *ser* y del *deber ser* para evitar la falacia naturalista. Es gracias a esto que se distingue la naturaleza meramente teleológica del Derecho internacional público en un principio, y su tensión con la normativa deontológica habilitante de los derechos humanos y el DIDH.

Distinguir de igual manera la realidad material de los actores del concierto internacional nos permite darnos cuenta de cómo es posible la generación de un sistema en el cual se puedan justificar las premisas normativas para que respondan a derecho y no a una realidad de fuerza.

Esta realidad de fuerza nos permite encontrar un punto básico para la construcción proposicional normativo basado en la realidad común universal de la dominación de carácter supranacional frente a poderes como una violación a cierto derecho o facultad de autonomía que permite la justificación del resto de derechos específicos. Siendo la justificación de ellos parte común a su existencia.

Poder integrar el poder material y la realidad normativa — internacional, nacional y local— no solo se tiene que responder a una igualdad formal, si no que tiene que haber un correlato garantista que en el derecho interno florece como un proceso de generalización que sustenta la posibilidad material de igualdad. Se necesita generar un sistema normativo que vea los diversos niveles de protección y que asegure la capacidad de acción material de sus sujetos en todos los niveles. El constitucionalismo cosmopolita aparece como respuesta ideal que integra todos los elementos necesarios para construir un sistema de normas orgánicas y funcionales que respondan a las



condiciones mínimas dialécticas para coincidir con el *deber ser* que planean los derechos humanos.

## Bibliografía

Acosta, Andrea; Pastor, José Antonio, Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Álvarez, Alejandro, El Nuevo Derecho Internacional en sus relaciones con la vida actual de los pueblos, Editorial Jurídica, Santiago, 1962.

Atienza, Manuel, Las razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2005, pp. 1-7.

Bobbio, Norberto, El tiempo de los derechos, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

Buis, Emiliano, “El derecho internacional público: concepto, características y evolución histórica”, en: González, Silvina (coords.), Lecciones de derecho internacional público, ERREPAR, Buenos Aires, 2015.

Escobar, Concepción, “La protección internacional de los derechos humanos” en: Escobar, C; Diez de Velasco, M. (coords.), Instituciones del derecho internacional público, Tecnos, Madrid, 2013, 18<sup>o</sup> ed. Actualizada.

Forst, Reiner, “El derecho básico a la justificación: hacia una concepción constructivista de los derechos humanos”, Estudios Políticos, N<sup>o</sup> 26, 2005.

Ferrajoli, Luigi, Por una Constitución de la Tierra: la humanidad en la encrucijada, Editorial Trotta, Madrid, 2022.

Gutiérrez, Hortensia, *Moderno Derecho internacional y seguridad colectiva*, Zavalia, Buenos Aires, 1995.

Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.

Koskenniemi, Martti, *La política del Derecho Internacional*, Editorial Trotta, Madrid, 2020.

Núñez, Constanza, *Constitucionalismo Cosmopolita*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2024.

Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

Pérez, Guillermo, "La Unión Europea a la luz de la historia: Un balance sesenta años después" (1950-2020), *Historia y Política*, N° 44, 2020.

Piattoni, Simona, "Multi-level Governance: a Historical and Conceptual Analysis", *Journal of European Integration*, 2009, N° 31(2).

Schwarzenberger, Georg, *La política del poder*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1960.

Schwöbel-Patel, Christine, *Organic Global Constitutionalism*, *Leiden Journal of International Law* 23, N° 3, 2010.

Vargas, Edmundo, *Derecho Internacional Público*, Editorial Jurídica, Santiago, 2007.

Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.